

2003



ВІСНИК

АКАДЕМІЇ

ПРАВОВИХ

НАУК

УКРАЇНИ

4

(35)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 4 (35)

Заснований у 1993 році



Національна юридична академія
України імені Ярослава Мудрого
ФУНДАМЕНТАЛЬНА 2003
БІБЛІОТЕКА

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

Засновник — Президія Академії правових наук України
Видавець — Академія правових наук України

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

Адреса редакційної колегії: 610024 Харків, вул. Пушкінська, 70, Академія правових наук України. Тел. 704-19-01.

© Академія правових наук
України, 2003
© «Право», 2003

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

П. Рабінович, член-кореспондент
АПрН України

Філософія права: деякі наукознавчі сюжети

Вступні зауваження. Однією з сучасних тенденцій розвитку вітчизняного загальнотеоретичного правознавства є, як доводилось відзначати, фундаменталізація його методології¹. Це знаходить вияв насамперед у неабиякій інтенсифікації філософсько-правових досліджень в Україні та використанні їх результатів у навчальному процесі², у «реставрації» вітчизняної філософсько-правової спадщини³, й нарешті, у проведенні низки спеціальних науково-організаційних заходів.

Серед останніх відзначимо виділення філософії права в окрему наукову спеціальність, з якої нині можна захищати дисертації у межах як загальнотеоретичної юриспруденції, так і науки філософії. Прикметним у цьому аспекті є проведення Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України спільно з Інсти-

¹ Див.: Вісник Академії правових наук України. — 2002. — №4. — С. 4–6; Юридичний вісник України. — 2002, № 45. — С. 2; Юридична Україна. — 2003. — №1. — С. 20–21; Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2003. — № 1. — С. 38–39.

² Див.: Філософія права: Навч. посібник / За ред. В. М. Костицького і Б. Ф. Чміля. — К., 2000; Філософія права. Навч. посібник / За ред. О. Г. Данильяна. — К., 2002; Бачинин В. А. Філософія права. Конспект лекцій. — Х., 2002; Бачинин В. А., Панов М. І. Філософія права: Підручник. — К., 2002; Філософія права: Хрестоматія / Под ред. Н. И. Панова. — К., 2002; Патеї-Братасюк М. Г. Філософія права: Навч. посібник. Частина перша. — Тернопіль, 2002; Козловський А. А. Філософія права: Навчально-методологічний посібник. — Чернівці, 2003; Кузнецов В. І. Філософія права та сучасність: Навч. посібник. — К., 2003; Філософія права: Словник. — К., 2003.

³ Див.: Антологія української юридичної думки: У 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемчушенко (голова редколегії) та ін. — Том I. Загальна теорія держави і права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В. Д. Бабкін, І. Б. Усенко, Н. М. Пархоменко. — К., 2002.

тутом філософії ім. Григорія Сковороди НАН України навесні 2003 р. «круглого столу» з актуальних проблем філософії права¹, а Національною академією внутрішніх справ України (з участю президента Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії Є. Булигіна) — науково-практичної конференції «Філософія права: стан і тенденції розвитку в Україні та світі», на якій, зокрема, було розширено склад фахової громадської організації «Всеукраїнська асоціація філософії права і соціальної філософії»². Представники цієї організації згодом взяли участь у роботі XXI конгресу Міжнародної асоціації філософії права та соціальної філософії «Право і політика в пошуках балансу», що відбувся у серпні 2003 р. у м. Лунд (Швеція). Вельми важливим є й зачаткування у 2003 р. Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та чернівецьким національним університетом ім. Юрія Федьковича видання журналу «Проблеми філософії права».

У зв'язку з усім цим потребують, гадаю, подальшого обговорення фундаментальні, власне наукознавчі, проблеми філософії права, які й донині залишаються надто дискусійними. Обговоренню основних з них присвячено дану статтю.

Що є предметом філософії права? Відповідь на це питання має постати в результаті аналізу принаймні двох його аспектів: змісту праворозуміння та специфіки предмета філософії.

Щодо першого з них, то усім добре відомо, що інтерпретація поняття права ніколи не була й сьогодні не лишається однозначною. Тому вже з цієї причини предмет філософії права, будучи явищем, похідним від праворозуміння, не зможе змістовно витлумачуватись завжди, повсюди й усіма однаково. І якщо саме філософія покладає на себе місію визначати: *що є право*, або, інакше, яке явище відображається зазначеним терміно-поняттям, то скільки існувало й існує різних «філософій», стільки було й буде неоднозначних праворозумінь. А тоді, отже, проблема змістовної, неформальної уніфікації предмета філософії права може видатись принципово нерозв'язуваною.

Це проявляється, наприклад, у тому, що філософи та й, зрештою, юристи часто-густо аксіоматизують певний варіант праворозуміння (скажімо, вважають правом одне з таких явищ (а вислов-

¹ Див.: Гудима Д. А., Дудаш Т. І. Актуальні проблеми філософії права // Право України. — 2003. — № 5. — С. 151.

² Див.: Семенова Н. Розвиток філософсько-правової думки в Україні: запозичення кращої світової спадщини // Право України. — 2003. — № 9. — С. 158–159.

люючись більш точно, — певні їх різновиди), як-от: свобода, справедливість, мораль, інтереси, деякі суспільні відносини, деякі ідеї, внутрішній психічний стан, переживання, індивідуальний досвід людини), а вже потім вдаються до філософського осмислення, освоєння «обраного» праворозуміння. Але ж саме таке постулювання є, зі свого боку, продуктом і виявом певної світоглядно-філософської доктрини, ідеології, установки, яка, вочевидь, сформулась небезпричинно, не випадково.

Можливість неоднозначного праворозуміння породжується, взагалі кажучи, складноструктурністю, різнорівневістю, багатоякісністю того явища, яке відображають терміно-поняттям права. Але це тільки-но можливість (*гносеологічна передумова*) плюралізації праворозуміння. Дійсністю ж вона стає тоді, коли у процес інтерпретації поняття права включаються — причому, зазвичай, досить опосередковано, неявно, а іноді й неусвідомлювано — певні індивідуальні та групові інтереси, які зумовлюють акцентування (аж до спотвореного гіперболізування) того чи іншого аспекту, «зрізу» цього явища. У цьому полягає *соціальна передумова* плюралізації праворозуміння.

Визнання впливу цих двох чинників неоднозначної філософської інтерпретації онтології й сутності права, конкретизація цього впливу в процесі аналізу й оцінки різних філософсько-правових течій — це, по-перше, неодмінна складова демістифікації наукових уявлень про феномен права. А по-друге, це дозволяє раціонально пояснити, обґрунтувати ті або інші типологічні характеристики праворозуміння, «вивести» їх як із специфіки його предмета, так і з особливостей умов життя, потреб та інтересів якоїсь частини певного суспільства або ж усього певного суспільства.

Як би то не було, але обґрунтування невідповідності (а можливо, й навпаки — відповідності) виникнення й поширення тих чи інших поглядів щодо онтології та сутності права завжди лишатиметься актуальним завданням науки.

Ситуація принципово не міняється й тоді, коли замість терміна-поняття «право» використовується термін-поняття «правова реальність». Скажімо, якщо у літературі обговорюється питання про філософські способи та рівні осмислення правової реальності, то віднесення того чи іншого явища саме до *правового* зазвичай попередньо не доводиться, а просто постулюється. У такий спосіб, так би мовити, віз ставиться поперед коня: те, що має стати результатом, висновком філософсько-правових досліджень, бездоказово береться за їх вихідний, першопочатковий пункт — постулюється начеб на віру.

Менш вразливим видається інший шлях: визначити в онтологічному й соціальному аспектах гранично загально, абстрактно (а отже, значною мірою беззмістовно) той феномен, який кваліфікується як правова реальність. Розкриття ж його сутності залишити тим філософсько-правовим «школам», кожна з яких вже змістовно досліджує лише один з аспектів цього явища (хоча результати дослідження вона прагне потім гіпертрофовано поширити на все явище у цілому і вважає його сутністю те, що насправді є лише одним із його проявів).

З огляду на викладене можна вважати, що *предметом науки філософії права є найзагальніші (гранично загальні) об'єктивні закономірності виникнення, структури й функціонування того явища, яке відображається терміно-поняттям права*. А саме ця наука становить відповідно систему знань про такі закономірності.

Зазначене явище неминуче виступає спільним об'єктом дослідження двох самостійних наук: філософії (конкретніше — соціальної філософії) та загальної теорії права. Проте кожна з них «освоює» цю — як мені вже колись доводилося висловлюватись — «спільну територію» під різними кутами зору¹.

У рамках першої науки філософія права виявляє такі закономірності «права» (сказати точніше — закономірності того явища, котре відображається терміно-поняттям права), які притаманні усім без винятку явищам природи й суспільства, а цим якраз і забезпечується гранично загальний, тобто суто філософський, рівень знань про «право». У рамках же загальнотеоретичної юридичної науки філософія права виявляє саме *специфіку прояву* зазначених («філософських») закономірностей. Отже, кожна з названих наук досліджує феномен права під кутом зору лише тих об'єктивних законів, які становлять їх відповідні предмети й які є не випадковою, несвавільною підставою розрізнення, відмежування цих наук.

Нагадаємо у зв'язку з цим концепцію *державно-правових* (точніше — праводержавних) *закономірностей*, згідно з якою такими закономірностями є об'єктивні, необхідні, суттєві й для певних умов сталі взаємозв'язки державно-правових явищ між собою, а також з іншими соціальними феноменами, які (взаємозв'язки) безпосередньо зумовлюють якісну визначеність цих явищ, що виявляється в їх юридичних властивостях. Інакше кажучи, це такий зв'язок, який *юридично* опосередковує соціальну детермінованість, структуру, функціонування й розвиток та соціальну впливовість, дієвість

¹ Див.: Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 1. — С. 44–46.

державно-правових явищ. Саме наявність специфічних державно-правових закономірностей якраз і виступає об'єктивною основою для виділення теоретичної *юриспруденції* (праводержавознавства) у самостійну науку в системі всього суспільствознавства¹.

Актуальність з'ясування проблеми співвідношення філософії права і загальної теорії права у черговий раз виявилась на згаданому ХХІ конгресі Міжнародної асоціації філософії права і соціальної філософії. Серед тем його робочих груп і спеціальних секцій були такі, як «правова теорія і філософія», «логічний аналіз юридичної аргументації». А під егідою цієї Міжнародної асоціації у 2003 р. видається цикл праць, об'єднаних назвою «Компедіум правової філософії та загальної юриспруденції» (до складу цієї серії входять монографії професорів Є. Паттаро (Болонський університет, Італія) — «Реальність, яка має бути, і право», Х. Ротлеузнера (Вільний університет, Берлін) — «Підвалини права», Р. Шайнера (Університет Альберти, Канада) — «Правові інститути і джерела права», О. Печеника (Лундський університет, Швеція) — «Наукова юридична доктрина як знання права й як джерело права», Дж. Сартора (Болонський університет) — «Правове обґрунтування». Така ситуація відображає, як на мене, підхід, згідно з яким та галузь знань, яка за нашою традицією зветься «загальна теорія права», вважається складовою частиною науки філософії права, тобто ніби поглинається останньою. Так це — ще одне свідчення того, що зазначена проблема потребує подальших досліджень.

Методологія філософії права — це система концептуальних підходів, загальнонаукових і спеціальних методів та засобів дослідження її предмета, а також знання про закономірності їх застосування.

Концептуальним підходом можна вважати побудовану на гранично загальних (філософських) категоріях світоглядну аксіоматичну ідею (засаду), яка постулює загальну стратегію дослідження, відбір досліджуваних фактів та інтерпретацію результатів дослідження. Серед таких підходів можна вирізнити, зокрема, діалектичний, метафізичний, матеріалістичний, ідеалістичний, гностичний, агностичний, антропологічний, потребовий, персоналістичний (людиномірний), комунітарний (колективістський), комунікативний, герменевтичний, сінергетичний.

Концептуальний підхід реалізується за допомогою певних методів дослідження — як загальнонаукових, так і власне філософсько-правових.

¹ Див.: Юридична енциклопедія. — К., 1999. — Т. 2. — С. 162–163.

Спеціальні (філософсько-правові) дослідницькі методи можна розуміти як процедури інтерпретації та застосування гранично загальних (філософських) категорій у процесі дослідження тих явищ, які відображаються терміно-поняттям права (наприклад, метод дослідження переходу кількісних змін відповідного явища в якісні). Такі методи реалізуються за допомогою відповідних способів (прийомів) дослідження.

Способи (прийоми) дослідження — це зумовлені певним концептуальним підходом і відповідними пізнавальними методами діяльнісні операції (інтелектуальні й фізичні), які спрямовані на встановлення та інтерпретацію тих явищ, що входять до складу предмета філософії права.

Сучасна методологічна ситуація у всьому суспільствознавстві України та й інших країн колишнього Союзу РСР, яка характеризується переходом від уніфікованої, єдино дозволеної, «одержавленої» методології до розмаїття методологічних засад, поширюється, так чи інакше, й на вітчизняну філософію права. *Демоніфікація*, або, інакше кажучи, роздержавлення методології, — безперечно, плідний процес, який збагачує, демократизує пошуки істини, вивільняє та стимулює дослідницьку енергію, дозволяє більш повно і всебічно осягнути предмет дослідження — гранично загальні закономірності того явища, яке відображено терміно-поняттям права.

Але методологічний плюралізм не повинен перетворюватись на методологічний анархізм, на методологічну нерозбірливість, сваволю, «всеїдність».

Плюралістичне використання концептуальних підходів, дослідницьких методів і засобів, аби не призводити до, так би мовити, методологічного анархізму, має відповідати, «підпорядковуватись» принаймні таким трьом гносеологічним постулатам:

об'єктивній обумовленості обраних методів дослідження його предметом. Саме предмет дослідження (тобто певна сторона, грань, властивість об'єкта дослідження) «веде» за собою дослідницький метод, визначає межі його застосовуваності, придатності;

необхідності встановлення єдиної істини, вірогідність якої можна довести й перевірити за допомогою певного об'єктивного критерію. (Щоправда, якщо поняття істинності інтерпретувати як відповідність суспільствознавчих положень об'єктивним інтересам (потребам) лише окремих частин соціально неоднорідного суспільства, тоді доведеться визнавати плюралізм істин: їх буде стільки, скільки існуватиме видів таких «часткових», групових інтересів. Та чи не буде такий «плюралізм» своєрідним проявом агностицизму

й виправданням будь-яких акцій, аби тільки вони відповідали чийсь інтересам? Це питання, вважаю, вимагає подальших дискусій.);

неодмінним показником прийнятності, евристичності певного концептуального підходу та дослідницького методу є їх спроможність наближувати, призводити до розкриття соціальної сутності явища, що вивчається (а не до приховування, затушовування її). Гадаю, що такою сутністю, взагалі кажучи, є здатність явища задовольняти потреби й інтереси певної частини соціально неоднорідного суспільства (а у деяких випадках, і всіх його членів).

Наведені положення видаються наукознавчими аксіомами: вони підтверджені реальною дослідницькою практикою багатьох поколінь вчених.

Проте в сучасних процесах плюралізації концептуальних підходів і дослідницьких методів (у тому числі філософсько-правових) зазначені аксіоми подекуди ігноруються, внаслідок чого якраз і виникають ситуації методологічного безладдя, еkleктизму, «хаосу». Ці, можна сказати, *методологічні аномалії* найчастіше мають місце внаслідок:

використання певних загальнонаукових та інших методів дослідження *поза межами їх застосовуваності*, тобто абсолютизації, гіперболізації їх евристичних можливостей (зокрема, через ігнорування закономірної залежності між предметом і методом дослідження; так виникає загроза перемонополізації методології);

«оприродничування» закономірностей соціальних явищ (зокрема, так би мовити, космізації, фізикалізації, біологізації дослідницьких засад щодо права і держави), тобто «механічного» виведення правовдержавних закономірностей безпосередньо з положень природничих наук;

надмірної, тобто соціально-беззмістовної, «вихолощувальної», абстрактизації понять про досліджувані соціальні явища (шляхом використання загальнолюдських термінів без конкретно-історичної сутнісної інтерпретації смислу понять, що такими термінами позначаються). Але чи мають ці поняття (скажімо, поняття прав людини) дійсно загально-, а не частковолюдське значення, виявляється лише тоді, коли вони «заземлюються», тобто застосовуються в конкретних умовах місця й часу, якими, власне, й визначається соціально-змістове розуміння, смислове «наповнення» відповідних термінів. А воно ж, як свідчить соціальна практика, нерідко буває досить неоднозначним, неодноманітним;

— *факторної «зрівнялівки»*, тобто прокламування рівнозначності, однаковості впливу на досліджуване явище численних різно-

манітних обставин, від яких воно так чи інакше залежить. У такий спосіб затушовуються відмінності між необхідними й випадковими зв'язками явищ, створюється підґрунтя для заперечення й дискредитації поняття об'єктивного закону або ж підміни його більш широким (проте менш змістовним) поняттям «залежність»;

– *методологічної «зрівнялівки»*, тобто проголошення абсолютної рівноцінності усіх методів дослідження, заперечення будь-якої їх субординованості (у той час, як така субординованість об'єктивно зумовлюється різноякісністю, багатогранністю досліджуваних явищ);

– *термінологічної мімікрії*, тобто словесного «перевдягання», як-то кажуть, зміни «вивісок», дослідницьких підходів і методів. Йдеться про ситуації, коли внаслідок своєрідної термінологічної алергії колишні назви (які справді дискредитовані хибною практикою використання понять, що позначаються ними) замінюються на інші, котрі хоча й звучать надто «модерно», проте реально застосовуються, інтерпретуються у тому ж значенні, зречення від якого було задекларовано зовні.

Викладене свідчить про підставність вимоги дотримання *наукознавчої, методологічної дисципліни* (безперечно, не формально уніфікованої, не «одержавленої»). Звільнення методології від адміністративно-командної ідеологічної запрограмованості не означає її свободу від фактологічної, логічної, й, врешті решт, істиннісної «дисципліни», свободу від необхідності вдаватися до такого визначального критерію підставності методології, як реальні наслідки впровадження її результатів у суспільну практику. Саме ця практика й «вирішує», якою ж бути методології.

Ця ж практика, до речі, найпереконливіше довела й доводить, що *ніколи не існувало, не існує й не існуватиме методології соціального пізнання, абсолютно нейтральної у соціально змістовному аспекті, тобто методології, так би мовити, соціально дистильованої, «очищеної» від залежності, від впливу з боку загального світогляду, переконань і установок дослідника*. А такий світогляд є, зазвичай, конкретним продуктом певних соціальних і природних умов, певних обставин життя його носія або тієї частини суспільства, інтересам якої об'єктивно відповідають, «служують» результати дослідження.

Філософія права як навчальний предмет у системі вищої юридичної освіти. Необхідність засвоєння студентами юридичних вузів філософсько-правових знань зумовлюється потребами їх майбутньої професії. Ці знання дозволяють: а) законодавцям (а у прецедентних правових системах — і суддям) відшукувати, виявляти,

що є правом, з тим щоб фіксувати, закріплювати його у відповідних юридично-нормативних джерелах; б) правозастосовувачам — у разі застосування норм, відносно визначених за змістом, особливо ж норм з оціночними, «ситуаційними» поняттями — приймати такі рішення в межах закону, які найбільшою мірою відповідають не-юридичному (загальносоціальному) праву; в) науковцям та й іншим компетентним особам — аналізувати державно-юридичне регулювання з точки зору його відповідності такому праву і формулювати пропозиції законодавцю щодо забезпечення цієї відповідності.

Викладання курсів філософії права на юридичних факультетах європейських університетів має досить давню традицію (з середини XIX ст.). Можна згадати й низку прізвищ вітчизняних юристів, які у другій половині XIX — на початку XX ст. публікували посібники з цього предмета, викладали його (Б. Кістяківський, М. Коркунов, К. Кузнецов, І. Михайловський, П. Новгородцев, П. Редкін, Б. Чичерін, Г. Шершеневич та ін.). І сьогодні ці курси читаються у деяких юридичних вищих навчальних закладах США (наприклад, у Пенсильванському, Вальпараїському університетах) та у численних таких закладах Європи.

В Україні радянського періоду студенти-юристи одержували певний обсяг філософсько-правових знань у рамках курсів теорії держави і права та історії політичних і правових вчень. Щоправда, виключно у позитивному плані подавався лише один варіант філософії права — «марксистсько-ленінський», усі ж інші її різновиди висвітлювались здебільшого необ'єктивно-критично. Нині у цій справі відбулися кардинальні зміни. По-перше, всі філософсько-правові концепції, «школи» вивчаються у зазначених курсах з позиції толерантності, неупередженості, а стосовно історико-матеріалістичної філософії права охарактеризовуються не тільки її достоїнства, але й слабкі місця, прорахунки. По-друге, у деяких юридичних навчальних закладах вже запроваджено (або ж готуються) спеціальні курси з філософії права (Національна юридична академія України, Одеська національна юридична академія, Національна академія внутрішніх справ України, Національний університет внутрішніх справ, юридичні факультети Київського, Львівського, Чернівецького університетів, Юридичний інститут Тернопільської академії народного господарства та ін.).

У зв'язку з останньою обставиною доречно висловити таке застереження. Ці курси не повинні ігнорувати специфічні вимоги юридичної практики за умов європейсько-континентальної (нор-

мативно-актної) правової системи, до якої належить і правова система України, тобто вимоги суворої, беззастережної зв'язаності правозастосовувачів і правореалізаторів законом — незалежно від уявлень цих суб'єктів щодо правомірності чи, навпаки, неправомірності останнього. Протилежна ж установка, яка іноді виголошується окремими викладачами-філософами, здатна перетворити філософію права радше на філософію беззаконня, на виправдання юридичних правопорушень і сваволі. А це, до речі, теж свідчить про спільну «підвідомчість» філософсько-правових положень як науки філософії, так і загальній теорії права.

Зокрема, у питанні про співвідношення так званого загальносоціального права (як явища недержавного походження) й юридичного закону методологічними орієнтирами мають бути «верховенство права, забезпечення його обов'язковості у законотворчій діяльності» й водночас «верховенство і найвища юридична сила Конституції України щодо законодавчих та інших правових актів, верховенство законів у системі нормативно-правових актів України, забезпечення законності та справедливості правозастосовної діяльності»¹.

І на закінчення дозволю собі навести перелік тем курсових робіт з навчального курсу філософії права, який викладається мною студентам юридичного факультету Львівського національного університету ім. Івана Франка. До цих тем належать такі:

- Загальнотеоретична характеристика предмета науки філософії права.
- Сучасні погляди щодо структури філософії права та її місця у суспільствознавстві.
- Загальна характеристика сучасної методології науки філософії права.
- Філософські основи природничого праворозуміння .
- Філософські основи позитивістсько-легістського праворозуміння.
- Філософські основи соціологічного праворозуміння.
- Філософські основи релігійного праворозуміння.
- Філософські засади розуміння прав людини.
- Основні концептуально-методологічні підходи у філософсько-правових дослідженнях.

¹ Рекомендації міжнародної науково-теоретичної конференції «Проблеми методології сучасного правознавства». 9–10 жовтня 1996 р. — К., 1996. — С. 7.

- Діалектичний підхід у філософсько-правових дослідженнях.
- Антропологічний підхід у філософії права.
- Аксіологічний підхід у філософії права.
- Герменевтичний підхід у правознавчих дослідженнях.
- Використання філософських категорій у праводержавознавчих дослідженнях.
- Використання загальнонаукових категорій у філософсько-правових дослідженнях.
- Гносеологічні (епістемологічні) закономірності і постулати пізнання права.
- Оцінка й істина у праводержавознавчих дослідженнях (філософсько-правовий аспект).
- Об'єктивне й суб'єктивне у правовому регулюванні.
- Об'єктивна істина у правовому регулюванні.
- Філософські засади «лібертатно-юридичного» праворозуміння.
- Основні методи і прийоми у філософсько-правових дослідженнях.
- Філософські основи психологічного праворозуміння.
- Філософські основи комунікативного праворозуміння.
- Соціально-філософські засади й аргументи у рішеннях Європейського суду з прав людини.

Ця тематика, як видається, може дати загальне уявлення про зміст і структуру згаданого навчального курсу, які зумовлюються викладеною у даній статті інтерпретацією предмета й методології філософсько-правової науки.

Надійшла до редколегії 15.11.03

О. Скрипнюк, член-кореспондент
АПРН України

Сучасна вітчизняна правова наука: теоретико-методологічні проблеми розвитку демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства України

Сучасні процеси суспільних і державних перетворень в Україні обумовлюють необхідність не тільки загального визначення тих чи

інших пріоритетів у державному і суспільному розвитку, й чіткого усвідомлення того, що саме становлять собою завдання і цілі, до реалізації яких ми прагнемо в процесі державотворення. Політико-правові реалії, з якими має справу Україна на шляху до її прогресу, переконливо свідчать про те, що будь-який рух у цьому напрямку неможливий поза формуванням демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства. Особливого значення зазначене завдання набуває в світлі прийняття Конституції України, яка закріпила відповідні положення.

Необхідність звернення до дослідження проблем становлення і розвитку соціальної, правової держави і громадянського суспільства визначається ще й тим, що у зарубіжній правовій і політичній практиці ці поняття є не тільки одними із центральних та найдискусійніших, а й такими, що набули свого реального практичного втілення.

Тривалий час поняття соціальної, правової держави і громадянського суспільства в науці мали суперечливе і неоднозначне тлумачення. Це насамперед пов'язано з тим, що в минулому в суспільно-теоретичних доктринах правова держава і громадянське суспільство розглядалися як антагоністи. Поряд з цим поступово в політико-правовій думці почала посилюватися тенденція, згідно з якою суперечність між правовою державою і громадянським суспільством зникає шляхом поступового перебирання останнім на себе більшості функцій, що належать державі. На перший погляд, це цілком логічне явище: якщо управлінські, економічні, політичні, правові та інші функції можуть бути передані від «поганої» держави «гарному» самоорганізованому громадянському суспільству, то цього слід прагнути. Не вдаючись до теоретичного спростування цієї позиції, варто звернути увагу лише на ту суперечність, що криється вже у самій логіці розгортання цієї концепції. Справа в тому, що вихідною тезою зазначеної теорії є постулювання протилежності між державними інститутами та інститутами громадянського суспільства.

На підставі порівняння цих удавано протилежних явищ у науці робився висновок про «позитивність» громадянського суспільства та негативність державної влади, яка асоціюється з бюрократизмом, нехтуванням людськими потребами, примусом, насильством, усілякими утисками тощо. За умови зникнення одного з цих «явищ» одразу всі його ознаки разом із функціями перейдуть до іншого, і виникне такий політико-правовий витвір, який вже не буде ні державою, ні громадянським суспільством. Це свідчить про те, що без

держави не може бути громадянського суспільства, а без останнього неможливе існування повноцінної правової держави, оскільки вони є органічними сторонами одного цілісного життя людини і сучасного цивілізованого суспільного буття.

Громадянське суспільство зовсім не заперечує державу чи наявність та необхідність державної влади: перше може активно формуватися та діяти лише тоді, коли цьому сприятимуть відповідні державні засади, державна організаційна діяльність, яка прокладатиме шлях для втілення у практику суспільного життя найбільш ефективних чинників його розвитку. Фактично соціальна, правова держава виступає політичним інструментом формування громадянського суспільства, оскільки лише вона здатна вжити всіх необхідних заходів щодо його становлення та розвитку. Більше того, демократична держава виступає гарантом існування та розвитку громадянського суспільства.

Але суперечність між громадянським суспільством і державою не означає неполітичності самого громадянського суспільства та його протиставлення політичній владі взагалі. Адже політичні відносини, які за своїм вихідним визначенням є відносинами з приводу влади, характеризують і громадянське суспільство, з тією лише відмінністю, що вони не мають державно-політичного характеру. Ті взаємовідносини, які виникають у сфері взаємодії громадянського суспільства та держави як політичного інституту, завжди мають політично забарвлений характер. У громадянському суспільстві в свою чергу наявні такі політичні інститути, як політичні партії, громадсько-політичні організації, засоби масової інформації, органи місцевого самоврядування, через які власне здійснюється взаємодія громадянського суспільства та соціальної, правової держави.

Застосовуючи тезу про відокремленість громадянського суспільства від соціальної, правової держави чи держави взагалі, треба чітко усвідомлювати, що подібну «відокремленість» не слід тлумачити як функціонування громадянського суспільства поза сферою державного впливу чи поза сферою правового регулювання. Таке тлумачення взаємовідносин між державою та громадянським суспільством грішить на теоретичну абстрактність. Йдеться навіть не про спрощення зазначеної моделі складної сукупності політико-правових відносин, скільки про її змістовне спотворення, оскільки весь політичний та правовий сенс концепції громадянського суспільства полягає саме в тому, що воно співіснує із соціальною, правовою державою, контролює її діяльність, впливає на неї, захищає права і свободи своїх членів тощо.

Проте не варто вдаватися й до повного підпорядкування громадянського суспільства державі. Визнаючи наявність політико-правового регулювання державною владою певної сфери суспільних відносин, слід враховувати: чи воно здійснюється на підставі рівного для всіх і справедливого закону, чи є наслідком волюнтаризму державних структур, які реалізуються всупереч інтересам суспільства.

Саме завдяки чіткому конституційному закріпленню та правовому забезпеченню прав і свобод людини і громадянина стає не тільки можливою, а й цілком реальною ефективною взаємодія між громадянським суспільством та соціальною, правовою державою, які утворюють органічну єдність.

В умовах недостатнього розвитку економічної, соціальної і культурної сфер суспільства, як, наприклад, в Україні, держава фактично стає єдиною силою, на яку покладається завдання перебудови всіх сфер суспільного життя. Тобто, відбувається, так би мовити, інверсія функцій держави і громадянського суспільства, коли держава бере на себе функції не тільки власні, а й суспільства, та може повністю поглинути останнє (в чому полягає небезпека для подальшого розвитку в Україні як громадянського суспільства, так і соціальної, правової держави).

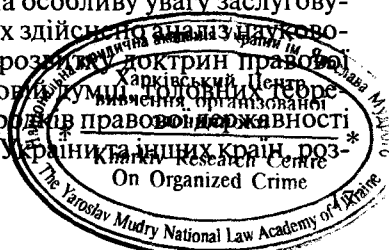
Проблемі громадянського суспільства і правової держави, їх взаємовідносинам значна увага приділялася у вітчизняній правовій думці. На вітчизняному суспільно-політичному ґрунті мислителі Середньовіччя та більш пізнього періоду — митрополит Іларіон, Володимир Мономах, Ю. Котермак-Дрогобич, С. Оріховський, І. Вишенський, С. Климовський, С. Десницький, Я. Козельський, Г. Сковорода — своїми діями створили політико-правову основу для подальшого дослідження вчення про правову державу і громадянське суспільство, їх взаємовідносини та взаємозв'язки.

Якісно новим етапом у розвитку ідей про громадянське суспільство та праводержавність стали дослідження суспільних діячів та вчених ХІХ- початку ХХ ст. І. Франко, Леся Українка, М. Драгоманов, М. Грушевський, О. Кістяковський, Б. Кістяковський, О. Романович-Славатинський, М. Ковалевський, С. Котляревський, М. Палієнко, Ф. Тарановський зробили значний внесок в дослідження інститутів та функцій правової держави та громадянського суспільства. Особливе місце серед державно-правових проблем ХІХ- початку ХХ ст. посідали питання національного визволення, теоретичні проблеми праводержавності, розвитку демократії, подолання абсолютистських тенденцій в державному управлінні та ін.

Україна цього періоду була складовою частиною держави, яка не мала конституції і не була правовою. Тому багато російських і вітчизняних юристів, переважно юристів-учених Київського та Харківського університетів, ідеалізували в своїх працях конституційну монархію, яка в їх теоретичних конституціях виступала складовою праводержавної теорії, заперечувала самодержавний абсолютизм, а в зв'язку з цим позитивно оцінювали її. Слід зазначити, що на розвиток праводержавних ідей цього періоду значним чином впливали своєрідність соціально-економічного і національно-політичного становища українських земель в пореформеній Російській імперії.

Проблеми правової держави і громадянського суспільства внаслідок політичних та ідеологічних обставин не стали предметом ґрунтовного дослідження радянської і зокрема української радянської юридичної науки. Правова держава і громадянське суспільство тлумачилися виключно як явища, притаманні суто буржуазному суспільству. Вітчизняні вчені досліджували феномени праводержавності і громадянського суспільства, як правило, дотично, в контексті вивчення революційно-демократичних і соціалістичних доктрин. Аналітичні розробки зустрічалися дуже рідко і мали епізодичний характер. Правда, у вигідному стані постають дослідження цього періоду, в яких розглядалися питання еволюції ідей правової держави і громадянського суспільства. В цьому контексті юридична наука збагатилася працями таких відомих вчених, як Н. Прозорова, О. Сокурено, О. Скакун та ін.

Політика демократизації суспільно-політичного життя другої половини 80-х років ХХ ст., розбудова незалежної Української держави, конституційне закріплення 1996 р. положень про демократичну, правову, соціальну державу актуалізували наукові розробки проблеми. Цей період характеризувався появою неординарних за постановкою проблем, глибоких за своїм змістом і висновками праць з теорії і практики будівництва демократичної, правової держави і громадянського суспільства, критичним аналізом наукової правової спадщини дореволюційного періоду. Першими дослідниками проблеми в 90-х роках минулого століття були В. Копейчиков, О. Копиленко, О. Скакун та ін. На особливу увагу заслуговують дослідження В. Тимошенко, в яких здійснено аналіз науково-історичних передумов становлення і розробки доктрин правової держави у вітчизняній політико-правовій думці. Дослідження організаційно-правових положень, що її становлять, зародків правової державності в історії державно-правових інститутів України та інших країн роз-



виту ідей правової державності, включаючи критичний аналіз доктрин, основних ознак і умов її існування. Пізніше з'являється низка ґрунтовних досліджень з проблем розбудови правової держави в сучасній Україні. Серед них варто виділити монографію А. Зайця¹, в якій комплексно аналізуються поняття «правова держава» і «праворозуміння», рівень реалізації її принципів в законодавчій діяльності, сфері виконавчої влади та правосуддя, а також досліджуються шляхи забезпечення правового характеру держави і державної влади, гарантії захисту прав і свобод людини і громадянина в сучасних умовах державно-правового розвитку України. На особливу увагу заслуговує колективна монографія вчених Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України². В ній ґрунтовно проаналізовано десятирічний досвід державотворення в незалежній Україні та запропоновані шляхи розв'язання відповідних теоретичних та практичних проблем. Зокрема, наголошується на проблемі оптимізації державного устрою в правовій, демократичній державі, вдосконалення діяльності та взаємодії органів законодавчої, виконавчої і судової влади.

З середини 90-х років ХХ ст., а особливо після затвердження Конституцією України положення про соціальну державу, у вітчизняній юридичній науці актуалізується дослідження цього феномена як невід'ємної складової правової, демократичної держави. Одним із перших дослідників цієї проблеми був В. Бабкін. Згодом проблеми соціальної держави набувають ґрунтовного дослідження в працях Є. Назаренко, М. Козюбри, О. Петришина, В. Погорілка, М. Рабіновича, М. Цвіка, І. Яковюка та ін. Вітчизняні вчені на рубежі віків осмислювали наукові уявлення про соціальну державу та її взаємини і взаємодію з політико-правовою теорією правової держави, історико-теоретичні проблеми становлення соціальної держави, її сутність і зміст як держави перехідного типу, її принципи, особливості функціонування і можливі моделі її побудови в Україні³.

Важливе місце серед досліджень соціальної держави посідає вивчення конституційних основ її побудови в Україні, визначення її зв'язку з проблемами державності взагалі, державного управління, забезпечення ефективного функціонування її інститутів. Саме

¹Див.: *Заць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К., 1999.

²Див.: *Державотворення і правотворення в Україні / За ред. Ю. С. Шемшученка.* — К., 2001.

³Див.: *Скрипнюк О. В.* Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики. — К., 2000.

ці питання всебічно розглядаються в дослідженнях В. Авер'янова, Ф. Бурчака, Л. Кривенко, В. Сіренка, Ю. Тодики, О. Фрицького, В. Цветкова, В. Шаповала.

Значний спектр проблем соціальної держави, пов'язаний із з'ясуванням теоретико-методологічних основ формування і розвитку її концепції, конкретно-історичних, соціально-політичних та економічних умов її формування, з'ясовуються в працях Ю. Грошевого, М. Козюбри, Є. Назаренко, Н. Нижник, В. Погорілка, П. Рабіновича, О. Скаун, Є. Тихонової, М. Цвіка та ін.

Однією із найважливіших складових наукових досліджень про демократичну, правову, соціальну державу є вивчення інституту прав та свобод людини і громадянина. За роки незалежності України в цій галузі значних результатів досягнуто В. Горшеньовим, П. Мартиненком, В. Опришком, М. Орзіхом, П. Рабіновичем, В. Селівановим, О. Фрицьким, В. Шаповалом та Ю. Шемшученком. В їх працях розроблено питання, пов'язані з еволюцією теорії прав і свобод людини і громадянина, окреслено ймовірні перспективи їх розвитку, уточнено їх визначення і назва, закріплені в Конституції України, систематизовано їх загальні та спеціальні ознаки, розкрито їх сутність і принципи. В низці статей та досліджень монографічного характеру, присвячених демократичній, правовій, соціальній державі, висвітлені проблеми змісту, видів та значення прав і свобод людини, подається їх систематизація та обґрунтовуються нова система їх гарантій, нові перспективні напрямки їх вивчення.

Однією з кардинальних проблем розбудови України як демократичної, правової держави виступають питання ефективної організації та функціонування державної влади. За останні десять років державно-правові аспекти розвитку влади в Україні аналізувалися в працях Ф. Бурчака, О. Висоцького, В. Денисова, М. Козюбри, В. Сіренка та ін. Закріплення в Конституції України положення про поділ державної влади на законодавчу, виконавчу і судову як основоположного принципу праводержавності та нагальне завдання його реалізації на практиці стимулювали наукові дослідження в цьому напрямку. В 2002 р. вченими Інституту держави і права було видано колективну працю¹, в якій досліджуються проблеми загальної теорії державної влади — поняття, принципи, функції, механізм здійснення державної влади, її гарантії та проблеми теорії і практики організації і здійснення окремих видів державної влади: ви-

¹ Див.: Органи державної влади в Україні / За ред. В. Ф. Погорілка. — К., 2002.

конавчої, законодавчої і судової. В. Погорілко, Л. Кривенко, В. Авер'янов, І. Тимченко, Г. Мурашин та інші вчені особливу увагу приділяли проблемам органів законодавчої влади в механізмі здійснення державної влади та органів виконавчої і судової влади, їх структури, функцій та форм діяльності, здійсненню парламентської, адміністративної і судової реформ. Теоретико-методологічні проблеми поділу державної влади і його практичного застосування на основі взаємозв'язку і взаємообумовленості, особливості реалізації інституту поділу влади в процесі переходу до демократії, універсальні і специфічні складові механізму її поділу в політичній системі сучасної України, формування його ефективного механізму, досягнення консенсусу між окремими гілками державної влади осмислюються в працях В. Журавського, М. Костицького, М. Орзиха, В. Ладиченка та ін.

Поділ державної влади нерозривно пов'язаний з існуванням механізму стримувань і противаг як засобу організації та функціонування державної влади. Цій важливій проблемі значну увагу в своїх дослідженнях приділили Р. Калюжний, М. Козюбра, Л. Кривенко, Ю. Тодика, Є. Тихонова, Л. Силенко, М. Цвік, В. Шаповал, Ю. Шемшученко та ін. У вітчизняній правовій науці за останнє десятиліття набули ґрунтового висвітлення конституційні основи становлення та розвитку системи стримувань і противаг, функціонування механізму її реалізації в конституційному законодавстві України, існування різних підходів до розуміння принципу поділу влади та системи стримувань і противаг, складові, а також ознаки, структура, форми, методи та процедури реалізації, сутність найбільш загальних її елементів, класифікації цієї системи, визначення шляхів її вдосконалення з метою ефективною взаємодії та співробітництва гілок державної влади в Україні.

В значній частині праць наших вчених досліджуються специфічні взаємовідносини гілок державної влади в посткомуністичних державах, в умовах здійснення стратегічних завдань національного державотворення. Така специфіка розвитку державної влади аналізується в працях О. Бандурки, В. Ладиченка та інших вчених, які в умовах історичної ситуації — переходу до демократії — провели дослідження головних суперечностей, що проявилися у конституційному втіленні та фактичній недосконалості системи поділу влади в посткомуністичних країнах, здійснили раціональну реконструкцію теоретичних положень концепції поділу функцій державної влади, обґрунтували теоретичну модель, яка сприятиме поглибленому аналізу перспектив трансформації посткомуністичних держав до розвинутої демократії.

У вітчизняній правовій науці істотна увага приділяється дослідженню проблем взаємодії владних структур. Актуальність і важливість цього процесу зумовлені необхідністю вивчення конституційно-правового статусу законодавчої, виконавчої і судової гілок влади, їх місця в державно-правовому механізмі з погляду поділу державної влади. В цьому сенсі І. Болясний, В. Веніславський, Л. Кривенко, О. Фрицький, М. Цвік, В. Шаповал, Ю. Шемшученко, Ю. Грошевой, Н. Нижник, В. Сіренко, В. Тацій, Л. Юзьков запропонували визначення державної влади в аспекті взаємодії владних структур, механізму реалізації державної влади. В їх працях, зокрема, аналізуються аспекти впливу політичного режиму на вирішення проблем взаємодії законодавчої і виконавчої гілок влади, які є взаємопов'язаними і взаємозумовленими в процесі їх здійснення, і наголошується, що ефективна співпраця між гілками державної влади можлива лише за умови існування демократичного політичного режиму. На сучасному етапі в Україні відбувається процес становлення конституційного інституту забезпечення взаємодії різних гілок державної влади, включаючи органи законодавчої і виконавчої гілок державної влади, що в свою чергу сприяє забезпеченню стабільності існуючого в Україні конституційного ладу.

За роки незалежності істотний внесок у теоретичну розробку вчення про законодавчу владу як один із видів державної влади в Україні зробили Л. Кривенко, В. Опришко, В. Погорілко, Є. Тихонова, Ю. Тодика, В. Шаповал, Ю. Шемшученко, Г. Федоренко та ін. В їх працях висвітлено теоретичні аспекти становлення законодавчої влади парламентського типу як важливої ознаки демократичної, правової держави, необхідні передумови цього процесу, історичний розвиток становлення засад народовладдя в Україні, системи національного законодавства, що регулює організацію та діяльність Верховної Ради України та практику його застосування, проаналізовано конституційно-правові засади механізму взаємодії законодавчої влади з виконавчою та судовою владою в аспекті системи поділу державної влади в Україні, обґрунтовано пропозиції з удосконалення організації функціонування парламенту та механізму взаємодії законодавчої влади з іншими видами державної влади в Україні.

Одним із головних напрямків становлення державно-владної системи в Україні є розбудова інституту президента. За Конституцією України інститут президента безпосередньо не належить до жодної з гілок державної влади, але за своєю конституційною сутністю він найбільше тяжіє до виконавчої гілки влади, оскільки пре-

зидент наділений значними нормотворчими, кадровими, контрольними та іншими владними повноваженнями в цій сфері суспільних відносин. В дослідженні інституту президента вчені ключову увагу зосереджують на визначенні ролі і місця президента у механізмі здійснення державної влади в Україні. Більша частина вчених схиляється до висновку, що президент не тільки виступає гарантом конституційних основ та державного ладу, а й є інтегративним інститутом у системі органів державної влади. У вивченні інституту президента праці дослідників умовно можна поділити на дві основні групи. До однієї належать ті аналітичні розробки, в яких інститут президента розглядається як інститут державної влади, тобто через його фактичне місце у механізмі здійснення державної влади. В дослідженнях значна увага приділяється еволюції концепції інституту президента та його встановлення в Україні. Починаючи з 1994 р. такі вітчизняні вчені, як Ф. Бурчак, В. Копейчиков, Л. Кривенко, А. Мацюк, Н. Нижник, В. Погорілко, Н. Плахотнюк, В. Тацій, І. Тимченко, В. Цветков, В. Шаповал, Л. Юзьков, досліджували проблеми, пов'язані з визначенням напрямків і шляхів розвитку інституту президента в Україні з моменту його заснування і до прийняття Конституції України 1996 р., елементи цього інституту, які розкривають його зміст, чинне законодавство, що регулює повноваження президента у сфері внутрішньої і зовнішньої політики держави, обґрунтували доцільність наділення президента функцією узгодження розбіжностей у діяльності органів державної влади. У другій групі праць аналізуються проблеми теоретико-правових засад компетенції президента України. В дослідженнях В. Авер'янова, Ф. Бурчака, С. Головатого, В. Горшеньова, Л. Ковалю, В. Копейчикова, Л. Кривенко, В. Опришка, В. Погорілка, Ю. Тодики, К. Шеремета, О. Юшика, С. Серьогіної висвітлюються питання визначення поняття і змісту компетенції глави держави, основні його функції; характеристика його повноважень у сферах державного будівництва, законодавчої діяльності, забезпечення конституційної законності, обороноздатності, національної безпеки, основних прав і свобод громадян, обґрунтовуються найбільш доцільні засоби регламентації повноважень президента, визначення основних форм реалізації його компетенції тощо.

Порівняно із зазначеними гілками державної влади та їх органами чи не найменшу увагу у вітчизняній правовій науці приділено судовій гілці влади. Відомі вчені В. Авер'янов, О. Андрійко, Ю. Битяк, Ю. Грошевой, В. Медведчук, І. Пахомов, В. Тацій, Ю. Шемшученко, В. Шишкін значну увагу приділили теоретико-методологічній

розробці різних аспектів становлення і розвитку судової влади в Україні. Протягом останніх років з'явилася низка змістовних розробок у сфері вивчення питань нормативно-правового забезпечення функціонування судової влади (В. Бойко, В. Стефанюк, П. Мартиненко, Д. Цвігун, О. Немировська, А. Чернушенко, І. Тимченко, А. Огородник), запровадження конституційної та адміністративної юстиції (І. Голосніченко, М. Савчин, Є. Герасименко, О. Угриновська, Н. Наливайко), однак відсутні фундаментальні дослідження визначення змісту та сутності судової влади, обґрунтування її місця та ролі в системі поділу влади, конституційно-правових засад становлення і розвитку судової влади на сучасному етапі державотворення, сучасного стану розвитку судової влади з погляду її реальних і потенційних можливостей щодо захисту прав і свобод людини і громадянина, визначення судової влади як основного гаранта захисту прав людини і громадянина.

Підбиваючи підсумки аналізу вивчення проблеми, слід зазначити, що за останні десять років дослідженнями вітчизняних вчених були охоплені всі теоретико-методологічні проблеми демократичної, правової, соціальної держави та її побудови в Україні. Здобутки та наукові досягнення в цьому плані є очевидними. Про це свідчить велика кількість наукових праць, серед яких індивідуальні та колективні монографії. Процес дослідження проблеми в останній період значним чином стимулювався підготовкою та відзначенням десятилітнього ювілею українського державотворення та п'ятою річницею з нагоди прийняття демократичної Конституції України. Однак не слід забувати і про певні недоліки, що трапляються на цьому шляху. Вивчення праць із державно-правової проблематики переконливо свідчить про те, що в окремих випадках бракує комплексного підходу до аналізу феномена демократичної, правової, соціальної держави, в окремих дослідженнях до кінця не подолані патерналістське ставлення у висвітленні проблем праводержавності, надмірна політизація і в зв'язку з цим наявність елементів кон'юнктурщини.

Процес розбудови правової, соціальної держави неможливий без демократії, формування громадянського суспільства з його різноманітними структурами. В Україні цей розвиток є складним і суперечливим явищем, він нерозривно пов'язаний із глибинними змінами в суспільних та політико-правових інститутах. Для вітчизняної правової науки проблема громадянського суспільства актуалізувалася у середині 80-х — 90-х роках минулого століття. В основному вона була зумовлена крахом тоталітарної системи, здобут-

тям Україною незалежності і розвитком демократичних процесів у суспільстві. Саме вони визначили пошук і обґрунтування вченими шляхів досягнення суспільного ідеалу. Слід зазначити, що цей пошук урахував можливості та умови вітчизняного старту до демократії, національні традиції та як позитивний, так і негативний зарубіжний досвід.

Наприкінці 80-х років в юридичній науці з'являються перші праці з проблем громадянського суспільства. В основному вони стосувалися аналізу політичних і правових ідей про громадянське суспільство в минулому та західних концепцій про нього в другій половині ХХ ст. Першими дослідниками цієї проблеми у вітчизняній науці були Т. Ковальчук, Н. Прозорова, О. Скакун, В. Тимошенко. Згодом у працях О. Мироненка, В. Журавського, Т. Ковальчук, М. Козюбри, В. Копейчикова, В. Селіванова, В. Сіренка були досліджені теоретико-методологічні та конкретно-історичні передумови формування і розвитку громадянського суспільства, генеза його сучасних концепцій. Конкретні процеси та його інститути в тій чи іншій країні, розвиток їх в Україні стають предметом вивчення здебільшого у середині — другій половині 90-х років. Значну частину праць В. Бабкіна, В. Копейчикова, Ю. Пахомова, О. Петришина, В. Селіванова, В. Сіренка та Ю. Шемшученка було присвячено дослідженню методологічних положень теорії громадянського суспільства, порівняльному аналізу концептуальних підходів до визначення суті та сучасного стану розвитку громадянського суспільства на Заході, його моделей, функцій та конкретних форм існування.

У другій половині 90-х років в юридичній літературі громадянське суспільство визначається як система забезпечення життєдіяльності всіх сфер суспільного буття, суттєвими рисами якого є гарантування вільного вибору форм економічного і політичного розвитку для всіх громадян, реальність реалізації фундаментальних прав людини, відсутність монополії однієї ідеології, взаємна відповідальність держави і громадянина, юридична і фактична неможливість дискримінація особи за будь-якими ознаками. В 90-х роках вивчення проблеми громадянського суспільства нерозривно пов'язується із проведенням загальних досліджень у галузі теорії держави і права, правових проблем політичних інститутів та процесів. Цей аспект розглядається у працях В. Авер'янова, Ю. Грошевого, А. Зайця, Є. Назаренко, Н. Нижник, В. Погорілка, П. Рабіновича, О. Скакун, Ю. Тодики, М. Цвіка та ін.

В правовій науці цього періоду певна увага приділяється розробці проблеми взаємодії і взаємозв'язку громадянського суспіль-

ства з демократичною, правовою державою. На діалектичності характеру цього процесу наголошували В. Бабкін, Ю. Пахомов. Специфічні питання взаємодії правової держави і громадянського суспільства висвітлювалися в працях В. Борисова, В. Якушика, І. Бекешкіної. Специфіка процесів розбудови соціальної держави в контексті тенденцій формування громадянського суспільства, ефективного функціонування демократичних, політичних інститутів стали предметом аналізу у працях О. Андрійко, А. Зайця, Т. Ковальчук, Є. Назаренко, П. Рабіновича, В. Тимошенко. Проте, якщо проблема взаємодії громадянського суспільства з соціальною, правовою державою привертала до себе увагу цілого ряду визначних фахівців в Україні, то питання взаємозв'язку між громадянським суспільством та демократичною владою, демократичними інститутами вимагало своєї науково-методологічної розробки.

Важливе значення для розуміння проблем демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства мають праці державних та посадових осіб, зокрема академіків АПрН України В. Медвечука, В. Литвина та Д. Табачника, в яких віддзеркалюється офіційний погляд влади на досліджувані проблеми. Слід відмітити, що концепції демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства українськими політиками та законодавцями часто тлумачаться однобічно, про що неодноразово зазначалося нашими вченими. Це стосується питання про те, що належить зробити Україні для досягнення демократичної, правової, соціальної держави та забезпечення функціонування громадянського суспільства, — це реалізація складного комплексу адміністративних, судових, виховних та ідеологічних заходів, покликаних відтворити в суспільстві повагу до права та його норм, з метою досягнення того, що В. Селіванов влучно назвав «елементарною законністю»¹. Питання розбудови в Україні демократичної, правової, соціальної держави та громадянського суспільства зумовлюють глибоку необхідність проведення відповідних змістовних правових досліджень, які сприяли б реформуванню відносин влади, системи законодавства та державних механізмів на змістовній науково-теоретичній основі. Адже, ставлячи за мету побудову демократії і громадянського суспільства, ми ризикуємо тлумачити ці терміни на власний розсуд, виходячи не з історичної доцільності й світового по-

¹ Див.: Селіванов В. Приватноправові засади концепції державної політики захисту прав і свобод людини в Україні // Право України. — 1997. — № 11. — С. 40–41.

літико-правового досвіду, а з політичних чи навіть якихось інших інтересів. У зв'язку з цим неузгодження дій і позицій різних гілок державної влади в Україні, як зазначали В. Тацій та Ю. Тодика¹, а іноді відверто конфронтаційний стиль взаємовідносин між ними зумовлені значною мірою відсутністю чіткої концепції реформування суспільства, невизначеністю до кінця внутрішніх і зовнішніх пріоритетів у державотворенні, хаотичністю реформування правової системи. За цієї обставини, зазначав Ю. Шемшученко, юридична наука має висвітлювати шлях для розвитку державно-правової практики, а остання повинна стати більш адаптивною до наукових рекомендацій, поглиблювати розуміння державно-правових явищ і на цій основі прогнозувати їх майбутнє². Вона покликана здійснювати все більш вагомий внесок у розбудову демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства в Україні. Особливе значення в цьому процесі, наголошував президент Академії правових наук України академік В. Тацій, має відіграти прогнозування і моделювання оптимального розвитку. Для підвищення ролі правової науки щодо розв'язання державотворчих проблем сьогодні, як ніколи, необхідна концепція розвитку юридичної науки в Україні, включаючи такі її блоки, як теоретико-історичний та державно-правовий.

Надійшла до редколегії 15.07.03

М. Рісний, молодший науковий співробітник Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування АПРН України

Правозастосувальний розсуд: до характеристики підстав

Постановка проблеми та її зв'язок з важливими науковими чи практичними завданнями. Однією з найбільш актуальних проблем

¹ Див.: Тацій В., Тодика Ю. Функціонування державної влади в аспекті конфліктології // Право України. — 1997. — № 8. — С. 34.

² Див.: Шемшученко Ю. С. Право і юридична наука: минуле, сучасне, майбутнє // Правова держава. — 2001. — Вип. 12. — С. 7.

сучасного правозастосування є проблема розсуду суб'єктів, які уповноважені впроваджувати в життя юридичні норми. Особливу увагу привертає питання визначення підстав правозастосувального розсуду, з тим аби чітко окреслити ситуації правозастосування, в яких правозастосувальний суб'єкт не володіє розсудом.

Ця проблема є комплексною за характером, а тому при її розгляді умовно можна виділити декілька аспектів:

1. Останні тенденції розвитку чинного законодавства України та міжнародно-правових актів свідчать про збільшення кількості правових положень із відносно визначеним змістом. Все це обумовлює розширення переліку ситуацій, в яких правозастосувальні суб'єкти користуються розсудом. У зв'язку з цим важливо визначити ті напрямки (галузі) правового регулювання, де розширення кількості випадків надання правозастосувального розсуду сприятиме підвищенню якості та ефективності правового регулювання, а також вказати на суспільні відносини, щодо яких делегування правозастосувального розсуду є небажаним.

2. Винятково важливим є й окреслення переліку тих ситуацій, за яких правозастосувальний суб'єкт не володіє розсудом з огляду на наявність лише одного визначеного законом варіанта правового вирішення того чи іншого питання. Окреслення такого переліку можливе шляхом чіткого дефініціювання підстав розсуду, а також аналізу тих факторів ситуації правозастосування, котрі призводять до виникнення у правозастосувального суб'єкта помилкового переконання про наявність у нього розсуду в конкретній ситуації правозастосування.

Аналіз ступеня дослідженості проблеми. Проблема підстав правозастосувального розсуду залишилась практично осторонь загальнонотейоретичних досліджень, принаймні вітчизняних юристів, і на даний час є недостатньо вивченою. Окремі аспекти цієї проблеми були об'єктом загальнонотейоретичного дослідження зарубіжних учених (В. Андропов, А. Барак, А. Боннер) або окремих галузевих праць цієї ж категорії науковців (В. Гончаров, В. Дубовицкий, С. Дунаєвська, Й. Новацький, В. Кожевников, К. Комісаров, О. Папкова, Ю. Тихомиров). У межах вітчизняної науки проблемі правозастосувального розсуду присвячено лише окремі галузеві за характером праці або статті (В. Канцір).

Мета і завдання дослідження. Метою дослідження є комплексний загальнонотейоретичний аналіз проблеми визначення підстав правозастосувального розсуду.

Для досягнення цієї мети уявлялось за необхідне вирішити такі завдання:

- доповнити чи уточнити поняттєво-термінологічний апарат, необхідний для проведення даного дослідження (зокрема сформулювати дефініцію поняття «підстав правозастосувального розсуду»);
- акцентувати увагу на впливі, що його справляють на процес реалізації правозастосувального розсуду різні види його підстав;
- обґрунтувати тезу про те, що окремі з підстав правозастосувального розсуду є результатом недоліків у чинному законодавстві.

Виклад дослідження та обґрунтування його результатів

1. Проблема підстав розсуду досліджується у правовій літературі з огляду на необхідність визначити сферу існування цього явища, тобто вказати на ситуації, в яких розсуду взагалі не існує. Поряд з тим досі не вироблено більш-менш уніфікованого підходу до визначення поняття підстав розсуду. Більшість учених навіть не намагаються цього робити, обмежуючись переліченням і аналізом окремих із них¹.

Усі підстави розсуду так чи інакше пов'язані з правовою нормою або з фактом її відсутності. Саме тому обґрунтованим є твердження про те, що вони є правовими за своєю природою. Існування «неправових» підстав розсуду виключається, оскільки в такому випадку розсуд може виникати «поза правом», що суперечить запропонованій дефініції цього поняття.

Підстави розсуду є об'єктивними категоріями, а отже, їх наявність чи відсутність не залежить від суб'єктивної волі правозастосувального органу. В той же час саме на нього покладається обов'язок з'ясувати питання про їх існування, оскільки від цього залежатиме делегування розсуду при вирішенні конкретної справи.

¹ Див., напр.: *Канцір В. С.* Проблеми судового угляду при застосуванні кримінального законодавства України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Львів, 1998. — С. 8; *Дубовицкий В. Н.* Административное усмотрение в советском государственном управлении // Сов. государство и право. — 1980. — № 9. — С. 122; *Барак А.* Судейское усмотрение / Пер. с англ. — М., 1999. — С. 62; *Duniewska Z.* Istota i granice dyskrecjonalnej władzy administracyjnej w swietle standardow europejskich // Studia Prawno-Ekonomiczne. — Т. LIX, 1999. — Р. 14–15; *Деготь Б. А.* Классификация норм советского социалистического права по их структуре. — Саратов. — 1977. — С. 32; *Гончаров В. Б., Кожевников В. В.* Проблема усмотрения правоприменяющего субъекта в правоохранительной сфере // Государство и право. — 2001. — № 3. — С. 54; *Nowacki J.* Dwa rozumienia swobodnego uznania administracyjnego. Zeszyty naukowe Uniwersytetu Lodzkiego. — Nauki humanistyczne i społeczne, Ser. 1, zeszyt 95. — Lodz, 1973. — С. 87; *Алексеев С. С.* Проблемы теории государства и права. — М., 1987. — С. 362; *Комиссаров К. И.* Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Сов. государство и право. — 1969. — № 4. — С. 51–54.

Враховуючи наведене, підстави розсуду можна визначити як об'єктивно існуючі елементи правової системи, що безпосередньо зумовлюють необхідність вибору суб'єктом правозастосування одного з дозволених правом варіантів правозастосувального рішення.

З нашої точки зору, підставами розсуду є: а) відносна визначеність змісту правових норм, б) прогалини у праві та в) колізії правових приписів.

Підстави розсуду є, без сумніву, одними з найважливіших складників його механізму¹, оскільки вони виступають першочерговими об'єктами аналізу правозастосувального органу при вирішенні ним питання про існування у нього розсуду в конкретній ситуації. З огляду на це необхідно більш детально розглянути кожен з перелічених вище підстав розсуду.

2. Відносна визначеність змісту правових норм традиційно розглядається як основна підстава виникнення розсуду в процесі їх застосування². Більш того, окремі вчені пов'язують існування розсуду виключно з відносною визначеністю змісту правових норм³.

Норми з відносно визначеним змістом на відміну від абсолютно-визначених положень, як відомо, характеризуються відсутністю вичерпного переліку конкретно визначених юридично-значущих елементів і у зв'язку з цим надають правозастосувальним суб'єктам право вирішувати справу з урахуванням конкретних обставин справи та інших факторів⁴.

Відносна визначеність змісту правових норм на відміну від інших підстав розсуду передбачає існування єдиної конкретної правової норми, яка регулює суспільні відносини, що є предметом розгляду. Однак зміст такої норми недостатньою мірою конкретизовано, що дозволяє відповідному правозастосувальному суб'єкту, враховуючи різноманітні фактори, самостійно встановлювати піднормативне правило індивідуального регулювання. Зрозуміло, що такий підхід заперечує висновок про те, що будь-яка правова норма може мати лише один чітко визначений зміст і що обов'язок правозастосувального суб'єкта полягає лише у пошуку такого змісту⁵. Тому на цій підставі розсуд правозастосувального суб'єкта

¹ Див.: Канцір В. С. Проблеми судового угляду... — С. 8.

² Див.: Nowacki J. Вказ. праця. — С. 90.

³ Див.: Канцір В. С. Поняття та основні ознаки судового угляду (розсуду) // Торгівля, комерція, підприємництво. — Вип. 1. — Львів, 1998. — С. 62.

⁴ Див.: Деготь Б. А. Вказ. праця. — С. 32.

⁵ Див.: Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. — М., 1966. — С. 46.

полягає у можливості вибору конкретного змісту правової норми в умовах конкретної ситуації правозастосування.

На нашу думку, відносна визначеність змісту правових норм може проявлятися як у формі прямої вказівки на певне право суб'єкта правозастосування, так і через використання в тексті норми оціночних понять, зміст яких з'ясовується таким суб'єктом самостійно. Крім того, можливий варіант поєднання вказівки як на право, так і на використання оціночних понять (прикладом такого поєднання можуть бути приписи ст. 83 Господарського процесуального кодексу України).

Правова норма є відносно-визначеною за умови, коли хоча б один з її структурних елементів характеризується відносною визначеністю змісту. Таким чином, розсуд може виникати на підставі відносної визначеності диспозиції, гіпотези чи санкції правової норми.

Усі відносно визначені норми можна класифікувати залежно від ступеня відносної визначеності їх змісту. На підставі цього критерію слід виділяти норми, один елемент яких є відносно визначеним; норми, які містять два відносно визначені елементи, та «абсолютно» відносно визначені норми, всі елементи яких характеризуються відносною визначеністю змісту.

Слушною також видається пропозиція А. Боннера щодо можливості позначення відносно визначених норм терміном «дискреційні», оскільки він повною мірою підкреслював би значущість розсуду при їх застосуванні¹.

Відносна визначеність змісту правових норм є «найчисленнішою» підставою виникнення правозастосувального розсуду. Вона обумовлює розсуд, пов'язаний із можливістю вибору одного з дозволених правовою нормою варіантів рішення. Межі такого розсуду безпосередньо залежатимуть від ступеня визначеності змісту правової норми.

3. Більшість правових систем, визнаючи факт існування прогалин у законодавстві, встановлює різноманітні механізми вирішення такої проблеми. Як правило, функціями щодо заповнення таких прогалин поряд із законодавчими органами² наділяються судові та інші правозастосувальні органи³. Аналогічно це питання вирішується у цивільному процесуальному праві України⁴.

¹ Див.: *Боннер А. Т.* Применение закона и судебное усмотрение // Сов. государство и право. — 1979. — № 6. — С. 38.

² Див.: *Карташов В. Н.* Институт аналогии в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов. — 1976. — С. 7.

³ Див.: Розділ 7 Цивільного кодексу Швейцарії 1811 р., розділ 12 Цивільного кодексу Австрії 1942 р., розділ 19 Цивільного кодексу Мексики 1928 р.

⁴ Див.: Частина. 3 ст. 11 Цивільного процесуального кодексу України.

Як відомо, основними способами вирішення справ за умови існування прогалини у законодавстві є аналогія закону та аналогія права. У разі їх застосування постає закономірне питання: а як бути, коли у першому випадку (аналогія закону) існують два чи більше закони, які регулюють відносини, подібні до тих, що стали предметом судового розгляду? Критерії подібності суспільних відносин законодавчо не відпрацьовано, а отже, їх конкретний зміст залежить від суб'єктивного бачення правозастосувального суб'єкта. У разі ж аналогії права перед правозастосувальним суб'єктом постають декілька проблем, пов'язаних зі здійсненням вибору. Першою з них є проблема визначення принципів (начал, засад) права (законодавства), дія яких поширюється на відповідні відносини. Звичайно, озвучена проблема не виникає щодо окремих принципів, таких, наприклад, як принцип законності, котрий є універсальним для будь-якої системи права. Однак, коли йдеться про більш вузькі (галузеві) принципи, питання визначення їх переліку навряд чи може бути вирішене так однозначно.

Не менш істотною є проблема неможливості самостійного врегулювання суспільних відносин за допомогою принципів права¹. Дійсно, регулятивна дія принципів права щодо суспільних відносин проявляється через дію відповідних правових норм, прийнятих на розвиток і деталізацію таких принципів. Відсутність останніх означає наявність прогалини в законодавстві і допускає встановлення піднормативних правил конкретним правозастосувальним органом безпосередньо на основі правового принципу. Зрозуміло, що в останньому випадку правозастосувальний орган володітиме досить широким розсудом, оскільки самостійно визначатиме зміст того чи іншого правового принципу принагідно до конкретних обставин справи. Крім того цілком реальною є ситуація конфлікту основних принципів чи засад права². За такої ситуації на правозастосувальний орган покладатиметься обов'язок вибору більш пріоритетного принципу з поміж наявних.

Наведені міркування дають ґрунтовні підстави стверджувати про неможливість діяльності правозастосувальних органів щодо вирішення правових питань за умови існування прогалин у законодавстві без реалізації такими органами права на розсуд. Такий підхід є загальноновизнаним як у вітчизняній правовій науці³, так і за-

¹ Див.: Лазарев В. В. Применение норм советского права. — Казань, 1972. — С. 126.

² Див.: Барак А. Вказ. праця. — С. 117.

³ Див.: Забигайло В. К. Проблема пробелов в праве. Критика буржуазной теории: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1972. — С. 20.

рубіжній¹. Більше того, реалізація правозастосувальними органами належного їм розсуду при вирішенні правових питань за умов існування прогалин у законодавстві не лише не шкодить принципу законності, але навпаки є єдиним можливим за таких обставин засобом впровадження останньої. Слушною у цьому відношенні є теза П. Недбайла про те, що не слід боятися заповнення прогалин у законодавстві на розсуд суддів².

Так, з точки зору К. Комісарова використання аналогії закону чи права становить самостійну форму розсуду, специфіка якої полягає не у ліквідації прогалин у законодавстві, а в деякому поширенні сфери дії законів, поширенні сфери правового регулювання³. Важко не погодитися з цією думкою, оскільки справді виключне право на усунення прогалин у законодавстві має сам законодавець⁴, а правозастосувальні органи застосовують вже існуючі правові приписи, які регулюють суспільні відносини, найбільш подібні до тих, з приводу яких приймається рішення. Розвиваючи свою думку, К. Комісаров доходить висновку про те, що використання аналогії закону чи права є аномальною формою застосування права на власний розсуд⁵.

В. Лазарев вважає, що в умовах вирішення справи за аналогією правозастосувальний орган самостійно змушений формулювати відповідні правові положення. При цьому такий орган керується загальним змістом і принципами права, конкретними нормами, які регулюють «прикордонні» та аналогічні обставини, а також законодавчою політикою та іншими ідеологічними установами. Інакше кажучи, з точки зору цього автора, при прогалинах у законодавстві неможливо вирішити справу без реалізації компетентним органом розсуду⁶.

Поряд з цим окремі вчені дотримуються думки про відсутність правозастосувального розсуду в процесі заповнення прогалини у законодавстві⁷. Вони вказують на обов'язок правозастосувального суб'єкта застосувати аналогію закону чи права у разі відсутності

¹ Див.: *Hart L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals* // *Harvard Law Review*. — Vol. 71 (1958). — № 4. — P. 612.

² Див.: *Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм.* — М., 1960. — С. 197, 452.

³ Див.: *Комиссаров К. И.* Вказ. праця. — С. 54–55.

⁴ Див.: Стаття 75 Конституції України.

⁵ Див.: *Комиссаров К. И.* Вказ. праця. — С. 55.

⁶ Див.: *Лазарев В. В.* Вказ. праця. — С. 111.

⁷ Див.: *Боннер А. Т.* Вказ. праця. — С. 40.

відповідних правових норм. Тому, з їхньої точки зору, оскільки йдеться про обов'язок правозастосувального суб'єкта, він не наділений розсудом і у процесі виконання такого обов'язку. Однак, на думку цих же науковців, правозастосувальна діяльність у разі використання аналогії закону чи права є надзвичайно складним творчим процесом і не може бути формалізована за допомогою логічних правил¹. Не заперечуючи обов'язок правозастосувального органу вирішити спір із застосуванням аналогії закону чи права у разі існування прогалини у законодавстві, хотілося б акцентувати увагу на тому, що виконання такого обов'язку якраз і полягає у виборі відповідної правової норми чи правових принципів (та з'ясуванні їх змісту з урахуванням конкретних умов правозастосування). Більш того, існування правила про заповнення прогалин у законодавстві теж не усуває прогалин у законодавстві, а лише вказує на спосіб вирішення відповідної категорії справ, тому навіть за умови високого рівня формалізації цього правила розсуд у процесі використання аналогії закону чи права не зникає, а лише більшою мірою обмежується.

Попри безспірність, з нашої точки зору, тези про існування розсуду у випадку вирішення справ, що ґрунтуються на суспільних відносинах, стосовно яких відсутня «своя» правова норма, необхідно акцентувати увагу на основних правилах реалізації такого розсуду. До їх числа, зокрема, можна віднести такі:

— реалізація розсуду можлива виключно тоді, коли прогалина у законодавстві дійсно існує і переконання правозастосувального суб'єкта про її наявність не є хибним;

— реалізація розсуду може мати місце лише у процесі вирішення тих питань, які впливають із суспільних відносин, що хоча й знаходяться у сфері правового регулювання, однак не мають «своєї» правової норми;

— реалізація розсуду відбувається у процесі застосування аналогії права чи закону, а тому вона (реалізація) може мати місце виключно у сфері дії тих інститутів та галузей права, щодо яких застосування аналогії закону чи права є допустимим²;

— детермінантами розсуду в таких випадках у першу чергу повинні виступати науково вироблені та загальноприйняті тези про «спорідненість» суспільних відносин, врегульованих окремими галузями права, правовими інститутами тощо;

¹ Див.: Боннер А. Т. Вказ. праця. — С. 40—41.

² Так, однозначно неприпустимим здається застосування аналогії закону чи права у сфері дії правових норм, вміщених в Особливій частині КК України.

— винятково важливого значення при реалізації такого розсуду набуває правозастосувальна практика, яка склалася. Її врахування є обов'язковим;

— реалізація розсуду в разі існування прогалини у законодавстві повинна супроводжуватися особливо детальною і переконливою аргументацією здійсненого правозастосувальним суб'єктом вибору одного з альтернативних варіантів рішення.

4. Обсяг і недостатній рівень систематизованості системи права подекуди обумовлюють виникнення правових колізій, коли дві чи більше правових норм прямо або опосередковано суперечать одна одній. З точки зору окремих вчених таку ситуацію можна охарактеризувати як колізійну прогалину у законодавстві¹. Не вдаючись у дискусії з цього приводу, хотілося б лише відзначити, що навряд чи можна вести мову про прогалину в законодавстві у цих випадках, оскільки суспільні відносини, які є предметом спору, регулюються навіть не однією, а декількома нормами. Тому проблема правозастосування у таких ситуаціях виникає не з приводу відсутності належної правової норми, а з приводу «надлишку» таких норм. Поряд з тим, незалежно від вирішення цього питання для нас важливим є те, що правозастосувальний суб'єкт отримує можливість вибору однієї із суперечливих правових норм для її подальшого застосування. Такі ситуації не є великою рідкістю². Зазвичай, подібні суперечності вирішуються відповідно до колізійних правил, однак такі правила традиційно не є нормативними і сформульовані не завжди чітко³. Саме тому в абсолютній більшості випадків правозастосувальний суб'єкт здійснює вибір правової норми, яка підлягатиме застосуванню, самостійно⁴.

Слід зауважити, що колізії правових норм обумовлюють розсуд правозастосувального суб'єкта лише тоді, коли норми, які супере-

¹ Див.: *Карташов В. Н.* Вказ. праця. — С. 14.

² Див.: *Барак А.* Вказ. праця. — С. 74.

³ Винятко становлять так звані колізійні норми, які діють у сфері міжнародного права і мають за своє головне призначення визначити, правова норма якої системи права підлягає застосуванню в конкретному випадку (див., напр., розділ 8 Цивільного кодексу України, Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» тощо).

⁴ Поряд з цим чинне законодавство України, а саме глава 13 Закону України «Про Конституційний Суд України», встановлює порядок вирішення колізій між правовими актами, якими суперечливо регулюється порядок реалізації конституційних прав і свобод людини і громадянина. Такий порядок, зокрема, передбачає вирішення колізій через прийняття рішення Конституційного Суду, де вказується, який з актів, що перебувають у колізії, підлягатиме застосуванню, а який — ні.

чать одна одній, є однаковими за юридичною силою і не співвідносяться як загальна та спеціальна. В інших ситуаціях вибору як такого не існує, оскільки застосуванню підлягає норма з вищою юридичною силою чи спеціальна.

Яскравим прикладом колізії правових норм у чинному законодавстві України є положення Закону України «Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001–2004 років» (далі — Закон), з прийняттям якого в господарській практиці постали проблемні питання, пов'язані з неузгодженостями приписів Закону з іншими нормативно-правовими актами України. Так, відповідно до ст. 5 Закону звільняються від сплати ввізного мита, оподаткування податком на додану вартість комплектуючі вироби та запасні частини до сільськогосподарської техніки. Не застосовується стягнення мита та інших податків при ввезенні на митну територію України комплектуючих виробів та запасних частин до сільськогосподарської техніки, засобів захисту рослин і тварин, які не виробляються в Україні, а також при сезонному ввезенні (з 1 лютого по 1 жовтня) дизельного пального. Проте відповідно до статті 1 Закону України «Про порядок встановлення ставок податків і зборів (обов'язкових платежів), інших елементів податкових баз, а також пільг щодо оподаткування» пільги щодо оподаткування встановлюються або змінюються виключно законами України з питань оподаткування. Пунктом 11.4 ст. 11 Закону України «Про податок на додану вартість» передбачено, що зміни порядку оподаткування податком на додану вартість можуть здійснюватися лише внесенням змін до цього Закону. З частини п'ятої ст. 1 Закону України «Про систему оподаткування» випливає, що зміни і доповнення стосовно пільг, ставок податків і зборів (обов'язкових платежів), механізму їх сплати вносяться до законів України про оподаткування не пізніше, ніж за шість місяців до початку нового бюджетного року і набирають чинності з початку нового бюджетного року. Згідно зі ст. 6 Закону України «Про бюджетну систему України» бюджетний рік розпочинається з 1 січня та закінчується 31 грудня. Відповідно до п. 4 розділу VIII «Прикінцеві положення» Закону Кабінет Міністрів України зобов'язано у тримісячний термін з дня набрання чинності Законом внести на розгляд Верховної Ради України пропозиції щодо приведення законів України у відповідність із Законом та прийняти нормативно-правові акти, спрямовані на його виконання. Водночас у п. 1 цього розділу передбачено, що Закон набирає чинності з дня його опублікування, тобто з 20 лютого 2001 р. Охарактеризована колізія правових норм вкрай ускладнює формування правильної і

однакової практики вирішення господарськими судами спорів, пов'язаних із застосуванням приписів цього Закону.

Реалізація розсуду у разі колізії правових норм, зазвичай, не призводить до остаточного вирішення спору (справи), оскільки після визначення правової норми, яка підлягатиме застосуванню, правозастосувальний суб'єкт встановлює зміст цієї норми і кваліфікує на підставі її змісту юридичні факти. На цих стадіях можливе повторне делегування розсуду правозастосувальному суб'єкту, якщо, наприклад, обрана правова норма характеризується відносною визначеністю змісту.

Висновки та перспективи дослідження. Внаслідок проведеного дослідження можна дійти таких висновків:

1. Делегування суб'єкту розсуду при правозастосуванні залежить від наявності низки об'єктивних факторів — підстав розсуду. Відсутність останніх означає існування лише одного варіанта законного вирішення правового питання, а отже, розсуд як право вибору між двома і більше можливими варіантами виключається.

2. Підстави розсуду можна визначити як об'єктивно існуючі елементи правової системи, що безпосередньо породжують необхідність вибору одного з дозволених правом варіантів правозастосувального рішення.

3. До ознак підстав розсуду можна віднести:

3.1. Правову природу підстав розсуду. Підстави розсуду є виключно правовими явищами. Виникнення розсуду з неправових підстав неможливе, оскільки в такому випадку сам розсуд втрачає свій правовий характер і перетворюється з делегованого та обмеженого повноваження на суб'єктивну не обмежену правом сваволлю.

3.2. Об'єктивний характер підстав розсуду. Існування таких підстав не залежить від волі правозастосувального суб'єкта.

3.3. Безпосередність зумовлення підставами необхідності здійснення вибору одного з дозволених правом варіантів рішення. Існування хоча б однієї підстави розсуду завжди породжує останній і легітимізує його реалізацію компетентним правозастосувальним суб'єктом. Відсутність підстав розсуду означає відсутність самого розсуду, незалежно від обсягу інших повноважень правозастосувального суб'єкта.

Проведення подальших досліджень проблематики визначення сфери існування правозастосувального розсуду, поєднане з імплементацією сформульованих у їх процесі науково обґрунтованих висновків у практичну діяльність, гадаємо, сприятиме підвищенню якісного рівня правозастосування — ухваленню лише законних, справедливих, обґрунтованих та якомога доцільніших рішень.

Надійшла до редколегії 20.08.03

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Л. Кривенко, член-кореспондент
АПРН України

Необхідно модернізувати конституційне визначення Верховної Ради України

Конституційний розвиток України, як і інших суверенних держав, утворених на теренах колишнього СРСР, характеризує тенденція, яка чітко визначилась, — реформування основних законів. Воно здійснюється шляхом прийняття нових конституцій, а також шляхом внесення змін і доповнень в чинні конституції, що цілком закономірно для держав перехідного періоду¹.

Доктринальна ідея реформування чинної Конституції України, прийнятої в 1996 р., — перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської республіки, яка відповідає найбільш поширеній у демократичних країнах Європи моделі².

Міцні позиції парламентаризму — одна з характерних рис післявоєнного і сучасного конституційного розвитку країн Західної Європи³. Утвердилась європейська модель поділу влади, така організація державного управління, при якій виконавча влада залежить безпосередньо від підтримки законодавчої влади, що саме по собі свідчить про досягнення парламентаризму.

Характерно, що радикальну спробу конституційної заміни парламентської форми правління було здійснено лише у Франції в

¹ Див.: *Тихомиров Ю. А.* Теория компетенции. — М., 2001. — С. 49.

² Див.: Телевізійне звернення Президента України Леоніда Кучми з нагоди підписання Указу про винесення на всенародне обговорення проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» // Урядовий кур'єр. — 2003. — 7 бер.

³ Див.: *Окуньков Л. А.* Конституционное развитие в государствах Европейского Союза // Конституции государств Европейского Союза / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — М., 1997. — С. VII—VIII.

1958 р. Вона привела до встановлення президентсько-парламентського режиму. Але! Такий «вражаючий» приклад не вплинув на сусідні держави. Симптоматично, що на «заклик сильної влади» не відгукнулись Іспанія і Греція, котрі пережили тоталітарні режими. Замість орієнтації на французький варіант, вони, навпаки, укріпили роль представницької демократії і контрольні функції парламенту. Не сприйняли модель Конституції V Республіки Португалія і Фінляндія, де конституційні реформи розширили парламентські прерогативи за рахунок президентських повноважень і закріпили пріоритет парламенту. Важливо привернути особливу увагу до того, що і парламент Франції в постконституційний час де-факто багато в чому подолав антипарламентські риси Конституції 1958 р. і повернув втрачені позиції в системі державної влади¹.

Центральним напрямком трансформації президентсько-парламентської моделі в парламентсько-президентську є підвищення ролі Верховної Ради України, укріплення її місця в системі державної влади, розширення її повноважень, оптимізація діяльності по реалізації всіх функцій парламенту та підвищення відповідальності.

Виключно важливо, що концепція європейської моделі домінуючої ролі найвищого представницького органу в політичній системі все активніше та конструктивніше проводиться Головою Верховної Ради України В. Литвином і багатьма народним депутатами. І це вже деякою мірою позначилось на практичній діяльності українського парламенту².

Модернізація чинної конституційної моделі Верховної Ради України відповідно до теоретичної доктрини парламентсько-президентської республіки і прогресивного західноєвропейського конституціоналізму являє собою комплексну, багатоаспектну проблему, елементи якої втілюють проекти законів про внесення змін до Конституції України, підготовлені Президентом України та народними депутатами.

В розглядуваному контексті деякі аспекти оновлення конституційного статусу парламенту вже привернули увагу дослідників

¹ Див.: *Ардан Філіпп*. Франція: государственная система / Пер. с франц. — М., — С. 110—114.

² Див.: Заключне слово Голови Верховної Ради України Володимира Литвина під час закриття третьої сесії Верховної Ради України четвертого скликання 11 липня 2003 р. // *Голос України*. — 2003 — 15 лип.; *Васильєв Геннадій*. Конституційний аспект політичної реформи // *Віче*. — 2003. — № 4. — С. 5; *Беспалый Борис*: «Мы обязаны были провалить попытку антиконституционного переворота в Украине» // *Столичные новости*. — 2003. — № 25, 8—14 июля та ін.

відповідної проблематики. Але поза увагою науковців залишається така важлива проблема, як перегляд конституційного визначення Верховної Ради, що диктується необхідністю підвищення її ролі, а також недоліками, притаманними визначенню Верховної Ради, котре містить ст. 75 чинної Конституції. Актуальність спеціальної розробки зазначеного питання підсилюється тим, що в проекті Закону глави держави «Про внесення змін до Конституції України»¹ та однойменному проекті народних депутатів (161 депутат)² ст. 75 Основного Закону не реформується.

Чинна Конституція України вперше у вітчизняній конституційній правотворчості конституювала національну представницьку установу парламентом, що має позитивне значення. «Єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент — Верховна Рада України», — проголошує ст. 75. Наявність в Основному Законі спеціальної норми, яка на конституційному рівні закріплює визначення парламенту, є досягненням Конституції.

В той же час наведене нормативне визначення Верховної Ради містить значні недоліки: воно однобічне, оскільки втілює лише одну функцію парламенту — законодавчу. Звідси першочерговим кроком парламентської реформи є модернізація конституційного поняття Верховної Ради. Теоретична концепція примату національного представницького органу в системі державної влади має одержати концентроване вираження і втілення у визначенні Верховної Ради конституційною нормою. В такому руслі визначення Верховної Ради має включати, крім законодавчої, також інші функції парламенту, насамперед функцію представництва Українського народу. Вона іманентна національній представницькій установі. Це загальновизнане положення теорії суверенітету народу, парламентаризму і поділу влади. Аналізуючи функцію, котра нас цікавить, надзвичайно важливо і необхідно зробити акцент на тому, що Верховна Рада — єдиний орган в Україні, котрий представляє Український народ. Дане положення підтримують також інші автори³.

¹ Див.: Урядовий кур'єр. — 2003. — 21 черв.

² Див.: Проект. Закон України «Про внесення змін до Конституції України» // Товариш. — 2003. — № 31, 7–13 серп.

³ Див.: *Плющ І. С.* Парламентаризм в Україні — шляхи і тенденції розвитку // Парламентаризм в Україні: теорія і практика. Мат. міжнар. наук.-практ. конф.; 26 червня 2001 р. — К., 2001. — С. 7; *Теплюк М. О.* Парламент України: деякі питання вдосконалення конституційного статусу // Парламентська реформа: теорія та практика. — К., 2001. — С. 255.

Поряд з наведеним в юридичній науці має місце визначення представниками народу двох суб'єктів: Верховної Ради і Президента¹. Дане положення підтримує В. Шаповал, який даремно спробував опонувати мою позицію. Він оперує аргументом, котрий полягає в тому, що і парламент, і Президент обираються в однаковий спосіб — безпосередньо народом (корпусом виборців)². Проте таке тлумачення є однобічним, а тому хибним. Поза увагою вченого опинилась решта складових, які лише в сукупності створюють якість, котра дозволяє характеризувати той чи інший орган органом, який представляє народ.

Крім способу легітимації, до вирішальних вихідних обґрунтувань представницького органу належить його соціальне призначення, функції.

Обрання того чи іншого органу або особи безпосередньо народом, безперечно, важливий фактор, який слід враховувати, визначаючи статус даного органу чи особи. Однак окремо взятий цей фактор не дає підстав для того, щоб орган або особу, легітимовані народом, автоматично характеризувати такими, які представляють народ.

Сучасна світова теорія народного представництва рішуче відкидає уявлення про те, що легітимація того чи іншого державного інституту народом (корпусом виборців) є достатньою підставою для набуття ним якості представника народу.

Якщо сприйняти думку, згідно з якою орган або особа, котрі обрані народом, є народними представниками, то звідси випливає, що відносини, які виникають у зв'язку з діяльністю даного органу або особи, — суть відносини народного представництва. Проте чи не спричиняє таке бачення змішування призначень органів або осіб, легітимованих виборцями? І чи немає тут містка, котрий начебто перекидається до радянської моделі народного представництва, за якої представницькі органи — Ради, в силу їх похідності від народу, могли одночасно виконувати і функції управління і функції виконавчо-розпорядчих органів? — запитує С. Авак'ян. І відповідає: «Ні, цього не відбувається. Справа в тому, що є ще один важливий вихідний фактор: кожний представник народу здійснює ті

¹ Див.: Цвік М. В. Взаємодія законодавчої, виконавчої гілок влади та референдуму // Вісник Академії правових наук України. — 1995. — № 3. — С. 31–34; Кикоть В. А. Еще раз о необходимости новой Конституции РФ и путях доработки ее проекта // КС. — 1993 (октябрь), № 2. — С. 42–43.

² Див.: Шаповал Володимир. Парламент як орган народного представництва // Віче. — 1999. — № 5. — С. 7.

функції, заради яких він створений. І абсолютно очевидно, що для традиційного народного представництва характерні свої функції, яких немає у виборних посадових осіб¹.

Нерозривність народної легітимації з функціональним призначенням відповідних державних органів С. Авак'ян ґрунтовно та рішуче відстоює не лише в узагальненому вигляді, але й відносно досліджуваної нами проблеми. Президент, — пише вчений, — також обирається народом, проте він — одноосібний державний орган, а не представницька установа. Президента не називають представницькою установою не стільки тому, що він одноосібний орган, скільки виходячи із його функцій².

Узагальнюючи висновок щодо неприйнятності тлумачення президента як представницького органу, необхідно підкреслити, що невід'ємними рисами представницьких органів є: обрання їх народом (корпусом виборців) на періодичних виборах, колегіальність, соціальне призначення, яке обумовлює традиційні для народного представництва функції, наявність механізму впливу громадян на їх діяльність. Лише сукупність перелічених рис створює якість, котра дозволяє характеризувати відповідні органи як представницькі. Наявність тільки окремих рис із перелічених пов'язується лише з деякими елементами відносин представництва.

В розглядуваному ракурсі зазначимо, що президент, легітимований народом, безперечно, набуває «авторитету всезагальності» і одержує велику владу, що дозволяє главі держави стати серйозною протиположною законодавчій владі. Проте в результаті виборів президент не одержує статусу представницького органу, залишаючись за своєю природою одноособовим органом влади. Відносини представництва, пов'язані з його обранням, за своїм характером відрізняються від тих, які притаманні широкій колегії, обраній шляхом періодичних виборів³.

В такому розумінні парламент являє собою установу. Він володіє функціями, які закономірно і логічно впливають із його соціального призначення і притаманні лише парламенту.

¹ Див.: Авак'ян С. А. Проблемы народного представительства в Российской Федерации // Проблемы народного представительства в Российской Федерации / Под ред. С.А. Авакьяна. — М., 1998. — С. 5.

² Див.: його ж. Федеральное Собрание — парламент России. — М., 1999. — С. 24.

³ Див.: Богданова Н. А. К вопросу о понятии и моделях народного представительства в современном государстве // Проблемы народного представительства в Российской Федерации / Отв. ред. С. А. Авакьян. — М., 1998. — С. 15—16.

З метою реалізації головної функції єдиної державної влади — законодавчої — народ обирає парламент. Його соціальне призначення — приймати закони, які б відображали волю народу і втілювали, представляли його інтереси. Закони обов'язкові і для президента.

Соціальне призначення президента, його функції інші. Він обирається для виконання законів, що приймаються народом шляхом використання референдуму, або його представницьким органом. Звідси — складова конституційного статусу президента як представника держави. Положення відносно призначення глави держави — виконувати Конституцію і закони — чітко і ясно закріплює Основний Закон України. «Президент України на основі та на виконання (виділено мною. — Л. К.) Конституції і законів України видає укази і розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України», — суворо і недвозначно закріплює ст. 106 Конституції України загальноновизнане теоретичне положення прогресивного світового конституціоналізму¹.

Недостатність народної легітимациі для одержання якості представницького органу підтверджується не тільки теоретично, а й конституційно.

Конституція Японії (ст. 79)¹ закріплює призначення суддів Верховного Суду Кабінетом. Але після десяти років це призначення підлягає перегляду шляхом народного голосування. Якщо більшість виборців висловлюється за залишення судді на посаді, він продовжує виконувати обов'язки судді Верховного Суду. Таким чином, у даному випадку судді Верховного Суду одержують підтвердження свого статусу шляхом виборів, джерелом їх легітимациі є народ. Зазначене, проте, ні в якому разі не надає Верховному Суду якості представницького органу.

Поглиблюючи конституційну аргументацію, слід наголосити на тому, що у світлі світового конституційного регулювання обрання глави держави безпосередньо виборцями не абсолютизується. Правда, даний аспект у контексті досліджуваної проблеми не привернув належної уваги. Тим більше необхідно підкреслити, що народна легітимация президента зовсім не розглядається неодмінною, обов'язковою підставою створення конституційної моделі «сильного президента». Світовий конституціоналізм знає варіанти пре-

¹ Див.: Конституция, закон, подзаконный акт. — М., 1994. — С. 51–53.

² Текст Конституції див.: Конституции зарубежных государств. — 2-е изд. — М., 1997. — С. 441–456.

зидентів, котрі обираються безпосередньо народом, однак конституційно наділені лише повноваженнями, традиційними для глав парламентських республік.

Звернемось до Федерального конституційного закону Австрійської Республіки від 10 листопада 1920 р. (з наступними змінами)¹. Цей закон (конституція) окреслює статус Федерального президента в розділі «Виконавча влада». Незважаючи на те, що він легітимується шляхом загальних виборів (ст. 60), конституція відносить його до моделі «слабкого президента». Відповідно до ст. 65 Федеральний президент представляє Республіку в зовнішніх зносинах. Коло президентської компетенції окреслено головним чином лише рамками, характерними для глави держави у сфері представництва держави. Більш-менш істотними повноваженнями Федеральний президент Австрії конституційно не наділяється.

Конституція Литви² закріплює обрання президента громадянами (ст. 78) і конституює його главою держави, який представляє Литовську державу та виконує все, що ставиться йому за обов'язок Конституцією та законами (ст. 77)³.

Які ж функції притаманні парламенту?

Іманентною функцією парламенту є представницька. Цій функції відводять пріоритетне місце автори новітньої теорії парламентаризму. Вона обумовлюється і втілюється сукупністю таких складових. По-перше, джерелом парламентської влади, яким виступає безпосередньо народ (корпус виборців). По-друге, способом обрання парламенту. Верховна Рада України згідно зі ст. 76 Конституції періодично обирається громадянами України на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Світова практика знає особливості виборів парламенту. Відоме призначення частини членів парламенту главою держави тощо. Але неодмінним і головним є обрання парламенту народом. Представницький характер парламенту, по-третє, забезпечується складом даного органу. Він — не одноособовий орган державної влади і не колегіальний орган виконавчої влади. Парламент складається із десятків або сотень депутатів, які пред-

¹ Текст Конституційного закону див.: Конституции государств Европейского Союза / Под ред. Л. А. Окунькова. — М., 1997. — С. 11–82.

² Текст Конституції див.: Конституції нових держав Європи та Азії. — К., 1996. — С. 49–86.

³ Детальніше про це див.: Плечкайтис В. П. Литва — парламентська республіка. Функції Президента — міжнародна та представницька діяльність // Віче. — 1998. — № 3. — С. 137–141.

ставляють основні верстви населення і мають виражати його волю та інтереси. Конституційний склад Верховної Ради України — 450 народних депутатів.

Нерідко парламент називають народними зборами. Це втілює представницький характер парламенту не тільки з точки зору його чисельного складу. Як загальнонаціональний орган, що легітимується всім народом (корпусом виборців), парламент, по-четверте, покликаний відігравати роль форуму, де гласно, публічно обговорюються важливі питання суспільного і державного життя, здійснюється контроль за виконавчою владою, щоб не допустити її свавілля, ігнорування інтересів і потреб населення.

Розкриваючи зміст парламенту як представницької установи, важливо і необхідно акцентувати на соціальному захисті населення Верховною Радою.

В такому ключі є всі підстави підкреслити, що в умовах надзвичайно тяжкої скрути, в якій опинився майже весь Український народ, Верховна Рада прийняла життєво важливі для нього рішення щодо заборони стягнення пені за несвоєчасне внесення плати за житлово-комунальні послуги, про амністію осіб, які брали участь у масових акціях протесту проти несвоєчасних виплат заробітної плати, пенсій, стипендій та інших соціальних виплат, про державні гарантії відносно заощаджень громадян, про скасування декрету Кабінету Міністрів України стосовно припинення індексації грошових доходів людей¹.

Саме з розвитком представницької функції парламенту автори новітньої теорії парламентських інститутів (Ж. Блондель, К. Брехер, І. Мені, Дж. Стюарт Міль, К. Уер) вбачають посилення ролі парламентів та перспективи їх розвитку². «Необхідно відмовитись від уявлення про XVIII ст. як про час «золотого віку» парламентаризму. Парламенти ніколи не були такими представницькими органами, як сьогодні. Вони залишаються форумом політичного життя», їх роль в цій якості навіть посилилась, — переконаний І. Мені³.

Перспективи оптимізації представницької функції Верховної Ради органічно пов'язуються з кількісним складом цього органу.

¹ Див.: Мороз О. Закони і постанови мають працювати не на чийсь приватні або групові інтереси, а на користь усього суспільства // Голос України. — 1996. — 25 січ.

² Детальніше про це див.: Сравнительное конституционное право. — 1996. — С. 529—534.

³ Див.: Meny Y. Government and Politics in Western Europe. — Oxford., 1990. — P. 156.

Указом Президента України від 15 січня 2000 р. «Про проголошення всеукраїнського референдуму» на референдум вносилось, зокрема, питання: «Чи згодні Ви зі зменшенням загальної кількості народних депутатів України з 450 до 300 і пов'язаною з цим заміною у частині першій статті 76 Конституції слів «чотириста п'ятдесят» на слово «триста», а також внесенням відповідних змін до виборчого законодавства?» На всеукраїнському референдумі, який відбувся 16 квітня 2000 р., на дане запитання громадяни дали позитивну відповідь. Це питання вважається ухваленим виборцями, оскільки за нього було віддано більшість голосів від числа тих, хто брав участь у референдумі (89,9%)¹. Проте питання про конституційний склад Верховної Ради розуміється неоднозначно. Має місце висловлення, що за наслідками референдуму Верховна Рада має складатись з 300 народних депутатів². Такий підхід не узгоджується зі світовим досвідом визначення чисельності парламентаріїв найвищого представницького органу. Порівняльно-правовий аналіз даного питання показав, що, незважаючи на особливості, притаманні парламенту кожної країни, сформувались доволі сталі критерії, яким має відповідати кількісний склад даного органу, щоб забезпечити і його представницький характер, і його дієздатність, і оптимальне здійснення своїх функцій³.

Саме кризь призму такого підходу, а також вітчизняних традицій і особливостей слід осмислювати питання конституційного складу Верховної Ради — 450 народних депутатів. Якщо сприймати цю цифру під кутом зору населення України, яке перевищує 48 млн, то, вважаємо, дане співвідношення кількості населення і чисельного складу Верховної Ради в загальних рисах забезпечує можливості парламенту представляти різні верстви населення, підтримувати взаємовідносини, традиційні для народного представництва, а також дієздатність цього органу.

Отже, скорочення нинішнього конституційного складу парламенту не узгоджується з комплексом критеріїв, котрим має відповідати Верховна Рада як орган, призначений виражати волю всього народу та представляти його інтереси. Сформульований висно-

¹ Див.: Про підсумки всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 року. Повідомлення Центральної виборчої комісії // Голос України. — 2000. — 25 квіт.

² Див.: Погорілко В. Ф., Ставнійчук М. І., Федоренко Г. О. Український парламентаризм // Державотворення і правотворення в Україні: досвід, проблеми, перспективи / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К., 2001. — С. 52.

³ Докладніше про це див.: Кривенко Л. Т. Верховна Рада України // Органи державної влади України. — К., 2002. — С. 75–83.

вок гармоніює з демократичними процесами, що відбуваються у світі, та сучасною теорією парламентаризму, відповідно до якої одним із центральних напрямів розвитку парламентських інститутів є саме розгортання представницької функції національних парламентів.

В такому ключі вельми позитивне значення має те, що в червневому (2003 р.) проекті Президента України «Про внесення змін до Конституції України» глава держави відмовився від положення про скорочення конституційного складу законодавчого органу, яке було і предметом всеукраїнського референдуму 2000 р. і елементом березневого 2003 р. законопроекту Президента «Про внесення змін до Конституції України» (ст. 76). А проект Закону «Про внесення змін до Конституції України», підготовлений народними депутатами (161 депутат, липень 2003 р.), ст. 76 Конституції залишив у первісній редакції.

Характеристика Верховної Ради як єдиного представницького органу викликає незгоду В. Шаповала не лише тому, що він, як зазначалось, безпідставно вважає представником народу також главу держави, а й термінологічно. Вчений пише: «Нерозуміння може виникнути у зв'язку з пропонованим Л. Кривенко визначенням Верховної Ради України не тільки як єдиного органу законодавчої влади в Україні, а й як єдиного представницького органу Українського народу»¹. При цьому він виокремив такий елемент наведеного положення, як «орган народу» з метою його спростування. Воно мотивується тим, що: 1) «протягом багатьох років у спеціальній літературі вживаним був термін «орган держави»; 2) «в Конституції України вживаються терміни «орган державної влади» і «державний орган», словосполучення «орган народу» відсутнє»².

Наведене твердження має поверховий та застарілий характер, його заперечують і сучасна теорія, і прогресивна конституційна правотворчість. Новітня теорія народного представництва відкидає досить поширені раніше уявлення стосовно співвідношення народу — представницького органу — державної влади. Непорушним є належність влади народу. «Влада не відривається від народу і не переходить до представницького органу, котрий лише представляє народ, і в законах, які приймаються даним органом, виражає його волю. Із цього насамперед випливає, що законодавча влада не всемогутня, як це було характерно для абсолютної держави, навпаки,

¹ Шаповал Володимир. Вказ. праця. — С. 7.

² Там само. — С. 7–8.

вона обмежена зобов'язаннями стосовно народу в цілому і громадян зокрема» (рос. — в отдельности), — стверджує Т. Хабрієва¹.

Радикальний перегляд досліджуваної проблематики притаманний також конституціям. Основний Закон України 1996 р. вперше у вітчизняній конституційній правотворчості чітко закріпив, що Україна є демократичною державою (ст. 1), носієм суверенітету і єдиним джерелом влади є народ (ст. 5).

У світлі наведених фундаментальних положень марним є намагання В. Шаповала абсолютизувати термін «орган держави» та заперечувати термін «орган народу» на тій підставі, що термін «орган народу» чинна Конституція України не використовує. Системний аналіз конституційних норм обґрунтовує хибність подібного тлумачення. Загальновизнана теоретична доктрина, яка полягає в тому, що у співвідношенні норм-принципів і конкретних норм примат належить першим, безсумнівно, не тільки обґрунтовує відповідну характеристику Верховної Ради, а й диктує необхідність конституювання парламенту представницьким органом саме того, хто є і єдиним джерелом влади, і суб'єктом її здійснення, — Українського народу.

Крім наведеного, посилення В. Шаповала на те, що чинний Основний Закон не застосовує термін «орган народу», його позицію розхитують проблеми якості згаданого акта. Адже визнання його недоліків та необхідності їх усунення шляхом конституційної реформи вийшло за межі юридичної науки і переведено в практичну площину, що вже одержало формалізоване втілення. Два законопроекти про внесення змін до чинної Конституції України, авторами яких є Президент України і народні депутати, в липні 2003 р. надіслано до Конституційного Суду України, який має дати висновок щодо їх відповідності вимогам ст.ст. 157 і 158 Основного Закону.

Наукове положення щодо представницької функції парламенту одержало широке конституційне закріплення. Аналіз основних законів показує, що характеристика національних парламентів як представницьких органів притаманна конституціям різних держав, зокрема Західної і Східної Європи, а також держав, які утворились на теренах колишнього СРСР після його розпаду.

Викликають великий інтерес післявоєнні демократичні конституції європейських держав. Конституція Португальської Республіки 1976 р.² містить спеціальну статтю під назвою «Визначен-

¹ Теоретические проблемы современного российского конституционализма (Научно-практический семинар) // Государство и право. — 1999. — № 4. — 115.

² Текст Конституції див.: Конституции государств Европейского Союза. — С. 521—600.

ня», яку присвячено парламенту. Вона встановлює: «Асамблея Республіки є зборами, які представляють всіх португальських громадян» (ст. 150).

Конституція Іспанії 1978 р.¹ закріплює: «Генеральні кортеси представляють іспанський народ і складаються із Конгресу депутатів і Сенату» (ст. 66).

Конституція Республіки Словенія 1991 р.² містить таке правило: «Скупщина складається із 90 депутатів, які представляють громадян Словенії» (ст. 80).

Наведені норми абсолютно ясно показують, що в даних конституційних визначеннях парламентів термін «державний орган» взагалі не вживається. А представництво народу, або громадян, — неодмінний і стрижневий елемент усіх визначень. Відмічене поширюється і на Конституцію Хорватії 1990 р.³ Вона вводить у парламентське визначення «орган обраних народом представників», а також законодавчу владу: «Сабор Республіки Хорватія є органом обраних народом представників, що наділені у Республіці Хорватія законодавчою владою (ст. 70).

Абсолютно рельєфно характеристику парламенту як представницького органу народу втілює Конституція Угорщини 1949 р. (з наступними змінами⁴): «Верховним органом державної влади та представницьким органом народу Республіки Угорщина є Національна Асамблея» (ст. 19(1)). Зазначимо, що в главі 1 «Загальні положення» норма, присвячена суверенітету народу, значно відрізняється від відповідної норми Конституції України. Стаття 2.2 Конституції Угорщини закріплює: у Республіці Угорщина вся влада належить народові, який здійснює суверенітет як через своїх обраних представників, так і безпосередньо. Здійснення народного суверенітету через органи державної влади наведена норма-принцип не закріплює.

Зведення представницької функції національних парламентів на рівень конституцій одержало широке втілення в основних законах Співдружності Незалежних Держав.

Характеристику парламенту як «представницького органу народу» закріплює Конституція Молдови: «Парламент є вищим пред-

¹ Текст Конституції див.: Конституції государств Европейского Союза. — С. 371–414.

² Текст Конституції див.: Конституції нових держав Європи та Азії. — С. 266–306.

³ Там само. — С. 371–403.

⁴ Там само. — С. 308–339.

ставницьким органом народу Республіки Молдова і єдиною законодавчою владою держави» (ст. 60–1).

Конституція Узбекистану використовує термін «державний представницький орган». «Вищим державним представницьким органом є Олій Мажліс Республіки Узбекистан, який здійснює законодавчу владу» (ст. 76).

Конституція Казахстану застосовує термін «найвищий представницький орган Республіки». «Парламент Республіки Казахстан є найвищим представницьким органом Республіки, який здійснює законодавчі функції» (ст. 49).

Тотожні визначення парламентів притаманні основним законам Росії та Білорусі. Вони визначають парламенти «представницькими і законодавчими органами» відповідних держав. «Федеральні Збори — Парламент Російської Федерації, — є представницьким і законодавчим органом Російської Федерації» (ст. 94). «Парламент — Національні Збори Республіки Білорусь є представницьким і законодавчим органом Республіки Білорусь» (ст. 90).

Як видно, обидві норми в контексті, що нас цікавить, конституують парламенти «представницькими органами». Осмислюючи цей елемент парламентського визначення, новітня теорія конституційного права робить висновок, суть якого полягає в тому, що його змістом є саме народне представництво. Це переконливо доводить В. Лучин, спираючись на системний аналіз норм Основного Закону Росії. Згідно зі ст. 94 Конституції Російської Федерації Федеральні Збори — це не тільки законодавчий, а й представницький орган. Причому в умовах демократичної держави (якою є Росія відповідно до ст. 1 Конституції) під представництвом розуміється саме народне представництво, адже згідно з ч. 1 ст. 3 Конституції «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Російській Федерації є її багатонаціональний народ»¹.

Проведений аналіз норм основних законів цілком рельєфно показує багатоваріантність конституційних визначень парламентів. Як видається, наявні достатні підстави, щоб сформулювати такий висновок: визначення парламентів основними законами другої половини ХХ ст. характеризує тенденція, яка полягає в тому, що поширюється включення у дані визначення представницької функції парламентів. Повертаючись до України, важливо наголосити, що доктринальні положення сучасної конституційної теорії стосовно

¹ Лучин В. О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. — М., 2002. — С. 480.

представництва народу втілює Декларація про державний суверенітет України, яка проголошує: від імені всього народу може виступати виключно Верховна Рада України. Жодна політична партія, громадська організація, інше угруповання або окрема особа не можуть виступати від імені всього народу України (гл. 11).

Слід звернути увагу на те, що значення цього положення вийшло за межі деклараційного тексту. Воно реалізоване національною представницькою установою на найвищому рівні — на рівні конституційної правотворчості, що втілено безпосередньо в тексті Основного Закону. Преамбула названого акта проголошує: «Верховна Рада України від імені Українського народу — громадян України всіх національностей... приймає цю Конституцію — Основний Закон України». Реалізація деклараційного встановлення становить важливу умову демократичного розвитку¹.

Чинна Конституція закріплює Україну демократичною державою (ст. 1), в якій носієм суверенітету і єдиним джерелом влади є народ. Основний Закон вперше у вітчизняній конституційній правотворчості визначив народ не тільки джерелом влади. Він суворо та чітко конститує народ також суб'єктом здійснення влади, що йому належить, — безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (ст. 5). Таким чином, для включення у конституційне визначення Верховної Ради представницької функції наявні не тільки теоретичні, а й конституційні підстави, як світові так і вітчизняні.

Що стосується Президента України, то його визначення міститься в ст. 102 Конституції, яка проголошує: «Президент України є главою держави і виступає від її імені». Фактично Президент є також главою виконавчої влади. А що стосується ч. 2 ст. 102, то вона викликає обґрунтовані і справедливі зауваження та пропозиції, зокрема академіка АПрН України М. Цвіка².

На відміну від представницької та законодавчої функцій Верховній Раді притаманні також функції, які здійснюються не тільки парламентом, а й іншими органами. До них належать: формування державних органів; визначення засад внутрішньої і зовнішньої

¹ Див.: Коцюба А. П. Теоретична і практична реалізація парламентаризму в Україні // Парламентаризм в Україні: теорія і практика: Міжнародна науково-практична конференція. Київ, 26 червня 2001 року. — К., 2001. — С. 243–245.

² Детальніше про це див.: Цвік М. В. Деякі особливості сучасного українського конституціоналізму // Матеріали наукової конференції «Конституція України — основа модернізації держави та суспільства», 21–22 червня 2001 року. — Х., 2001. — С. 111–112.

політики та участь в її реалізації; контроль діяльності інших вищих органів та посадових осіб. Реформування чинного Основного Закону передбачає розширення, укріплення та вдосконалення конституційних гарантій динамізації діяльності Верховної Ради, спрямованої на виконання перелічених функцій.

Принципово слід підкреслити, що нову тенденцію розширення функціонального аспекту у змісті парламентських визначень віддзеркалено в основних законах країн Західної Європи і пострадянського світу. Відповідно до ст. 66 Конституції Іспанії Генеральні кортеси представляють іспанський народ, здійснюють законодавчу владу, приймають бюджет держави, контролюють діяльність уряду. Згідно зі ст. 48 Конституції Грузії парламент є найвищим представницьким органом країни, який здійснює законодавчу владу, визначає основні напрямки зовнішньої та внутрішньої політики країни, у визначених Конституцією межах контролює діяльність уряду.

На базі здійсненого аналізу, з урахуванням відповідних наукових досліджень, здається можливим сформулювати таке поняття Верховної Ради України. Це — парламент, єдиний представницький орган Українського народу і єдиний законодавчий орган, який повністю або частково створює інші вищі органи держави, визначає засади внутрішньої і зовнішньої політики та бере участь в її здійсненні, контролює діяльність інших вищих органів та посадових осіб.

Сформульоване поняття характеризує включення до нього переліку функцій Верховної Ради, що стало неодмінним елементом понять парламенту, які визначено дослідниками сучасної державності, хоча, зрозуміло, вони не тотожні¹.

Трансформування сформульованого вище поняття Верховної Ради України у визначення даного органу конституційною нормою оновленого Основного Закону сприятиме зміцненню місця та підвищенню ролі парламенту в системі державної влади, розширенню сфери та оптимізації його діяльності, спрямованої на повнокровне здійснення всіх конституційно закріплених функцій, подальшій еволюції Верховної Ради на шляху до парламентаризму, що диктується побудовою парламентсько-президентської республіки.

Надійшла до редколегії 09.09.03

¹ Чиркин В. Е. Государствоведение. — М., 1999. — С. 270; Авакьян С. А. Федеральное Собрание России: перспективы совершенствования, организации и деятельности // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. — 2002. — № 2. — С. 3–16 та ін.

Н. Жук, головний спеціаліст
Харківського обласного управління
юстиції

Система стримувань і противаг у державному апараті: витоки та основний зміст

Досягнення правової свідомості породили невідворотну думку щодо пріоритету моделі правової держави, одним з основних принципів організації влади якої є її поділ на три гілки та супровід взаємодії цих гілок влади системою стримувань і противаг.

За задумом Ш.-Л. Монтеск'є, законодавча, виконавча та судова гілки влади не повинні підмінювати одна одну та не можуть здійснювати функції, зарезервовані за кожною з них. Монтеск'є наголошував на такій побудові державної влади, за умов якої різні гілки влади мали б змогу взаємно стримувати одна одну, кінцевим та бажаним результатом чого слугувало б створення тим самим таких перепон, які б виключали саму можливість зловживання владою¹. В свою чергу Дж. Локк вважав головним, що обов'язково повинні мати місце при цьому зв'язаність усіх трьох гілок влади законом, а також відсутність будь-якої з них, яка б мала більше верховенство статусу щодо інших².

Гілки влади не є ізольованими між собою. Більш того, вони знаходяться у стані відносин, які передбачають можливість їх взаємовпливу, взаємостримування, урівноваження, співробітництва, можливість взаємного тиску, узгодженість та, як наслідок, взаємозалежність, у результаті чого і досягається збалансованість гілок влади.

У заснуванні правових засад забезпечення балансу різних гілок влади величезна заслуга належить так званим «батькам-засновникам» Конституції США. Зокрема, Дж. Медісон під час її розробки неодноразово звертався до проблематики суміщення необхідності у стабільному та сильному уряді із належною турботою про свободу та республіканську форму правління³. Він розмірковував: «...не можна не помітити, що законодавча, виконавча та судова гілки влади жодним чином повністю не розподілені та не зовсім авто-

¹ Див.: *Монтеск'є Ш. Избранные произведения.* — М., 1955. — С. 290.

² Див.: *Локк. Дж. Сочинения:* В 3 т. — М., 1988. — Т. 3. — С. 312.

³ Див.: *Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Медисона и Дж. Джея.* — М., 1993. — № 47. — С. 240.

номні. <...> Монтеस्क'є зовсім не мав на увазі, що ці три гілки влади не повинні мати часткової дії або контролю над діяльністю одна щодо інших»¹. Шукаючи обґрунтування введення конституційного механізму, що дозволить збалансувати державну владу, Медісон апелював до політичних творів містера Джефферсона, в одному з яких («Примітки про штат Вірджінія») автор писав: «Ми боролися за таку форму правління, яка не тільки базується на принципах свободи, але за якої правляча влада так розподілена та урівноважена між декількома гілками влади, щоб жодна з них не мала змоги вийти за межі законних своїх повноважень, не зустрівши дійового стримування та опору з боку інших»². Отже, у механізмі стримувань і протываг того часу особливе місце посіли ідеї урівноваженості гілок влади, їх виокремленості, свободи та водночас взаємного стримування.

Для досягнення практичного забезпечення конституційно закріпленого поділу влад «батьками» системи стримувань і протываг за базис останньої було взято два відповідних принципи — наявність власної волі у кожній гілці влади та надання кожній з них рівних засобів для самозахисту, що, за їх задумом, дозволить усунути недолік, породжений недостатністю зовнішніх засобів (до яких належить, наприклад, звернення до референдуму, рішення якого в реальності все одно не здатні привести до встановлення конституційної рівноваги між гілками влади) шляхом створення такої внутрішньої структури правління, щоб її складові частини самі стали засобом стримування кожної гілки влади на відведеному їй місці³. Останнього можна досягти, зокрема, шляхом надання одній гілці влади права вторгнення у сферу діяльності інших.

Таким чином, початковим текстом Конституції США за базис побудови системи державної влади було взято принцип поділу влад у його класичному варіанті, який за американських умов і трансформувався у так звану систему стримувань і протываг (*checks and balances*). Згідно з цим принципом в Конституції було здійснено організаційний розподіл між трьома гілками державної влади (Конгресом, Президентом та Верховним Судом) таким чином, що кожній з них була надана можливість діяти самостійно у конституційних межах. Проте А. Гамільтон, вважаючи, що «думка про управління за допомогою простої сили закону може знайти місце

¹ Див.: Федералист. — № 47. — С. 305.

² Див.: Там само. — № 48. — С. 309.

³ Див.: Там само. — № 51. — С. 337.

лише у мріях тих політичних цілителів, мудрість яких зводиться до ігнорування застережень вчених»¹, наполягав на такій побудові державного апарату, органам якого були б надані необхідні конституційні засоби та особисті мотиви протистояти вторгненням з боку інших. За думкою, наприклад, В. Маклакова, саме таким чином організовані відносини між органами державної влади мають на меті запобігти посиленню одного з них за рахунок іншого та перешкодити одній з частин системи діяти у напрямку, що є протилежним напрямкам інших органів. Щоправда, надалі він відмічає, що подібна збалансованість державної системи ускладнює нововведення, але водночас перешкоджає можливості узурпації влади з боку будь-якого із зазначених органів².

У ст. 6 Конституцією України закріплено, що «державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України». На відміну від, скажімо, Конституції Республіки Беларусь, в ст. 6 якої принцип поділу влади конкретизовано так: «Державні органи у межах своїх повноважень самостійні: вони взаємодіють між собою, стримують та урівноважують один одного», Конституція України не містить згадування безпосередньо про систему стримувань і противаг, що мають місце в державному апараті України. Відповідно не містить Конституція України і визначення змісту такої системи. Незважаючи на це, Основний Закон України буквально пронизаний закріпленням засобів, здатних урівноважити органи публічної влади України, збалансувати їх, забезпечити уособленість гілок влади, деконцентрацію державної влади, не допустити її узурпації будь-ким та зловживання гілками влади своїми повноваженнями. Такими засобами є і принципи права, і права людини, і окремі принципи організації та діяльності державних інститутів (як, наприклад, принцип несумісництва депутатського мандата із будь-яким іншим представницьким мандатом або перебуванням на державній службі (ч. 2 ст. 78 Конституції України), об'єктивно широкі права органів державної влади відносно один одного тощо (наприклад, право Президента України на щорічні та позачергові звернення до парламенту про внутрішнє і зовнішнє становище України (ч. 2 ст. 106 Кон-

¹ Федералист. — № 28. — С. 192.

² Див.: Конституции зарубежных государств: Учебное пособие / Сост. проф. В. В. Маклаков. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2002. — С. 342.

ституції України). Проте найбільш повно зазначені завдання вирішуються завдяки існуванню системи стримувань і протигаг та забезпечуються нею.

Слід зазначити, що Конституційний Суд України у своїй практиці не тільки неодноразово звертався до проблем функціонування апарату держави в цілому та, зокрема, ролі системи стримувань і протигаг в організації державної влади в Україні, але й безпосередньо оперував зазначеним терміном. Зокрема, у Рішенні № 3-зп від 11 липня 1997 р. у справі щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України ст. 98 Конституції України Конституційним Судом України було встановлено, що в Україні має місце «перехід до нового порядку здійснення державної влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України), органи яких взаємодіють між собою на підставі конституційно закріпленої системи стримувань і протигаг, здійснюючи свої повноваження у межах, встановлених Конституцією України, та відповідно до законів України (ч. 2 ст. 6 Конституції України)»¹.

Отже, у цьому Рішенні було, по-перше, підтверджено факт існування системи стримувань і протигаг у державному апараті України. По-друге, було встановлено, що закріплення складових системи стримувань і протигаг може мати місце лише на конституційному рівні. Нарешті, зазначалося, що взаємодія органів державної влади України та характер цієї взаємодії обумовлюються насамперед саме конституційно закріпленою системою стримувань і протигаг.

На думку В. Лазарева, проблема необхідності такого поділу повноважень, за умов якого і створюється механізм стримувань і протигаг задля запобігання зловживанню владою, звертає на себе увагу саме в аспекті міркувань щодо характеру взаємовідносин між трьома гілками влади². Останнє в свою чергу особливо яскраво виявляється у процесі дослідження зв'язку, що встановлюється між формою державного правління та особливостями поділу влади.

Як уже зазначалося, історично виникнення системи стримувань і протигаг пов'язане з президентською формою правління. Саме у межах останньої створено структуру взаємодії і взаємообмежень вищих органів держави, необхідність чого зумовлена перш за все потребою у забезпеченні єдності управління державними справами. Проте «жорстка» модель поділу влади, що має місце у

¹ Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001/ Відп. ред. П. Б. Євграфов. — К., 2001 — С. 31.

² Див.: Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права: Учебник для вузов. — М., 1998. — С. 76.

президентських республіках, на думку деяких вчених, здебільшого спричиняє конкуренцію, насамперед законодавчої і виконавчої гілок влади¹. У системі стримувань і противаг, притаманних цій формі правління, можна визначити право вето виконавчої влади на закони, прийняті парламентом, та можливість його подолання останнім; законодавче вето парламенту на акти, прийняті виконавчою владою у межах делегованої законотворчості; право президента на розпуск парламенту та, в свою чергу, право парламенту розпочати процедуру імпичменту щодо президента та інших посадовців; право парламенту відхилити запропоновані президентом кандидатури на посади в уряді, інших органах державної влади; різні строки повноважень законодавчої та виконавчої гілок влади; відповідно різні способи (джерела) формування гілок влади.

Відхід від класичної теорії поділу влади, а також намагання демосу запобігти надмірній концентрації влади у руках виконавчої влади (насамперед президента) викликали значне поширення та популярність парламентарної моделі правління із відмінним від президентської моделі поділом влади. «М'який» поділ влади, що має місце у державах із парламентарною формою правління, характеризується дещо «розмитою» системою стримувань і противаг, що можна пояснити принципом так званого часткового «злиття персоналу», згідно з яким членами уряду можуть бути лише члени парламенту. За умов останнього парламентській більшості, зокрема, зовсім не хочеться відправляти у відставку «свій» уряд або ж не підтримувати законопроекти, ним запропоновані. Стримування і противаги у державному апараті такої країни розуміються здебільшого як інституційовані інструменти здійснення державної влади в цілому: бікамералізм парламенту; наявність парламентської опозиції; можливість винесення вотуму недовіри уряду; розпуск парламенту президентом; порядок взаємовідносин регіонального та місцевого самоврядування із державною владою тощо.

Певні вади, притаманні, на думку деяких вчених та політичних діячів, організації державної влади як у президентській, так і у парламентській республіках, зумовили тенденцію зближення деяких механізмів взаємодії вищих органів державної влади таких держав².

¹ Див.: Разделенная демократия. Сотрудничество и конфликт между Президентом и Конгрессом / Пер. с англ. Под общ.ред. проф. Дж. Тарбера. — М., 1994. — С. 9.

² Див.: Чиркин В. Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. — М., 1998. — С. 270—284; Шлезингер-мл. А. М. Циклы американской истории / Пер. с англ. Закл. ст. Терехова В. И. — М., 1992. — С. 399—487.

З одного боку, укладачі конституцій сучасних президентських республік намагаються встановити певні елементи відповідальності уряду перед парламентом. З другого боку, парламентські країни занепокоєні умовами створення та існування стабільного уряду, який був би захищений від частих вотумів недовіри. Процес поєднання, переплетення певних інститутів, особливих для кожної з цих двох основних форм правління, призвів до появи нової форми правління — змішаної (президентсько-парламентської, парламентсько-президентської), нові якості якої на конституційному рівні уперше було зафіксовано в Конституції Франції 1958 р. Такі зміни викликали появу інноваційної постаті на політичній арені — президента республіки зі змішаною формою правління, який, перебравши на себе частину повноважень у сфері виконавчої влади, разом з тим намагався здійснювати арбітражні функції у відносинах між власне виконавчою та законодавчою гілками влади. Отже, без урахування дії стримувань і протигаг, що можуть бути уживаними безпосередньо главою держави, неможливо уявити повну картину побудови державного апарату та фактичних особливостей реалізації принципу поділу влади за умов змішаної форми правління, як це має місце і в Україні.

Кожній моделі побудови органів державної влади, «розведенню» гілок влади відповідає своя, специфічна система стримувань і протигаг. Яка є більш прийнятною, зокрема, для України? Відповіді на це питання можна лише зваживши на конкретні історичні, політичні, економічні, соціальні та інші умови, що склалися у державі в певний час, на ступінь зрілості свідомості суспільства тощо. Консолідація держав у різноманітні міждержавні союзи, підвищення ролі міжнародних органів, визнання норм міжнародного права пріоритетними, глобалізація проблем людства — все це, на думку Г. Манова, не в останню чергу обумовлює особливості системи стримувань і протигаг у державному апараті певної країни¹. Свій відбиток на змісті системи стримувань та протигаг залишає й форма державного устрою, і особливості політичного режиму, і власне компонент партійного впливу.

Зараз система стримувань і протигаг у державному апараті України обумовлюється не лише закріпленою формою правління, а й формою державного устрою і політичним режимом. Ця система містить достатнє коло елементів, серед яких можна відзначити такі:

¹ Див.: Гражданское общество и правовое государство: предпосылки формирования. — М., 1991. — С. 15.

парламент, що є єдиним органом законодавчої влади в Україні (ст. 75 Конституції України), стримується можливістю застосування президентського вето на закони (п. 30 ст. 106 Конституції) або можливістю визнання Конституційним Судом прийнятих законів неконституційними (ст. 152). Стимуванням законодавчої влади виступає і погроза його розпуску президентом (ст. 106 п. 8 Конституції). В свою чергу, парламент може розпочати процедуру імпичменту Президента України (ст. 111), а також має конституційне право звернення до президента із запитом (п. 34 ст. 85).

Вагомі стримуючі позиції має парламент у стосунках із виконавчою владою: так, Верховна Рада України має відношення до призначення Прем'єр-міністра (п. 7 ст. 106 Конституції), може висловити уряду недовіру (п. 11 ст. 85 Конституції), вона ж володіє «владою гаманця», затверджуючи Державний бюджет та здійснюючи контроль за ходом його виконання (п. 4 ст. 85). Судова гілка влади формується за участю законодавчої, виконавчої гілок влади та Президента (п. п. 26, 27 ст. 85 Конституції України), проте водночас саме вона має право скасування незаконних актів органів виконавчої влади.

Певні особливості, викликані специфікою практичного втілення конституційного принципу поділу влади у державі із змішаною формою правління, породжують особливий характер взаємовідносин президента із трьома гілками влади.

По-перше, закріплення статусу Президента у спеціальному розділі У Конституції України окремо від виконавчої влади свідчить про тенденцію виведення його з кола трьох гілок влади. Проголошення ж Президента гарантом Конституції України (ст. 102) передбачає залучення його до участі у здійсненні конституційного контролю. Хоча норми Конституції прямого формулювання відповідного обов'язку Президента України не закріплюють, проте певні повноваження Президента спрямовані безпосередньо на виконання дій, пов'язаних із здійсненням так званого неспеціалізованого конституційного контролю¹. Глава держави промульговує закон (ст. 94 Конституції України) і у цих умовах він до підписання закону оцінює його з точки зору конституційності. Водночас роль Президента як гаранта Конституції не обмежується оцінкою конституційності законів у зв'язку з їх підписанням. Президент України скасовує акти уряду України та уряду Автономної Республіки Крим (п. 16 ст. 106 Конституції). Нарешті, рішення голів місцевих

¹ Див.: Чиркин В. Е. Вказ. праця. — С. 65–74.

державних адміністрацій, що суперечать Конституції та законам України, іншим актам законодавства України, можуть бути відповідно до закону скасовані Президентом України, що зафіксовано у ч. 8 ст. 118 Конституції України.

Проте, оскільки саме сфера законотворчості є визначальною для інших напрямків діяльності держави (так, за п.п. 12, 13, 15 та 21 ст. 92 Конституції України правовий статус органів державної влади визначається виключно законами України), тому необхідним видається якомога детальніше врегулювання у Конституції всіх нюансів участі інших гілок влади у законотворчому процесі.

Відомі діячі політичної науки визнають, що абсолютна або умовна незгода, зокрема виконавчої влади із актами законодавчої, обертається на непереборний чинник для посягань останньої на прерогативи виконавчої влади. Особливо широкі повноваження щодо цього надані президентові держави. За думкою Девіда Мейх'ю, взагалі одним з показників вдалого правління президента є його успіх у просуванні узгоджених законодавчих пропозицій¹.

Сучасні конституції наділяють президента правом обмеженого, а не абсолютного вето, що дозволяє парламенту подолати останнє кваліфікованою більшістю (ч. 4 ст. 94 Конституції України). Характерною рисою вето президента переважної більшості країн є його загальний, а не вибірковий характер. Інакше кажучи, президент може ухвалити або відхилити законопроект в цілому, а не окремі його положення. Оскільки вважається, що це певною мірою зв'язує президента в його намірі використати вето, парламент і використовує тактику підсвідомого стримування, формулюючи в одному законопроекті як бажані для президента положення, так і ті, що не відповідають сподіванням останнього.

Дещо інша ситуація спостерігається в Україні. Згідно з ч. 2 ст. 94 Конституції України Президент має право повернути закон зі своїми вмотивованими і сформульованими пропозиціями до Верховної Ради України для повторного розгляду. У цьому аспекті цікавими є, щонайменше, два нюанси: можливі види вето на закони за його обсягом, та мотиви повернення закону для повторного розгляду.

На думку В. Копейчикова, норми Конституції України (зокрема, ст. 94 та п. 30 ст. 106) свідчать, що Конституція України не розмежовує можливі види та обсяги права президентського вето, а

¹ Див.: Разделенная демократия. Сотрудничество и конфликт между Президентом и Конгрессом. — С. 67.

отже, воно може бути застосовано як у вибірковому, так і у загальному варіанті¹. Таким чином, наявний стан врегулювання Конституцією України порядку використання Президентом України права вето на закони здатний породити певні суперечності між вищими органами державної влади стосовно обсягів його правомірності, оскільки застосування права вето у будь-якому вигляді може дати підстави для звернення до Конституційного Суду України з приводу тлумачення зазначеного положення Конституції з боку як парламенту, так і Президента України. Що стосується мотивів повернення закону, то за Конституцією України Президент не обмежений у своїх мотивах відхилення закону, не зв'язаний лише мотивом його неконституційності.

У галузі законотворчості поряд із правом вето на закони президенту досить часто належить і право законодавчої ініціативи, і право визначення відповідних законопроектів невідкладними (терміновими, пріоритетними) тощо. Оскільки початковою стадією законотворчого процесу в парламенті є реалізація права законодавчої ініціативи, наділення певних суб'єктів цим правом передбачає їх залучення до процесу законотворчості. Р. Халфіна відзначала, що у ході створення законопроекту діяльність суб'єктів права законодавчої ініціативи пов'язана із процесом виявлення інтересів. Саме тому коло осіб права законодавчої ініціативи повинно охоплювати передусім осіб та органи, які мають можливість висловити думку та інтереси великих груп населення, а також органи, що займають особливе становище в системі державних органів².

На відміну від країн, державний устрій яких дотримується засад «жорсткого» поділу влади, для сучасних країн колишнього СРСР, у тому числі й України, право президента на законодавчу ініціативу є характерним і посилює його положення відносно представницького органу. Водночас перелік осіб (органів), які мають право на законодавчу ініціативу за Конституцією України, не відображає існуючих вимог часу та залишає осторонь, зокрема, судову гілку влади, незважаючи на те, що вищий судовий орган країни традиційно визнається більшістю розвинутих країн суб'єктом права законодавчої ініціативи.

У вітчизняній науковій літературі неодноразово зверталася увага на доцільність надання Верховному Суду України права законо-

¹ Див.: *Копейчиков В.* Теоретичні та практичні питання тлумачення конституції // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 7. — С. 28.

² Див.: *Научные основы советского правотворчества.* — М., 1981. — С. 121.

давчої ініціативи¹. Зокрема, акцентувалося, що обґрунтованою базою цього може слугувати здійснення Верховним Судом узагальнення судової практики, на підставі чого він і висуватиме пропозиції стосовно подальшого розвитку законодавства.

Перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської, а згодом — до парламентарної форми правління в усякому разі веде до радикальних кількісних, а потім — і якісних змін у системі стримувань і противаг, що матимуть місце у побудові і діяльності державного апарату України.

Разом з тим аналіз очікуваних конституційно-політичних змін, зумовлених проведенням відповідної реформи, дає підстави висловити припущення щодо певної дуалістичності тенденції побудови системи стримувань і противаг у державному апараті України. Так, сфера взаємовпливу та механізми взаємовідповідальності у колі «президент — прем'єр-міністр — уряд — парламент» радикально змінюється та породжує, звісно, більше стримувань і противаг, оскільки поряд із відносно самостійним Президентом набагато більш помітною на політичному просторі стає фігура Прем'єр-міністра, який, найголовніше, захищатиметься імунітетом щодо погрози відставки Президентом.

Низка можливостей парламенту щодо впливу на виконавчу владу збільшується в частині пропонування кандидатури на посаду Прем'єр-міністра; формування уряду та прийняття його відставки; встановлення додаткової відповідальності уряду ще й перед парламентом; складання урядом своїх повноважень саме перед новообраною Верховною Радою України. Посилюється і роль Президента України у взаємовідносинах із парламентом та виконавчою владою за рахунок надання йому права розпуску парламенту у разі неможливості сформувати останнім новий уряд.

Проте, якщо припустити введення в Україні інституту обрання Президента парламентом, то в цьому разі свого суттєвого перегляду потребуватиме обсяг повноважень Президента. Західна практика свідчить, що обраний у такий спосіб президент має досить незначні повноваження, зокрема у виконавчій сфері. Отже, у цьому випадку буде доречним перегляд повноважень Президента України саме убик їх звуження та збільшення за їх рахунок повноважень уряду.

У зв'язку з проведенням конституційно-політичної реформи в Україні звертає на себе увагу ще один важливий аспект — забез-

¹ Див.: Цвік М. В. Про офіційне тлумачення законів України // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 4. — С. 58.

печення політичної стабільності у контексті правонаступництва як одного з головних принципів функціонування державного апарату. Одним із витоків демократії і теорії поділу влади як одного з її базових принципів є встановлення не тільки різних для законодавчої та виконавчої гілок влади строків повноважень, але й їх незбіг у часі, що, до речі, сприйнято практично всіма країнами розвинутої демократії. У зв'язку з цим дещо невинуватим видається положення проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» стосовно збільшення строку повноважень Верховної Ради України до п'яти років, що автоматично зрівнює строки повноважень законодавчої, виконавчої гілок влади та Президента, та положення законопроекту стосовно проведення виборів Президента України, народних депутатів та органів місцевого самоврядування в один рік.

Значення системи стримувань і противаг важко переоцінити. Відсутність системи виправданих, науково обґрунтованих та забезпечених у своїй реалізації стримувань і противаг здатна призвести до повної виокремленості окремих гілок влади та неможливості у зв'язку із цим напрацювання та реалізації єдиної державної політики. Розбалансування ж державного апарату внаслідок ігнорування раціональної волі інших гілок влади може зумовити і дестабілізацію ситуації в країні в цілому. Таким чином, напрямками дії системи стримувань і противаг, зміст якої обумовлений відповідним горизонтальним розподілом повноважень між органами державної влади, виступають, з одного боку, недопущення узурпації усієї повноти державної влади будь-яким органом державної влади, а з другого — недопущення послаблення єдиної влади держави в цілому.

Безумовно, конституційна реформа в Україні є своєчасною та необхідною. Необхідним є раціональний та конструктивний перерозподіл повноважень між Верховною Радою, Президентом та Кабінетом Міністрів з тим, щоб підвищилася роль власне виконавчої влади, розширилися її повноваження у стосунках як з парламентом, так і з Президентом. «Суть змін у тому, щоб виробити розумний баланс між різними гілками та рівнями влади, коли вони посилюють, а не послаблюють одна одну», — таким сьогодні бачить сенс конституційної реформи Президент України Л. Кучма¹.

Надійшла до редколегії 12.11.03

¹ Див.: Юридичний вісник України. — 2003. — 20—26 вер. — С. 5.

В. Мармазов, доцент Київського
національного університету

Методи динамічного тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод

Необов'язково зайвий раз підкреслювати особливу важливість для юридичної науки та практики тлумачення юридичних норм. Існування нормативного тексту передбачає його практичне застосування в конкретно взятому випадку¹. Для того щоб застосовувати юридичну норму, необхідно інтерпретувати її зміст. Застосування норми без тлумачення є неможливим. Зважаючи на це, розробка проблематики тлумачення норм права вже протягом дуже тривалого часу привертає увагу вітчизняних вчених, передусім теоретиків права (П. Недбайло, П. Рабінович, Ю. Тодика, О. Черданцев, Т. Насирова, В. Лазарев, Ю. Власов тощо). Але слід зазначити, що дискусії стосовно тлумачення ніколи не буде завершено. Будь-який нормативний текст може розумітися по-різному, оскільки в самому тексті не конкретизується значення термінів та не зазначаються потенційні можливості норми, яка в ньому закріплюється. Така особливість приводить до двох можливих наслідків, які становлять предмет полеміки. З одного боку, суддя користується певною «творчою владою»², яку йому в принципі надає законодавець. Таким чином, суддя доповнює вже існуюче право новим додатковим елементом. З другого — метод, за допомогою якого суддя здійснює тлумачення, відіграє вирішальну роль. На практиці ж не існує чітко визначених методів тлумачення³, жоден з них не є обов'язковим. Тим більш не можна говорити про якусь ієрархію методів тлумачення. Вибір методу тлумачення суддею зумовлює розуміння сутності нормативного тексту.

Незважаючи на величезну кількість публікацій, присвячених різним аспектам тлумачення норм права, питання, пов'язані з ме-

¹ Див.: *Kelsen H. Théorie pure du droit.* — P., 1962. — P. 454.

² Див.: *Cappelletti M. Le pouvoir des juges.* — Paris, 1990. — P. 31 (виділено нами — В. М.). Також *Mahoney P. Judicial activism and Judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, in *HRLJ*, т. 11, 1990. — P. 63. За висловом лорда Девлина, «the law is what the judges say it is», див. *P.W.M. DIAS, Jurisprudence.* — L., 1964. — P. 102.

³ Тобто перелік таких методів ніколи не буде вичерпним; завжди можна створити нові методи.

тодами тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. (далі — Конвенція), залишаються і досі нерозглянутими у вітчизняній та російській юридичній літературі. Разом з тим, зважаючи на важливість Конвенції у процесах встановлення та розвитку єдиного стандарту прав людини в рамках європейської спільноти, проблематика тлумачення тексту Конвенції надзвичайно активно досліджується західноєвропейськими авторами. Однак результати цих досліджень є практично невідомими для широкого кола українських правознавців. Такий стан справ негативно позначається як на розумінні положень Конвенції, так і на рівні вітчизняних наукових досліджень прав людини, міжнародного права, теорії права тощо. Саме на критичному аналізі зазначених праць європейських юристів і ґрунтується ця стаття.

Розгляд тлумачення Конвенції у західноєвропейській юридичній літературі спричиняє особливо гостру полеміку з двох причин. Перша причина обумовлена розбіжностями у підходах до тлумачення Конвенції. Хоча згідно зі ст. 32 Конвенції тлумачення конвенційних положень належить до юрисдикції Європейського суду з прав людини (далі — Суд)¹, однак застосування Конвенції здійснюється передусім державами-членами Ради Європи, і, отже, національний суддя також має повноваження тлумачити Конвенцію, але робити це неофіційно, з метою її застосування. Друга причина пов'язана з повноваженнями, закріпленими у ст. 32, стосовно тлумачення Конвенції. Загальне формулювання цієї статті дає підстави дійти висновку, що Суд наділено широкими дискреційними повноваженнями, які надають йому змогу обирати способи тлумачення.

При цьому не виключається можливість розбіжностей між такими тлумаченнями, принаймні вона існує теоретично. Слід також зазначити, що такі розбіжності можуть бути між тлумаченням, яке здійснюється Судом, та тлумаченням, яке надається іншим європейським судом, наприклад Судом справедливості Європейського Співтовариства (далі — Суд справедливості). До повноважень Суду справедливості не належить тлумачення Конвенції як такої, але він може застосовувати її як частину права Співтовариства².

¹ Згідно зі ст. 32 Конвенції юрисдикція Суду поширюється на всі питання, які стосуються тлумачення та застосування Конвенції і протоколів до неї. В колишній конвенційній системі Європейська комісія з прав людини зробила значний внесок у тлумачення Конвенції.

² На цю тему існує велика кількість наукових робіт. Слід зазначити, що Суд справедливості Європейських Співтовариств також здійснюватиме тлумачення Хартії фундаментальних прав Європейського Союзу, в якій поряд з іншим закріплюються фундаментальні права людини, аналогічні проголошеним у Конвенції.

Проте застосування не вимагає однакового тлумачення. Розбіжності між цими двома Судами існують у реальності. Цей факт наводиться як один із аргументів на користь прийняття Співтовариства до Конвенції. Друга причина пов'язана із повноваженням Суду тлумачити Конвенцію, що закріплюється в ст. 32. Справді, загальне формулювання цієї статті дає підстави для висновку про те, що Суд має дуже широкі, дискреційні повноваження, що надає йому можливість вільно обирати засоби для виконання своїх функцій.

Як і будь-який нормативний текст, положення Конвенції передбачають існування різних інтерпретацій. Тут можна зазначити консервативне, або вузьке, тлумачення, яке засновується на «підготовчих роботах» (*Travaux preparatoires*) та відповідає первісним намірам укладачів Конвенції або ж до висловленого погодження держав — членів Ради Європи¹. Водночас можливе існування динамічного тлумачення, що випливає з самого духу Конвенції, метою якого є ефективне забезпечення та розвиток прав, закріплених у Конвенції. В нашому дослідженні ми будемо розглядати саме таке тлумачення. Точніше, метою нашого дослідження є всебічний розгляд використання цих методів Судом, спрямованих на визначення сутності конвенційного тексту. Термін «метод» ми вживаємо тут у вузькому значенні, тобто як сукупність технічних прийомів, спрямованих на досягнення певного результату. Цей термін, як і термін «тлумачення», не передбачає якоїсь оціночної характеристики. Якісний прикметник «динамічний», будучи протилежним за змістом поняттю «статичний»², ми додаємо для того, щоб відобразити сутність та специфіку цих методів європейської судової практики.

В європейській судовій практиці немає визначення поняття «динамічне тлумачення». В теорії ж існують різні способи визначення цього поняття. Так, деякі правознавці розглядають його як «принцип

¹ На думку Р. Де Лагаррієре, компетенція міжнародного судді жорстко зумовлюється погодженням, на якому вона засновується. Отже, положення міжнародної угоди не можуть тлумачитись розширено (див.: *De Lacharriere R. Les jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requete contre l'UNESCO. AFDI, 1956. — P. 390*).

² Динамічне протистоїть статичному та приводить до певної трансформації або розвитку (див.: *Lalande A. Vocabulaire technique et critique de la philosophie. 18 éd. — P., 1988. — P. 26. Також Chevallier J. Les interpretes du droit, in P. Amselek (sous la direction de). Interpretation en droit. — Bruxelles, 1995. — P. 122–123. El Shakankiri M. La philosophie juridique de Jeremy Bentham. — P., 1970. — P. 293–296*).

динамічності» або ж «критерій динамічності»¹. Виходячи з самого характеру руху динамічного тлумачення, його можна визначити як використання Судом таких методів, які надають юридичної сили тексту Конвенції та забезпечують її ефективність з метою кращого гарантування захисту індивідуальних прав². Особливий інтерес для нашого дослідження становить те, що смисловий зміст Конвенції залежить від її тлумачення, а також те, що реальний зміст зобов'язань держав за Конвенцією визначається крізь призму практики Суду.

Інтерпретація нормативного тексту не може здійснюватись без урахування сукупності його властивостей. Таким чином, сутність Конвенції справляє значний вплив на її тлумачення. З огляду на це необхідно визначити завдання, які ставить перед собою Суд, намагаючись досягти цілей Конвенції. Такі завдання полягають у тому, щоб забезпечити ефективність конвенційної системи, та зумовлюють вибір Судом на користь застосування того чи іншого методу тлумачення.

Особливості Конвенції виявляються у двох площинах. Незважаючи на те що тлумачення Конвенції як міжнародної угоди може здійснюватися відповідно до правил, встановлених Віденською конвенцією про право міжнародних договорів від 25 квітня 1969 р. (частина III, розділ 3) (далі — Віденська конвенція), яка була визнана Судом³, застосування таких правил тлумачення має врахову-

¹ Наприклад, *Ganshof Van Der Meersch W.J.* Les methodes d'interpretation de la Cour europeenne des droits de l'homme, in *Perspectives canadiennes et europeennes des droits de la personne. Acte des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville. Yvon Blais Inc. 1986. — P. 189–204; *Wiarda G.J.* Application extensive et restrictive de la Convention par la Cour europeenne des droits de l'homme: une voie moyenne? Видано в: *Verspreide Geschriften G.F.Wiarda, La Haye* 1986. — P. 289. Прочитовано: *Myier E.* La dimension europeenne: Plus qu'un simple ornement, in *RUDH.* 1992. — P. 443. *Bemhardt R.* Thoughts on the interpretation of human rights treaties. in *H.Petzold (éd.)*. Protection des droits de l'homme: la dimension europeenne. *Mélanges en l'honneur de G.J.Wiarda*, Köln. Carl Heymanns Verlag KG. 1988. — P. 70; *Eissen M.-A.* La Cour europeenne des droits de l'homme, in *RDP.* 1989. — P. 1586. *Rolland P.* Le contrôle de l'opportunité par la Cour europeenne des droits de l'homme, in *D.Rousseau et F.Sudre (ed.)*. Conseil constitutionnel et Cour europeenne des droits de l'homme. *Actes du colloque de Montpellier, STH*, 1990. — P. 70; *Sudre F.* L'Europe des droits de l'homme, in *RFDC.* 1991. — P. 106. *Marguenaud J.-P.* La Cour europeenne des droits de l'homme. — P., 1997. — P. 36.

² Суд неодноразово зауважував, що Конвенція захищає не теоретичні або ілюзорні права, а права конкретні та ефективні. Серед інших: *Artico v. Italy*, 13 травня 1980, § 33. Серія А, т. 37.

³ Рішення *Golder v. the United Kingdom*, 21 лютого 1975, § 29. Серія А, т. 18; рішення *Loizidou (fond) v. Turkey*, 18 грудня 1996, § 43. Сб. 1996-IV.

вати специфіку Конвенції, що зумовлена наявністю поняття «колективне забезпечення» виконання зобов'язань.

На відміну від суб'єктивних зобов'язань, що виникають із звичайного договору, який характеризується взаємністю, об'єктивні зобов'язання, які містяться в Конвенції, дають підстави віднести її до категорії договору-закону¹. В договорі-законі «незалежно від первинної волі авторів у подальшому відображається воля нова, яка більш гармонійно віддзеркалює подальші зміни міжнародного співтовариства»². Дійсно, згідно з положеннями Конвенції держави-члени висловлюють, зокрема в преамбулі, свою волю підпорядкуватися єдиному режиму в галузі захисту прав людини. Безпосередньо наділяючи правами людину, Конвенція покладає на держави об'єктивні зобов'язання, і держава не може ухилитися від виконання своїх конвенційних зобов'язань на підставі того, що такі зобов'язання не виконуються іншими державами — членами Ради Європи. Отже, умова взаємності виконання зобов'язань виключається³. Наявність такого типу зобов'язань дає підставу розглядати Конвенцію як механізм *sui generis*⁴. Таким чином, класичні мето-

¹ У міжнародному праві договір-контракт та договір-закон розрізняються. В останньому випадку сторони мають однакову волю та встановлюють загальні правила, причому усувається умова взаємності (див.: *Bastid S. Les traités dans la vie internationale.* — P., 1985. — P. 21). З цього приводу також: *Reglade M. De la nature juridique des Traités internationaux et du sens de la distinction des traités-lois et des traités-contracts.* in RDP. 1924. — P. 507–508; *Scelle G. Précis du droit des gens.* Paris. CNRS. 1985. Зокрема 329–344; *Favre A. L'interprétation objectiviste des traités internationaux,* in ASDI. — P. 18. 1960. — P. 82; *Rousseau Ch. Droit international public.* — P., 1983. — P. 20.

² *Reuter P. Le traité international: acte et normes,* in APD. — P. 32. — P. 115.

³ Специфіка об'єктивних зобов'язань та невзаємності була підкреслена Комісією в її рішенні *Austria v. Italy*: «(...) зобов'язання, які підписали держави-члени Ради Європи, в Конвенції мають переважно об'єктивний характер тому, що вони спрямовані передусім на захист фундаментальних прав осіб проти посягань держав-членів, а не на створення суб'єктивних та взаємних прав між останніми. Ця думка була також підтверджена в рішенні *Ireland v. the United Kingdom* від 18 січня 1978. Серія A, т. 25 (§ 239).

⁴ З цього приводу див. також: *Jacot-Guillarmod O. Règles, methodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence la Cour européenne des droits de l'homme,* in L.-E. Pettiti et autres (éd.). *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article.* — P., 1995. — P. 61–62; *Velu J. et Ergec R., La Convention européenne des droits de l'homme.* — Bruxelles, 1990. — P. 49; *Drzemczewski A.Z. The Sui Generis Nature of the European Convention of Human Rights.* ICLQ. 29, 1980. — P. 54; *European Human Rights Convention in Domestic Law.* — Oxford, 1983, notamment p. 33–34.

ди тлумачення багатостороннього договору в даному випадку є неприйнятними. Для тлумачення Конвенції потрібні інші методи, відносно своєрідні та автономні щодо методів, передбачених Віденською конвенцією.

Поняття «колективне забезпечення» як важливий елемент європейського публічного порядку визначається в преамбулі Конвенції, де підтверджується намір держав *прямувати шляхом колективного забезпечення здійснення прав*, та в ст. 32 (раніше ст. 24), яка дозволяє державам вимагати дотримання зобов'язань, передбачених Конвенцією, іншими державами-членами без необхідності обґрунтування прямої зацікавленості в цьому¹. Суд неодноразово підкреслював, що «при тлумаченні Конвенції треба враховувати її специфічний характер угоди стосовно колективного забезпечення дотримання основних прав і свобод людини»². Щодо методів тлумачення з існування системи колективного забезпечення виконання зобов'язань можна зробити два висновки. По-перше, існування колективного забезпечення підтверджує намір держав узяти на себе відповідальність за виконання зобов'язань, що впливають з чітко визначених гарантій щодо дотримання здійснення індивідуальних прав. Отже, тлумачення Конвенції має здійснюватися на користь дотримання таких прав. Існування колективного забезпечення передбачає також, що всі держави однаковою мірою дотримуються мінімального європейського стандарту в питаннях, пов'язаних із забезпеченням захисту прав людини. Цей стандарт постійно розвивається, що зумовлено прагненням досягти абсолютного ідеалу, відображеного в преамбулі Конвенції, і саме тому виникає необхідність більш-менш уніфікованого та прогресивного її тлумачення.

По-друге, особливості Конвенції, пов'язані з тим, кого саме вона наділяє закріпленими в ній правами, також потребують подібного тлумачення з двох причин. З одного боку, керуючись Загальною декларацією прав людини (далі — Загальна декларація) та подібно до неї, Конвенція стосується всіх осіб, які перебувають під юрисдикцією держав — членів Ради Європи. В преамбулі міститься низка загальних положень, які відображають суспільний світогляд, у центрі якого — людина. Суд неодноразово зазначав, що Кон-

¹ Інакше кажучи, засіб захисту індивідуальних прав (скарга держави), який використовує держава, пов'язується не з традиційним механізмом дипломатичного захисту, а з гарантією поваги до Конвенції.

² Див.: Рішення *Soering v. the United Kingdom*, 7 липня 1989, § 87. Серія А, т. 161 (виділено нами); *Mutatis mutandis*. Рішення *Cruz Varas and others v. Sweden*, 20 березня 1991, § 94. Серія А, т. 201.

венція є «інструментом захисту прав людини»¹, основною метою якого є «закріплення певних міжнародних норм, яких повинні дотримуватися держави — члени Ради Європи у своїх відносинах з особами, що перебувають у межах їхньої юрисдикції»². Розглядаючи всеохоплюючу ідею «прав людини» невід'ємно від самої людини, Конвенція встановлює правопорядок, вищою цінністю якого є людина. В абзаці 5 преамбули визначено, що основні свободи складають підвалини справедливості і миру, і тому додержання та забезпечення таких прав набувають вирішального значення в людському суспільстві. В цьому контексті Конвенції відводиться суттєва (першорядна) роль у підтриманні справедливості і миру. Тому цілком логічно те, що тлумачення Конвенції повинно мати ту саму мету.

Водночас права людини являють собою стратегічні цілі Конвенції. Кожній людині властива жага до життя, що передбачає розвиток її прав. Ця особливість, без сумніву, справляє вплив на розуміння Конвенції. Суд вважає, що значущість його рішень проявляється не тільки в розв'язанні спорів із конкретних справ, а й в роз'ясненні, захисті та розвитку конвенційних норм, що в свою чергу має забезпечити дотримання державами зобов'язань, передбачених Конвенцією³. В цьому твердженні відображається головне призначення Конвенції, яке полягає в забезпеченні необхідного захисту прав людини, тому що Конвенція — це насамперед механізм захисту таких прав, та сприянні їх постійному розвитку, оскільки цей механізм був розроблений не тільки для сьогодення⁴, а й для наступних поколінь. Іншими словами, права, закріплені в Конвенції, мають розвиватися в руслі історії та еволюції людського суспільства.

Вочевидь, узявши за взірець преамбулу до Конвенції¹, Суд розглядає останню як відправну точку нового витка розвитку історич-

¹ Серед інших — рішення *Loizidou v. Turkey* (попередні заперечення), 23 березня 1995, § 72. Серія А, т. 310 (виділено нами).

² Серед інших — рішення *Sunday Times v. the United Kingdom*, 26 квітня 1979, § 61. Серія А, т. 30.

³ Див.: Рішення *Ireland v. the United Kingdom*, 18 січня 1978, § 154. Серія А, т. 25.

⁴ Наприклад, *Vasak K. L'universalité des droits de l'homme à la lumière du droit international positif des droits de l'homme*, in *Mélanges offerts à J. Campinon*. — P., 1996. — P. 419.

⁵ Деякі автори стверджують, що Конвенція «розкриває свої завдання повною мірою лише тоді, коли орган, що відповідає за її впровадження, засновується на даних, які містяться в преамбулі до Конвенції» (див.: *Tenedides G. Rapports entre démocratie et droits de l'homme in Démocratie et droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par le Gouvernement hellénique et le Conseil de l'Europe. — Kehl, 1990. — P. 21).

ного процесу. У спробах тлумачення Конвенції Суд базується скоріше на самому її дусові, ніж на її букві¹, та розглядає передусім майбутні перспективи її застосування, а не її значущість для минулого. Специфіка методів тлумачення зумовлена саме цими настановами. Згідно з роллю, що відіграють ці методи, та з урахуванням їх правничих характеристик можна виділити дві групи методів тлумачення: основні та додаткові.

Перша група складається з двох методів. Один з них — телеологічний. Уже протягом перших років своєї діяльності Суд зазначав, що стосовно міжнародної угоди «треба віддавати перевагу такому її тлумаченню, яке було б найбільш сприятливим для досягнення цілей та реалізації завдань цієї угоди, а не такому, яке надавало б вузьке визначення зобов'язань сторін»². Це твердження дає підстави принаймні для трьох взаємозалежних висновків: визначення змісту Конвенції тісно залежить від її цілей та завдань; метою тлумачення є сприяння реалізації останніх; обмежувальне тлумачення конвенційних прав суперечить зазначеній меті.

Інший метод — метод еволюційного тлумачення. З моменту прийняття рішення у справі Тіреп (Tiger) від 25 квітня 1978 р. Суд акцентує увагу на тому, що «Конвенція — живий механізм, який має тлумачитися з урахуванням обставин дійсності». Цей підхід твердо укорінився у практиці Суду. Таке формулювання дає змогу зрозуміти, що механізм Конвенції у його теперішньому використанні відходить від свого первісного значення. З огляду на це статичне тлумачення Конвенції має бути відхилено. Підписана в 1950 р., Конвенція, звичайно ж, не могла передбачити і, тим більш, визначити проблеми, які постануть у майбутньому. Якби її тлумачення було б статичним, а її значення було б чітко визначено на момент підписання, Конвенція втратила б будь-який сенс свого існування.

Отже, забезпечуючи життєдіяльність Конвенції та європейський рівень захисту прав людини, ці методи сприяють успіху системи Конвенції. Успіх системи Конвенції значною мірою залежить від дедалі зростаючого значення, яке Суд шляхом динамічного тлумачення Конвенції надає боротьбі людства за свою гідність і свободу.

¹ Див.: *Virraly M. La pensée juridique.* — P., 1960. — P. 170. Також: *Ost F., Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme,* in M. Delmas-Marty (éd.), *Raisonner la raison d'Etat: vers une Europe des droits de l'homme.* — P., 1989. — P. 460.

² Див.: Рішення *Wemhoff v. Germany*, 27 червня 1969, § 8. Серія А, т. 7.

Хоча Суд і не є рушієм сучасної історії, він може прощтовхувати вперед рух за права людини, його основне завдання — змусити поважати гідність людини, захищати людей від могутності державних органів, які завдяки своєму становищу в суспільстві можуть порушити індивідуальні права через зловживання владою або через нехтування своїми обов'язками, для досягнення миру і справедливості в усьому світі. Європейська історія позначена боротьбою за свободу проти тиранії. Кінцевою метою цієї боротьби буде повага до людської гідності і розквіт особистості. Нині, коли цієї мети ще не досягнуто, людина, яка народжується вільною, але яка повсюди є закутою в кайдани¹, не може повністю користуватися своєю свободою в суспільстві, яке вона, як здавалося, сама утворила для свого щастя. Незважаючи на величезний прогрес і встановлення демократичних режимів, існування нерівноправності, дискримінації, соціальної несправедливості, виключених з життя суспільства осіб існує в усьому світі. Тут не місце шукати причини цього або засоби вирішення цієї проблеми. Підкреслимо лише, що саме тут повинен проявити себе динамізм тлумачення прав людини, який сприятиме тому, що людство буде вдосконалюватися і забезпечить повагу до своєї гідності. Суд як охоронець інструменту Конвенції несе на своїх плечах надії людства.

Далі, якщо світ є дуже розмаїтим, якщо у ньому існує велике, тяжке для подолання, напруження між сферами політики і моралі, якщо історичний контекст і соціальна, економічна та культурна специфіка націй все ще серйозно впливають на тлумачення змісту прав людини, проте ці права залишаються спільним ідеалом людства, одна річ є головною: історична незворотна тенденція універсалізації прав людини.

Підводячи висновки, зазначимо, що Конвенція могла б бути набагато більш динамічною у багатьох сферах. По-перше, якщо суддя є першим соціальним авторитетом в історії людства, якщо судова функція є необхідною у будь-якому політизованому суспільстві, Суд є ще необхіднішим з погляду специфіки Конвенції. По-друге, той факт, що гарантія прав, записаних у Конвенції, не є однаковою в усіх державах, які її підписали, може дати змогу Суду виявляти динамізм у двох планах. З одного боку, недостатність національного захисту цих прав вимагає від нього не обмежувати свою роль лише застосуванням принципів, що є спільними для

¹ Серед інших — рішення *Soering v. the United Kingdom*, 7 липня 1989, § 89. Серія А, т. 161.

різних національних правових систем. Суд повинен намагатися збагатити ці принципи для створення єдиної європейської спадщини. З іншого боку, деякі національні суди виявляються більш динамічними, наприклад, стосовно тлумачення поняття «людської гідності», поняття права на життя, свободи вираження поглядів тощо, а це відкриває перспективи кращого захисту цих прав. Потрете, утворення нових демократичних держав вимагає від Суду ще рішучішого застосування критерію динамічного тлумачення. Будівництво Європи не є легким завданням. Приєднання до Конвенції країн Центральної та Східної Європи вимагає ще глибшого контролю з боку Суду за застосуванням Конвенції на національному рівні. Взаємодія між захистом прав людини і демократією є очевидною: чим більше буде людей, що користуються цим захистом, тим швидше піде демократичний процес, і навпаки. Отже, беручи це до уваги, Суд повинен набагато більше сприяти розвитку духу і досягненню цілей Конвенції, адже сьогодні його рішення є обов'язковими для всіх держав, що підписали Конвенцію.

Судовий динамізм постійно розвивається. Ми очікуємо від Суду більших поступів у гарантуванні прав людини. Звичайно, бездоганність системи Конвенції залежить не лише від Суду. Ми хочемо підкреслити особливу важливість співробітництва з Судом держав, що підписали Конвенцію. Було б помилкою з їх боку, якби вони його звинувачували в перевищенні своїх функцій у випадках, коли Суд виявляє сміливість. Будь-яка сміливість заслуговує на оплески, якщо вона узгоджується з духом Конвенції.

Надійшла до редколегії 24.04.03

*Р. Герасимов, аспірант Одеської НЮА,
стажист, Університет Кембридж*

Про зобов'язання держави щодо захисту прав іноземців, їх співвідношення з інститутом дипломатичного захисту і категорією прав людини*

Зацікавленість проблемою виникла під час роботи над питаннями розвитку принципів і норм міжнародного права в сфері убез-

* Автор висловлює подяку Міжнародному Фонду «Відродження» за підтримку.

печення цивільної авіації. Гаазька (1970 р.) і Монреальська (1971 р.) конвенції про боротьбу з актами незаконного втручання в діяльність міжнародної цивільної авіації встановили зобов'язання держави, яка не здійснює екстрадиції підозрюваного, передавати його справу власним компетентним органам для проведення судового переслідування. Навіть на альтернативній основі конвенція не вживає терміна «зобов'язання» стосовно акту екстрадиції, що є зрозумілим з огляду на стан сучасного міжнародного права. Зрозуміло і те, чому не встановлюється зобов'язання держави провадити судове переслідування, а натомість лише передати справу компетентним органам з цією метою. То є не тільки підкреслення незалежності національних органів розслідування і юстиції від тиску інших гілок влади, а і прояв турботи про додержання основних прав людини. Адже якщо непричетність конкретного підозрюваного буде абсолютно з'ясовано вже на стадії досудового розслідування, за формулювання зобов'язання держави «провадити судове переслідування» підозрюваному для зняття обвинувачень доведеться чекати ще й виправдувальної ухвали суду.

Власне наголошення на судовому переслідуванні винуватців як кінцевій меті реалізації норм конвенцій є дуже важливим. Дарма що цей змістовний наголос було зроблено лише в англomовному автентичному тексті конвенцій, де у визначенні зобов'язання вжито термін «судове переслідування» ('prosecution')¹, на відміну від російськомовного і франкомовного автентичних текстів, що натомість обмежилися терміном «кримінальне переслідування» ('l'action pénale' у фр.)². Останній видається відмінним за значенням відносно терміна «судове переслідування» в англomовному тексті. Адже «кримінальне переслідування» і у пострадянському правовому просторі, і у континентальній правовій сім'ї традиційно позначає послідовність досудового розслідування і судового розгляду. Це уможливорює звужене тлумачення вимоги конвенцій нормотворцями і правоохоронцями як такої, що зобов'язує провадити тільки досудове розслідування³.

Практика держав засвідчила недостатність навіть широкого тлумачення цього зобов'язання для досягнення цілей, що ставили-

¹ Див.: Black's Law Dictionary. 7th ed. (West Group, 1999), at 1237, 1510.

² Французко-русский юридический словарь / Ред. Г. Мачковский. — М., 2000. — С. 22.

³ Небезпеку цього визнає й ІКАО (див.: Shawcross and Beaumont. Air Law. Issue 87 (2002). — n.16, at VIII(1)—VIII(3B).

ся прийняттям Конвенцій¹. На рубежі століть посилюється критика недосконалості договірних положень, що забезпечують щонайбільше віддання злочинців до суду, і не гарантують призначення достатнього покарання². Однак для забезпечення широкого прийняття навіть цих обмежених зобов'язань знадобилися суттєві зусилля ІКАО і ООН впродовж тридцяти років.

Слід зауважити, що положення зазначених договорів діють і застосовуються не ізольовано, а в сукупності з іншими принципами і нормами міжнародного права, в тому числі й такими, що мають із згаданими договорами спільний предмет регулювання і встановлюють навіть ширші зобов'язання держав щодо переслідування винуватців, ніж договірні норми.

У масиві міжнародного звичаєвого права насправді існує норма, що гарантує іноземцеві справедливий і ефективний судовий захист у державі перебування, зокрема притягнення до відповідальності і достатнє покарання осіб, винних у вчиненні злочинів, жертвою яких іноземцеві судилося стати. Цитуємо впливову працю доби Середньовіччя: «незалежно від того, чи за зобов'язанням, чи за власною волею приймає держава іноземних громадян на своїй землі, з того моменту як їх прийнято, виникає зобов'язання [цієї держави] захищати їх від шкоди і карати за правопорушення, що проти [іноземців] вчиняють»³. Зобов'язання держави карати осіб, винних у вчиненні злочину щодо іноземних громадян, беззаперечно визнавалося міжнародним співтовариством впродовж майже тисячоліття. Із більш сучасних показовими є рішення трибуналів з вирішення міждержавних скарг США і Мексики у 20-х — 30-х роках ХХ ст.⁴ У практиці міждержавних відносин визнавалася відповідальність держави за нездатність її внутрішніх органів арештовувати і карати осіб, що вчинили злочини проти іноземців⁵. Так

¹ Наприклад, претензії США і Великої Британії до Лівії у справі Локербі (див.: International Court of Justice Reports 1992, 1995, 1998). З останніх коментарів див.: F. Beveridge. International and Comparative Law Quarterly. — Vol. 48 for July 1999, at 658–663.

² Див.: *Abeyratne R. Aviation Security. Legal and Regulatory Aspects.* (Ashgate, 1998), at 68, 173–174; *Abeyratne R. Aviation in Distress.* (Ashgate, 2002).

³ Див.: *Wolff. Institutiones* (manuscript, year 1134), at 93.

⁴ *L.M.B. Janes v. United Mexican States*, Cases 158 (1925) and 188 (1926). — *American Journal of International Law*, vol. 21 (1927), at 362; *Mecham case (U.S. v. Mexico)*, 1929. — *Opinions*, at 168; *Kennedy case (U.S. v. Mexico)*, 1929. — *ibid*, at 279; *Almaguer case (U.S. v. Mexico)*, 1929. — *ibid*, at 279; *Putnam case (U.S. v. Mexico)*, 1929. — *ibid*, at 222, *et alia*.

⁵ Див.: *Freeman A. Denial of Justice.* (Longmans, 1938), at 604.

склалася міжнародна норма про обов'язковість забезпечення громадянам захисту і правосуддя на чужоземній території. Проте існує вона і зараз. Брак новітніх рішень міжнародних трибуналів пояснюється тим, що держави всередині ХХ ст. в цілому полишили практику подання скарг, висунених у рамках дипломатичного захисту, індивідуально, через створення міждержавних трибуналів¹, натомість вирішуючи їх у сукупності шляхом досягнення з іноземними державами угод про надання загальної суми компенсації однокчасним траншем².

Коли повітряне судно здійснить посадку на території певної держави, його захоплювач стає суб'єктом злочину, а іноземні пасажирі — жертвами цього злочину за правом такої держави. Адже велика кількість ратифікацій Гаазької та Монреальської конвенцій³ сприяє загальному визнанню актів проти безпеки міжнародної цивільної авіації злочином, учиненим на території держави приземлення, незважаючи на зазначену у Конвенціях цільову функцію такої юридичної фікції⁴. Як іноземні громадяни, що законно перебувають на території чужоземної держави, законослухняні пасажирі і екіпаж є бенефіціантами вищезгаданої норми звичаєвого міжнародного права, яка зобов'язує таку чужоземну державу забезпечувати їх захист від злочинів, вчинюваних на її території, переслідування і достатньо суворе покарання осіб, що такі злочини вчинили. У держави приземлення відповідно виникає зобов'язання не тільки віддати винну особу до суду, а й покарати її. Незалежність судової влади не звільняє державу від абсолютного ставлення їй у

¹ Утворення і діяльність Ірано-Американського Трибуналу з розгляду скарг у Гаазі належать до тієї категорії винятків, що тільки підтверджують загальну тенденцію протилежного спрямування.

² Див., напр., ладнання взаємних претензій з дипломатичного захисту громадян між Радянським Союзом і Сполученим Королівством (1986, United Kingdom Treaty Series, vol. 65, at 30), Китайською Республікою і Сполученим Королівством (1987, United Kingdom Treaty Series, vol. 37, at 198), Болгарією і Сполученим Королівством (1988, United Kingdom Treaty Series, vol. 16, at 326).

³ 174 щодо Гаазької і 175 — Монреальської конвенцій, включаючи всі держави, звинувачувані у належності до так званої «осі зла», і абсолютну більшість держав проблемних регіонів — Африки і Латинської Америки; обнадійливи ми є і динаміка ратифікацій: 20 впродовж 1997–2002 рр., і процентне співвідношення до 184 держав-членів ІКАО і 190 держав-учасниць Статуту ООН.

⁴ Див. Статті 1, 2, 8(4) [Гаазької] Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден 1970 р.; Статті 1, 3, 8(4) [Монреальської] Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки міжнародної цивільної авіації 1971 р.

провину правових наслідків усіх рішень, винесених судами цієї держави¹. Отже, паралельно з договірною нормою існує норма загального міжнародного права, що встановлює порівняно ширші зобов'язання і підлягає застосуванню. На спеціалізованому науковому семінарі² було висловлено точку зору, згідно з якою цю звичаєву норму не можна вважати загальною і взагалі повноцінною, адже вона є елементом інституту дипломатичного захисту, де засоби захисту прав індивіда віддаються на вільний розсуд його національного уряду, а у деяких державах відсутні зовсім. Контраргумент, що забезпечення іноземцеві правосуддя є міжнародним зобов'язанням держави перебування, а дипломатичний захист держави громадянства — лише однією з форм домагання виконання цього зобов'язання, народився радше інтуїтивно. Яка ж насправді позиція цієї і в цілому норм про забезпечення прав іноземців у сучасному міжнародному праві?

Інститут дипломатичного захисту належить до групи норм, що з прадавніх часів регулювали міждержавні зносини. Ці норми не просто є старшими за міжнародне право прав людини, вони взагалі є предтечею міжнародного права як цілісного явища. У спрощеному уявленні інститут дипломатичного захисту включає дві складові: (1) первинне правило, що зобов'язує державу стосовно громадян іншої держави, які перебувають на її території, додержувати міжнародного мінімального стандарту прав і гарантій, і (2) спеціальний режим встановлення відповідальності держави за порушення первинного правила. Проте більш детальний аналіз свідчить, що категорія дипломатичного захисту обмежується лише другою складовою. Сучасні автори звертають увагу на «швидкий перехід від міжнародного мінімального стандарту до національного», що відбувся протягом ХХ ст.³ Дослідники також доходять висновку про те, що міжнародний мінімальний стандарт прав іноземних громадян як історична складова дипломатичного захисту є вужчим за загальні і регіональні міжнародні стандарти прав людини, а наявність у індивіда *locus standi* у сучасних міжнародних контрольних правозахисних механізмах робить інститут дипломатичного захи-

¹ Див.: *Sir Jennings R., Watts A. (eds.) Oppenheim's International Law. 9th ed. (Longmans, 1996) Vol. 1, Part 1, at 543.*

² Центр досліджень міжнародного права ім. Г. Лаутерпахта Університету Кембридж, 12 серпня 2002 р. Виступаючі С. Олессон (Університет Кембридж) та Т. О'Доннелл (Університет Страсклайда).

³ *Черкес М. Ю. Міжнародне право. — К., 2000. — С. 166; Баймуратов М. А. Международное право. — Х., 2000. — С. 418.*

сту взагалі «неконкурентоспроможним» у співставленні з сучасними механізмами захисту прав людини¹. З останнім твердженням погодитися важко, адже навіть за національного стандарту прав іноземців у більшості пострадянських і африканських країн саме дипломатичний захист західних держав громадянства змушує національні органи влади послідовно додержувати права і гарантії, приписані законами власної держави, що відносно своїх громадян ними часто не помічаються. Перше ж твердження є справедливим щодо більшості пунктів сучасної номенклатури прав і свобод. Проте щодо права на рівний захист закону, включаючи судовий захист, і це твердження є хибним. Усталена практика держав із висунення і визначення взаємних претензій щодо захисту прав власних громадян в іноземних державах виробила високий стандарт цього права, з яким сучасні міжнародні механізми захисту прав людини, що надають потерпілому право прямого позовного доступу, ще не зрівнялися. У той час, як «застарілий» міжнародний мінімальний стандарт прав іноземців встановлює зобов'язання держави їх перебування карати за вчинювані проти них злочини, Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод 1950 р., що слушно вважається одним із найпрогресивніших сучасних міжнародних стандартів прав людини, обмежується у ст. 13 наданням «ефективних засобів правового захисту перед національними властями». До речі, це положення авторами Конвенції розглядалося не як дійсний елемент номенклатури прав, а радше як одне із застережень про необхідність попереднього вичерпання національних засобів правового захисту². Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. пішов трохи далі, встановивши зобов'язання держави здійснювати через свої судові, адміністративні чи законодавчі власті правовий захист будь-якої особи, що його потребує, забезпечувати застосування такого правового захисту, коли його передбачено, і розвивати можливості судового захисту³. Це все одно змістовно не тотожне чіткому зобов'язанню держави забезпечувати через свої судові і адміністративні органи достатнє покарання злочинців, дії яких змушують особу звертатися за правовим захистом у державі перебування, — зобов'язанню, ступінь усталення якого у загальному міжнародному праві вищий за ступінь усталення більшості інших міжнародних зобов'язань.

¹ Див.: *Sen B. A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*. 3rd ed., rev. (Martinus Nijhoff, 1988), at 337.

² Див.: *Gray C. Judicial Remedies in International Law* (Oxford, 1999), at 153.

³ Див.: Документ ООН A/RES/22000 A (XXI) Ст.ст. 2(3)(b) і 2(3)(c).

Дипломатичний захист і у класичному, і у сучасному міжнародному праві був і залишається виключною прерогативою держави, до якої звертаються за захистом. Прийняття Генеральною Асамблеєю ООН у 1985 р. Резолюції 40/144, якою схвалено «Декларацію прав людини, що належать особам, які не є громадянами держави, в якій живуть» не є свідченням належності номенклатури захищених інтересів як предмета дипломатичного захисту до загальної номенклатури прав людини як об'єкта сучасних міжнародних контрольних механізмів¹ (хоча включення більшості традиційних захищених інтересів іноземців до номенклатури прав людини поодиночі, беззаперечно, відбулося). Прийняття цієї Резолюції без голосування було реакцією на відповідну ініціативу професора Р. Лілліча, який намагався таким чином допомогти «збудувати перший місток» між двома номенклатурами і двома інститутами — дипломатичного захисту і Європейського Суду з прав людини². Ця історія несподівано отримала продовження майже через 15 років, коли Міжнародний Суд ООН розпочав розгляд справи *ЛаГранд*³, а у січні 2003 р. одержав подання Республіки Мексика проти Сполучених Штатів Америки, що також обстоювало визначення однієї з процесуальних гарантій процедури дипломатичного захисту як права людини⁴.

Матеріальний характер зобов'язання забезпечувати покарання осіб, що вчинили щодо іноземців злочини, і відмінність його від безпосередньо правил надання дипломатичного захисту знаходить підтвердження в хроніці сучасного міжнародного правотворчого процесу. Так, Комісія міжнародного права Генеральної Асамблеї ООН не знайшла можливим включити норму щодо відмови іноземцеві державою перебування у правосудді, як і інші норми щодо забезпечення прав іноземців у державі перебування, до проекту Статей про дипломатичний захист. Комісія назвала норми щодо зобов'язань держав у забезпеченні прав іноземців «первинними» і такими, що не мають фігурувати в тексті поряд із вторинними нормами, якими природно є норми інституту дипломатичного захисту⁵. Тут оче-

¹ Для порівняння: *Колосов Ю. М.* Международное право. — М., 1998. — С. 124–125.

² *Lillich R.* The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law (Manchester, 1984), at 51–61.

³ Див.: Німеччина проти Сполучених Штатів Америки. Рішення Суду від 21 червня 2001 р. // International Court of Justice, Press-release 2001/16 bis.

⁴ Див.: International Court of Justice. Press-release 2003/1, of 10 January 2003.

⁵ Див.: Третій доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком, г-ном Джоном Дугардом // Документ ООН A/CN.4/523. — Женева, 2002. — С. 4–5.

видно вжито класифікацію норм на «первинні», що встановлюють зобов'язання, і «вторинні», що визначають процесуальні правила встановлення відповідальності за порушення первинних норм; класифікацію, первісно встановлену Комісією під час роботи над Проектами текстів статей з відповідальності держав за міжнародно-протиправні акти.

Слід відмітити, що наразі Міжнародний Суд ООН стоїть на порозі визнання права людини, що кореспондує із зобов'язанням держави перебування, згідно з ст. 36 (1) Віденської конвенції про консульські зносини, повідомляти іноземну консульську установу про ув'язнення чи арешт громадянина репрезентованої держави. Існування у іноземців відповідного права людини спершу було підтверджено рішенням Суду 2001 р. у справі *ЛаГранд*, а зараз Суд постає перед необхідністю повторного підтвердження, цього разу за скаргою Мексики¹. Цей юридичний факт не зачіпає належності зобов'язання держави перебування розслідувати і карати за злочини проти іноземців до категорії первісних норм міжнародного публічного права. З іншого боку, це зовсім не обов'язково означає і «матеріалізацію» процедурних норм інституту дипломатичного захисту. Адже зобов'язання держави перебування додержувати процесуальних прав іноземця, що сам порушує чужі права, як і зобов'язання карати за злочини проти іноземця, права якого порушено, є первинним, матеріальним зобов'язанням; зобов'язання ж консульського повідомлення залишається процедурним зобов'язанням, що регулюється «вторинними» нормами дипломатичних і консульських процедур. Зміст висновку Суду у *ЛаГранд* є доволі симптоматичним під іншим кутом зору. Адже утверджується існування права людини, що обмежене у просторі територією, а за колом осіб — громадянством держав, що ратифікували конкретний міжнародний договір, і може бути пред'явлене до виконання лише самою державою громадянства. Це є справжнім наголошенням на актуальності впровадження міжнародного мінімального стандарту прав іноземців шляхом дипломатичного захисту.

Можна зробити такі висновки щодо прав іноземців як осіб, що перебувають у державі, громадянами якої вони не є. Ті права, що передбачені багатосторонніми міжнародними угодами другої половини ХХ ст., є усталеними як частина міжнародного права прав людини, щодо них іноземці мають власні важелі реалізації. Традиційна номенклатура захищених інтересів іноземців досі існує відокрем-

¹ International Court of Justice. Press-release 2003/1, of 10 January 2003.

лено від системи міжнародних стандартів прав людини, хоча змістовно більшість захищених інтересів паралельно охороняються також і як права людини. Теоретизування з метою підміни міжнародного мінімального стандарту як предмета дипломатичного захисту номенклатурою прав людини нашттовхуються на фундаментальну проблему. Адже транснаціональна номенклатура прав людини становить доволі неоднорідну масу, окремі дійові механізми міжнародного правозабезпечення є регіональними чи замкненими, а національні номенклатури різних правових сімей, може, і є частково гармонізованими, проте не є уніфікованими. Певне коло прав можна визнати справді, а не «в принципі» універсальними. Під назвою «загальновизнані права людини»¹, ця група прав слушно називається нижньою дозволеною межею статусу іноземного громадянина у державі перебування. Це є той же самий міжнародний мінімальний стандарт прав іноземця, від якого теоретики наввипередки відхрещуються, бодай під іншою назвою і з певними змінами: сьогодні це перелік захищених інтересів загальної, а не лише західноєвропейської чи північноамериканської значущості. Цей стандарт, якщо підняти етимологічну вуаль, співіснує із національним і найбільшого сприяння стандартами прав іноземців, а не підмінюється ними.

Зобов'язання держави перебування щодо забезпечення традиційної номенклатури захищених інтересів іноземних громадян існують виключно перед державою їх громадянства і можуть бути пред'явлені до виконання лише останньою, на свій розсуд, шляхом здійснення дипломатичного захисту. Право іноземних громадян на те, щоб особи, винні у вчиненні злочинів проти них у державі перебування, отримували достатнє покарання, належить до категорії умовних, а не дійсних «прав». Це, однак, не є підставою для твердження про неповноцінність зобов'язань держави захищати традиційно гарантовані інтереси іноземців. Те, що ці зобов'язання не кореспондують із відповідними особистими правами іноземних громадян і не можуть бути захищені за приватним позовом у міжнародному трибуналі, не знецінює їх, а уподібнює до більшості інших міжнародних зобов'язань, претензії щодо невиконання яких спрямовуються дипломатичними каналами. Недодержання державою зобов'язань із утримання від застосування погрози силою чи вжиття приступних заходів для забезпечення охорони здоров'я населення

¹ Див.: Лукашук *И. И.* Международное право. Особенная часть. — М., 1999. — С. 29.

також не вповноважує громадян подавати позови безпосередньо до Міжнародного Суду. Однак ці зобов'язання не тільки не оголошують неповноцінними, а щоразу наголошують на їх важливості.

Справжньою причиною зневіри у існуванні зобов'язання, про яке йдеться, видається зростання прагматичних поглядів на роль держави у житті конкретних громадян і взагалі резидентів; одночасно переосмислюється і роль міжнародної спільноти. Пересічні громадяни, а за ними і правники, і вчені заявляють про невдоволення засобами захисту, що містять елемент політичного угляду, натомість домагаючись прямих позовних прав і виключно правових критеріїв оцінки усуди, в тому числі на міжнародній арені. Інколи цей максималізм заважає оцінити чесноти і справжнє значення інших засобів розв'язання проблемних ситуацій, що у конкретних умовах виявляються більш ефективними. Його хибність у площині міжнародних відносин підтверджується одночасним посиленням максималізму протилежного змісту, що вихваляє бюрократично-політичне творення міжнародної дійсності, відкидає правову «схоластику», проголошує пріоритет тимчасових політичних компромісів на основі культури сили і погроз і свободу одностайної дії. Проте то є крайнощі, до того ж достатньо дискредитовані історично, а істина, як завжди, лежить десь посередині.

Міжнародне зобов'язання держави перебування затримувати, судити і достатньо суворо карати тих, хто вчинив злочин проти іноземців, беззаперечно існує. Його порушення є достатньою підставою для встановлення відповідальності держави перебування за міжнародним правом, з усіма відповідними наслідками для неї. Повертаючись до поставленої на початку проблеми: з огляду на те, що захист життя і здоров'я пасажирів-власних громадян і повітряного судна як майна зазвичай стає важливим чинником зовнішньої політики держави громадянства і реєстрації повітряного судна, стимул держави перебування у забезпеченні достатньо суворого покарання винуватців заслуговує на серйозний розгляд. Немає причин ігнорувати відповідний аргумент і у майбутніх спорах на кшталт *Локербі*.

Надійшла до редколегії 20.03.03

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство

І. Яковюк, доцент НЮА України

Історичні передумови і основні етапи європейської інтеграції

Кількість досліджень, присвячених проблемам європейської інтеграції, постійно зростає. Цей процес став стійкою тенденцією у розвитку науки не тільки країн Європейського Союзу¹ (ЄС), а й країн², які мають намір увійти до цього об'єднання. Не обійшов він і вітчизняну юридичну науку³. Одна з причин такої зацікавленості криється в тому, що процес саме європейської інтеграції, формуючи обрис сучасної Європи⁴, став знаменням сьогодення. Безумовно, об'єднавчі тенденції проявляються і в інших регіонах світу (наприклад, у відносинах між Росією і Беларуссю), однак саме в Європі вони досягли найбільшої результативності, аніж будь-де, що дозволяє попередньо оцінювати виникаючі при цьому проблеми як такі, що притаманні сучасним інтеграційним процесам взагалі.

Стрімкий розвиток інтеграційних процесів в Європі у другій половині ХХ ст. став наслідком значних політичних і соціально-

¹ Див.: *Сиджански Д.* Федералистское будущее Европы: От Европейского сообщества до Европейского Союза. – М., 1998; *Аннерс Э.* История европейского права. – М., 1994; *Татам Алан* Право Европейского Союза. – К., 1998; *Райтер Э.* Идея европейской федерации // Современная Европа. – 2000. – № 2. – С. 97–106.

² На 2001 р. в Росії захищено близько 50 дисертацій з проблем Євроінтеграції (див.: Список захищених в России диссертаций по проблемам Европейской интеграции (1997–2001) // Современная Европа. – 2001. – № 3. – С. 104–106).

³ Див.: *Копійка В. В., Шинкаренко Т. І.* Європейський Союз: заснування і етапи становлення: Навчальний посібник. – К., 2001; *Луць Л. А.* Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти). – К., 2003; *Опришко В.* Питання трансформації Європейського права в законодавстві України // Право України. – 2001. – № 2.

⁴ У статті термін «Європа» автор умовно застосує для позначення 15 країн-членів ЄС і 10 країн-кандидатів.

економічних змін. На момент свого започаткування¹ в умовах біполярного світу Європейське Співтовариство було задумане як об'єднання більш-менш подібних національних держав, які мали сформувати нове економічно і політично потужне утворення, яке б було здатне виступати рівноправним партнером у відносинах як зі США, так і СРСР. Однак після розпаду Радянського Союзу геополітична мета такого утворення зазнала переосмислення. На сьогодні факт подальшого розвитку ЄС прийнято розглядати, з одного боку, з точки зору заміни таких структур, як національні держави, централізоване планування, державна система соціального забезпечення, що зазнають значної ерозії, на нові форми соціальної організації, а з іншого — як об'єднання етнокультурних регіонів, які раніше входили до складу СФРЮ, ЧССР, СРСР, у нове геополітичне об'єднання, яке б гарантувало їм місцеву автономію і самобутність та запобігало виникненню некерованих конфліктів².

Трансформація цілей обумовила еволюцію напрямів, змісту і темпів інтеграції. В цих умовах виявити сучасні закономірності державно-правового розвитку європейських країн, передбачити тенденцію його змін, визначити правову природу ЄС³, окреслити перспективи і наслідки вступу України до ЄС вбачається неможливим без ретельного дослідження історії розбудови ЄС. Питання історії європейської інтеграції певним чином висвітлено у вітчизняній юридичній науці. Ця стаття продовжує розробку аспекту досліджень, присвячених загальним проблемам становлення і функціонування ЄС.

¹ Початок розбудови Європейського Співтовариства прийнято пов'язувати з виголошенням у 1950 р. Декларації Шумана і підписанням у 1951 р. Договору щодо Європейського об'єднання вугілля і сталі (ЄОВС).

² Див.: *Фадеева Т. М.* Единая Европа: идея и реальность. Концепции культурной идентичности. — М., 1997. — С. 6–7.

³ Дослідження ЄС належить до таких наукових напрямів, де ще не вироблено загальновизнаних понять і визначень. Так, якщо одні автори вважають ЄС квазідержавною організацією (див.: *Жакке Ж.-П.* Конституционное право и политические институты. — М., 2002. — С. 49–50; *Европейская интеграция: правовые проблемы / Под ред. Б. Топорнина.* — М., 1992. — С. 16, 18–19, 29, 36; *Кавешников Н. Ю.* Институциональная реформа ЕС и Ниццкий Договор: ответы или вопросы?: Доклады Института Европы № 87. — М., 2002. — С. 8–19), то інші розглядають його як міжнародну організацію (див.: *Капустин А. Я.* Европейский Союз: интеграция и право. — М., 2000; *Европейская интеграция: правовые проблемы.* — С. 41–42, 44.). В результаті цього в саме поняття «ЄС», а відтак, і «європейська інтеграція» вкладається різний смисл.

Політико-правові ідеї європейської інтеграції мають широкий діапазон і тривалу історію. Серед них можна зустріти і теологічні концепції об'єднання європейських народів у лоні Католицької церкви, і численні проекти відтворення Римської імперії, і спроби Наполеона та Гітлера за допомогою воєнної сили створити на європейському континенті єдину централізовану державу і, нарешті, численні демократичні проекти створення європейського об'єднання, що розроблялися переважно у ХХ ст.

Саме демократичні ініціативи європейських громадських рухів¹ у період з 1924 по 1950 рр. сприяли впровадженню у свідомість людей думки про створення на добровільних засадах єдиної Європи. Цей період можна по праву назвати передісторією європейської інтеграції, ідею якої у 1951 р. підтримали і з того часу просувають уряди європейських держав. Хоча ми й називаємо даний етап передісторією, це не означає, що в процесі розвитку європейської інтеграції допустимо применшувати його значення. Політичний вибір², який було зроблено про-

¹ Матеріалізація «європейської ідеї» починається в 20-ті роки ХХ ст. і пов'язана зі схваленням I конгресом Панєвропейського союзу «Панєвропейського маніфесту», який передбачав: конфедеративну рівність, воєнний альянс, утворення митного союзу, введення єдиної грошової одиниці тощо. Ці ідеї було розвинуто А. Бріаном і А. Леже. Розроблений ними проект було покладено в основу «Меморандуму про організацію режиму Федерального європейського союзу» французького уряду (1930 р.), що містив у собі ідеї федеративного наднаціонального органу, спільного ринку, митного союзу, вільного переміщення товарів, капіталів та громадян тощо. У 1939–1945 рр. європейська ідея уособлюється з Рухом Опору, який у 1944 р. розробив проект декларації, що передбачав утворення федерального союзу, якому національні уряди повинні передати суверенні права в сфері оборони та зовнішніх зносин. Після війни просування об'єднаних процесів забезпечили наднаціональні і національні, міжпартійні і партійні рухи та групи, які до раніше висунутих положень додали ідеї загальноєвропейської конституції; європейських установчих зборів, що обираються прямими виборами. Підсумком діяльності цих організацій став Гаазький конгрес (1948 р.), який попри всі суперечності прийняв програму об'єднання Європи, викладену в Європейському маніфесті, і створив Європейський рух, відповідно до висновків якого було створено Раду Європи, Європейський суд з прав людини і прийнято Європейську конвенцію з прав людини. Згодом Європейський рух підтримав інтеграційні ініціативи Шумана і Монне.

² В ХХ ст. в демократичній політико-правовій думці сформувалися три напрямки об'єднання Європи. Перший представляли прибічники федералізму. Представники другого виступали за співпрацю у військовій та економічній сферах, заперечуючи наміри федералізації Європи. Домінуючим виявився третій напрямок, згідно з яким створюване об'єднання має поєднувати елементи як державно-правової, так і міжнародно-правової організації.

тягом нього, не тільки відкрив шлях до створення Європейських Співтовариств, а й визначає загальну тенденцію розвитку європейської інтеграції — поступову федералізацію створеного об'єднання.

Як теоретична, так і практична конструкція об'єднаної Європи складається поступово, відповідно до усвідомлення громадянським суспільством і урядами європейських країн об'єктивної потреби в зміні бачення змісту і призначення як національної держави, так і створених інтеграційних інститутів. Через специфіку і складність цього процесу існують певні труднощі для здійснення його періодизації, оскільки можна окремо досліджувати етапи економічної інтеграції або становлення європейського права. На нашу думку, в загальній історії європейської інтеграції можуть бути виділені такі етапи.

Перший етап пов'язано із галузевою інтеграцією і юридичним оформленням інтеграційних ініціатив. Початком у цьому процесі стало проголошення Декларації Р. Шумана (1950 р.) і підписання у 1951 р. країнами Бенілюксу, Італією, ФРН і Францією Договору про заснування Європейського об'єднання вугілля і сталі¹. Цей та наступні установчі договори, а відтак, і сам процес інтеграції аж до 70-х років відображали погляди на зміст і послідовність інтеграційних кроків Ж. Монне і Р. Шумана. Головною ідеєю цих діячів було поетапне створення Європейської федерації. Першим етапом виступали економічна інтеграція, успіх якої мав стати у віддаленій перспективі прологом до політичної інтеграції².

Другий етап розпочався з підписання у 1957 р. Римських Договорів про створення Європейського економічного співтовариства (ЄЕС)³ і Європейського співтовариства з атомної енергії (далі Євроатом)⁴. Його можна назвати етапом економічної інтеграції⁵ та

¹ Див.: Договори об учреждении Европейских Сообществ: Документы Европейского Союза / Отв. ред. Ю. А. Борко. — М., 1994. — С. 23—94.

² Передчасність планів здійснення політичної і військової інтеграції засвідчив провал Договору про створення Європейського оборонного співтовариства, який було підписано у 1952 р. і відхилено Францією у 1954 р. Після цієї невдачі припинилася розробка Договору про створення Європейського політичного співтовариства (ЕПС).

³ Див.: Договори об учреждении Европейских Сообществ. — С. 95—288.

⁴ Див.: Там само. — С. 289—390.

⁵ На цьому етапі було визначено і значною мірою реалізовано основні завдання економічної інтеграції: 1) організація зони вільної торгівлі; 2) створення митного союзу; 3) формування єдиного спільного внутрішнього ринку; 4) в 1969 р. схвалено, а в 1989 р. прийнято рішення про перехід до економічного і валютного союзу, що передбачав координацію економічної політики, спільне прийняття рішень і контроль за їх виконанням, введення єдиної

становлення інституційної структури Європейських Співтовариств.

Еволюція інституційної структури ЄС має поступовий характер. Договір ЄОВС (ст. 7) запровадив такі інститути об'єднання: Вищий керівний орган (нині Комісія), що представляв спільні інтереси Співтовариства, Загальна асамблея (Європарламент), Спеціальна Рада міністрів (Рада), що представляла інтереси країн-членів, і Суд. Договори про ЄЕС та Євроатом запровадили аналогічні інститути. Спочатку спільними органами Співтовариств були Асамблея і Суд. Комісію і Раду кожне Співтовариство мали окремі, оскільки Комісія за Договором ЄОВС мала більше повноважень, ніж за Договором ЄЕС. Тільки після підписання у 1967 р. Договору про створення єдиної Ради і єдиної Комісії відбулося злиття цих інститутів. У результаті для всіх трьох Співтовариств, а згодом і ЄС, було запроваджену єдину систему інститутів.

Не менш значущим кроком на шляху консолідації і посилення координації дій країн-членів стало створення у 1974 р. Європейської Ради на рівні голів держав і урядів як органу політичного керівництва Співтовариств. Європейська Рада була покликана вирішувати найбільш важливі питання у випадках, коли рішення не змогли прийняти відповідні інститути, а також здійснювати координацію і узгодження зовнішньої політики¹.

Свідченням прогресу інтеграції є також еволюція правового статусу Європейського парламенту. Спочатку він являв собою збори офіційних представників, яких делегували уряди країн-членів, а отже, його статус був подібним до статусу представницьких

валюти і проведення єдиної валютної політики. Важливим заходом цього етапу стало прийняття у 1970 р. рішення про створення власних ресурсів Співтовариства, які утворювалися за рахунок певних митних зборів, податків на сільськогосподарський імпорт та відрахувань 1 % податку на додану вартість.

¹ На момент заснування Європейської Ради питання зовнішньої політики не були у віданні жодного з інститутів. Пам'ятаючи провал Договору ЄПС, країни-члени надали Європейській Раді статус не інституту, а органу. Таке рішення дозволило уникнути перегляду установчих договорів, але через це рішення Європейської Ради набули характеру політичних документів. Офіційного визнання Європейська Рада набула у 1986 р. після підписання Єдиного європейського акта (ст. 2). Уточнення її статусу відбулося у Договорі про Європейський Союз (ст. 4), де зазначено, що вона надає Союзу необхідний спонукальний імпульс для розвитку і визначає загальні політичні орієнтири. Рішення Європейської Ради мають директивний характер. Їх правове оформлення і реалізація відбуваються з додержанням процедури функціонування інститутів і порядку прийняття нормативних актів.

органів міжнародних організацій. У 1960 р. Парламентська Асамблея виробила пропозиції щодо проведення прямих виборів до згаданого інституту. Але через опір окремих політичних сил, які намагалися не допустити перетворення Європарламенту на представницький орган народів країн-членів, тільки в 1976 р. Радою було оформлено рішення щодо проведення прямих виборів на основі загального виборчого права, перші з яких відбулися у 1979 р. Ця подія надала додаткові підстави для характеристики ЄС як наднаціональної квазидержавної організації. Хоча і сьогодні Європарламент характеризується здебільшого як консультативний орган, однак дедалі більше в його правовій природі, так само як і правовому статусі інших інститутів ЄС, проявляються риси, які дозволяють їх розглядати, хоча і з певними уточненнями, як аналоги відповідних органів державної влади, а отже, говорити і про прояв принципу поділу влади¹.

Третій етап інтеграції пов'язаний з підписанням у 1986 р. Єдиного європейського акта² (ЄЕА), який вніс низку суттєвих змін в установчі договори. Ключовими моментами цього етапу слід визнати такі події. По-перше, за допомогою правотворчості Суду Європейських Співтовариств відбувається утвердження принципів (верховенства права Співтовариств щодо права країн-членів; прямої дії права Співтовариств; інтегрованості норм права Співтовариств у національні системи права; юрисдикційного захисту права Співтовариств, який здійснюють судові установи Співтовариств і країн-членів), що регулюють взаємодію європейського права з національним і міжнародним правом³. По-друге, поширення дії Європейського співтовариства на такі нові сфери, як соціальна політика, енергетика, охорона навколишнього середовища, науковий і технічний прогрес. По-третє, завершення формування єдиного внутрішнього ринку і прийняття рішення щодо переходу до

¹ Див.: Яковюк І. В. Про особливості прояву принципу поділу влади в інституціональній системі ЄС: постановка питання // Державне будівництво і місцеве самоврядування. — 2003. — № 5. — С. 17–27.

² ЄЕА був попередньо схвалений у 1985 р., підписаний у 1986 р., набрав чинності у 1987 р. (див.: Единый европейский акт. Договор о Европейском Союзе / Отв. ред. Ю. А. Борко. — М., 1994. — Т. 2. — С. 7–43).

³ Суд Європейських Співтовариств у ряді рішень сформував позицію, згідно з якою система норм, що створюється і застосовується в Співтовариствах і має пряму дію на території країн-членів, створює самостійну правову систему, яка функціонує поряд з національними системами права і системою міжнародного права. Утвердження права Європейського Співтовариства є важливою складовою інтеграційного процесу, оскільки прийнято вважати, що Співтовариство створено правом.

побудови Політичного і Економічного та Валютного союзів. По-четверте, відбулися зміни в інституційній організації Співтовариства. Так, принцип голосування кваліфікованою більшістю у Раді поширено на нові сфери, що унеможливило накладання вето на законодавчі пропозиції з боку окремих країн-членів; відбулося посилення позицій Європарламенту в процедурі прийняття нормативно-правових актів (ст. 10 ЄЄА); створено Суд першої інстанції.

Поглиблення і розширення інтеграційних процесів, які відбулися на четвертому етапі, були обумовлені передусім високими темпами економічної інтеграції¹, внаслідок яких національні уряди не могли і далі гальмувати просування об'єднавчих процесів на якісно новий рівень. Цей етап пов'язано з прийняттям Маастрихтського договору про Європейський Союз (ЄС), Амстердамського² та Ніццького³ договорів.

Згідно з Маастрихтським договором на основі Європейських Співтовариств виник ЄС. Його створення обумовило найсуттєвіші від початку інтеграційних процесів зміни у національному, передусім конституційному, законодавстві країн-членів⁴. Це було пов'язано із передачею національними урядами важливих суверенних прав на наднаціональний рівень, про що свідчать запровадження європейської валютної одиниці; введення європейського грома-

¹ Загальною тенденцією розвитку Співтовариства є неухильне розширення сфер його компетенції. Практика засвідчила, що неможливо інтегрувати одну сферу суспільного життя, залишивши суміжні в компетенції національних урядів. Так, успіхи в економічній інтеграції потягли за собою проведення спільної соціальної політики; забезпечення вільного пересування осіб обумовило необхідність займатися питаннями профосвіти, уніфікації дипломів і критеріїв працевлаштування тощо. Тривалий час відсутність волі держав-членів щодо внесення в установчі договори відповідних змін компенсувалася діяльністю Суду Співтовариств, який стоїть на позиції розширеного тлумачення установчих договорів, керуючись теорією припущених повноважень. Однак такий спосіб вирішення проблеми міг існувати як виняток, ситуація потребувала нормативного закріплення набутих інститутами повноважень.

² Маастрихтський договір, підписаний у 1992 р., набрав чинності у 1993 р. Амстердамський договір (нова редакція Договору ЄС), підписаний у 1997 р., набрав чинності у 1999 р.

³ Ніццький договір підписано 26 лютого 2001 р.

⁴ Норми, присвячені Євросоюзу, розміщено в Конституціях Австрії, Бельгії, ФРН, Фінляндії, Франції, Швеції (див.: Конституції государств Европейского Союза / Под общ. ред. Л. А. Окунькова. — М., 1999. — С. 27—30, 137, 186, 188—190, 644—645, 681, 718).

дянства, яке має субсидіарний характер. Крім того, ЄС набув нових повноважень як у сферах, якими він певною мірою опікувався і раніше (так звана перша опора), так і в таких принципово нових сферах, як зовнішня політика і безпека (друга опора), юстиція і внутрішні справи (третя опора)¹.

Одним з головних завдань, що постало при розробці Маастрихтського договору, було реформування інституційної структури ЄС. Через гострі розбіжності між прибічниками і противниками розширення повноважень інститутів ЄС і переходу до голосування більшістю голосів його вирішення було перенесено до наступного договору. Реальним досягненням цього договору стало: запровадження змін у процедурі спільного прийняття рішень, внаслідок яких відбулося зрівнювання позицій Ради і Європарламенту, та поширення сфери застосування цієї процедури на більшість питань, вирішення яких не потребує однастайності в Раді; поширення сфери дії права Співтовариства на візову і міграційну політику, питання надання притулку, які регулювалися Шенгенською угодою і належать до третьої опори ЄС, а відтак, поширення на цю сферу юрисдикції суду ЄС. Однак в історії євроінтеграції Амстердамський договір позначився не стільки прогресом у процесі реформування інституційної системи ЄС, скільки запровадженням практики просунутої співпраці (статті 43–45 Договору про ЄС). Концепція поглибленої співпраці передбачає, що більшість країн-членів ЄС може використовувати інститути, процедури і механізми Договору для поглиблення інтеграційних процесів в певних сферах. В цьому випадку укладені між ними угоди і засновані на них юридичні приписи розглядаються як обов'язкові тільки для цих країн-членів². Проте головні завдання Амстердамського договору – підготовка інститутів ЄС до розширення та здійснення інституційної реформи – так і не були розв'язані. Їх вирішення було перенесено до порядку денного чергової міжурядової конференції в Ніцці.

Ніццький самміт мав вирішити три головні питання: скорочення сфер політики, стосовно яких Рада приймає рішення одноголосно; реформування системи кваліфікованого голосування в Раді; реформування структури Комісії та порядку її формування. Найбіль-

¹ Рішення, які приймаються в рамках другої і третьої «опори», не мають прямої дії. Це політичні акти. Вони є загальнообов'язковими лише для тих країн, які ці рішення схвалили. Тому їх невиконання не може бути оскаржене в Суді Європейських Співтовариств.

² Дана концепція дала змогу реалізувати ідею Валютного союзу, до якого увійшли 11 з 15 країн-членів.

ший інтерес в Договорі становлять рішення, прийняті стосовно розподілу голосів у Раді та реформування Комісії.

Новий підхід щодо розподілу голосів у Раді видається досить складним і несправедливим. Про це свідчать: збільшення кваліфікованої більшості голосів, необхідної для прийняття рішення з 71,3 до 74,8%; збільшення частки голосів ФРН, Франції, Великої Британії, Італії та Іспанії з 55,2 до 61,4%; запровадження процедури подвійної більшості при голосуванні¹ з метою збереження четвіркою найбільших країн контролю над прийняттям рішення після розширення ЄС².

В питанні реформування комісії реальним досягненням стало: унеможливлення блокування процесу виборів Голови Комісії; запровадження процедури його виборів кваліфікованою більшістю голосів Європейської ради; розширення повноважень Голови: право визначати структуру Комісії; розподіляти і перерозподіляти повноваження її членів, контролювати їх діяльність; право відправляти членів Комісії у відставку³. Разом з тим урядам країн-членів знову не вдалося перейти від принципу представництва при формуванні Комісії до визначення кількості її членів і структури залежно від здійснюваних функцій. В позиції багатьох країн-членів домінує прагнення не допустити перетворення Комісії на публічно-політичний орган.

Не вирішивши низку найважливіших проблем, Ніщцький договір суттєво розвинув інститут поглибленого співробітництва. Якщо раніше поглиблене співробітництво могли започаткувати більшість країн-членів, то тепер його можуть ініціювати 8 і більше країн, після чого рішення приймається кваліфікованою більшістю Ради. Крім того, Ніщцький договір дозволив поширити поглиблене співробітництво на сферу другої опори і взагалі утворювати різні конфігурації поглибленого співробітництва (наприклад, у зовнішньополітичній або економічній сферах, взаємодії правоохоронних органів).

Початок п'ятого етапу в історії поклав самміт в Алкені (грудень 2001 р.), на якому було прийнято рішення про створення Європейського конвенту⁴, завданням якого була розробка проекту Кон-

¹ Для прийняття рішення необхідно отримати не просто кваліфіковану більшість, а й більшість, що представляє країни, населення яких становить 62 % від населення ЄС.

² Оскільки майбутні країни-члени не брали участі у самміті, то вони опинилися в нерівних умовах при розподілі голосів у Раді і Європарламенті.

³ Хоча це право важко реалізувати, однак в принципі воно закріплене.

⁴ До складу конвенту, який очолив Валері Жискар д'Естен, увійшли представники Комісії, Європарламенту, урядів і парламентів країн-членів і країн-кандидатів.

ституції ЄС (плану політичної реформи). Попередній проект конституційного договору¹ було офіційно представлено 28 жовтня 2002 р. президією Європейського конвенту і в 2003 р. передано на розгляд Європарламенту. Проект Конституції визначає ЄС як наділений власною правосуб'єктністю союз європейських держав, котрі, зберігаючи свою національну самобутність, тісно співпрацюють на європейському рівні і здійснюють низку схожих повноважень на федеральному рівні. Передбачається, що майбутня Конституція, яка замінить собою усі чинні договори, матиме верховенство над національним законодавством.

Аналіз ситуації, яка склалася навколо прийняття Конституції ЄС, дозволяє зробити висновок про труднощі з його схваленням національними урядами. З 25 країн-членів (в тому числі 10 країн-кандидатів) тільки 8 (населення яких становить 280 млн чоловік) підтримують реформу, тоді як 17 (100 млн) висловлюються проти. Однак це не означає неможливість продовження інтеграційних процесів у напрямку створення федерації національних держав².

Аналіз пройдених етапів європейської інтеграції, а також сукупності як позитивних, так і негативних факторів дозволяє дійти висновків про те, що подальші перспективи розвитку ЄС на найближчі 20 років можуть передбачати:

по-перше, коливання між сценаріями позитивної динаміки з елементами нестійкості і помірно нестійкою динамікою з періодичним коливанням в той чи інший бік³;

по-друге, створення ситуації, коли в рамках сучасного ЄС функціонуватимуть два взаємодіючих, але в той же час відносно само-

¹ www.eulaw.edu.ru/documents/legislation/uchred_docs/progect_const_es.htm.

² Під час обговорення проекту Франція, ФРН, Італія, Бельгія, Голландія і Люксембург висловилися за передачу повноти влади на наднаціональний рівень, тоді як Велика Британія і Іспанія прагнуть зберегти значну частину суверенітету за національними урядами. Передбачаючи такі проблеми, в 2000 р. В. Жискар д'Естен, Г. Шмідт і Жак Делор висловилися за поділ учасників розширеного ЄС на дві групи. Першу групу, так зване «ядро» ЄС, становлять шість країн, які стояли коло витоків європейської інтеграції, і ті країни, які близькі до шістки за рівнем соціально-економічного розвитку і готові піти на утворення федерації національних держав, що має власне право та інститути. Другу групу утворюють усі інші країни-члени. Правове підґрунтя для реалізації цієї ініціативи становлять норми, якими передбачено можливість просунутої співпраці.

³ Див.: Борко Ю., Буторина О. Перспективи Евросоюзу в новому веку // Современная Европа. — 2001. — № 3. — С. 23.

стійних утворення: «великий» ЄС, який складатиметься з 25 держав (15 країн-членів і 10 країн-кандидатів), і федерація національних держав, що складатиметься з країн-членів, які будуть готові піти на юридичне оформлення політичного і оборонного союзу;

по-третє, розтягування у часі процесу консолідації розширеного ЄС і подолання розриву між «старими» і «новими» країнами-членами.

На закінчення слід підкреслити, що подальша реалізація інтеграційних проектів у рамках ЄС, зокрема його розширення на Схід, обумовить долю не тільки європейської інтеграції, а й Європи в цілому. Для України, яка прагне бачити себе в ЄС, останній перетворюється не лише на мету, а й на гарант успішного реформування правової, економічної і соціальної систем, утвердження демократії.

Надійшла до редколегії 26.03.03

С. Погребняк, доцент НЮА України

Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї

Після здобуття незалежності Україна стала на шлях розбудови демократичної, соціальної, правової держави, визначивши це завдання як пріоритетне в ст. 1 Конституції України. Не викликає сумнівів, що розбудова такої держави неможлива без активної діяльності незалежної судової влади. Судова практика, що формується внаслідок її діяльності, суттєво впливає на розвиток національної правової системи.

На нашу думку, сучасна українська правова система є правовою системою перехідного типу, що тяжіє до романо-германської правової сім'ї, своєрідним асоційованим членом цієї сім'ї. Обраний Україною стратегічний напрямок до європейської інтеграції дозволяє прогнозувати приєднання її правової системи до сім'ї романо-германського права як повноправного члена після успішного завершення політико-правових реформ. Саме тому для нас є вельми корисним погляд на роль судової практики у правових системах тих держав, що належать до романо-германської сім'ї.

Розв'язання даної проблеми започатковано у теоретичних і порівняльно-правових дослідженнях представників вітчизняної і зарубіжної юридичної науки, зокрема Є. Алексєєва, Ж.-Л. Бержеля,

К. Гюнтера, М. Гредескула, Р. Давида, Ф. Зеккера, А. Жалінського, М. Козюбри, М. Коркунова, М. Марченка, А. Саїдова, П. Рабіновича, Т. Хартлі, Л. Еннекцеруса. Тому при роботі над цією статтею автор спирався на їх публікації. Проте дослідження зазначеної проблеми здебільшого не мали самостійного характеру: вони здійснювалися в контексті характеристики інших елементів правових систем романо-германської сім'ї, або ж зосереджувалися на аналізі особливостей судової практики в межах певної національної правової системи.

Метою цієї статті є вдосконалення теоретичних знань про вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. Для досягнення зазначеної мети автор ставив перед собою такі завдання: визначити поняття судової практики та її функцій; проаналізувати правозастосовну, правотворчу та інтерпретаційну функції судової практики; дослідити особливості судової практики в окремих державах романо-германської правової сім'ї; зробити висновки щодо ролі судової практики в романо-германській правовій сім'ї.

Отже, під судовою практикою ми розуміємо такий різновид юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній та правотворчій діяльності судів, яка втілюється у певних видах юридичних актів.

Функції судової практики — це основні напрямки її впливу на правову систему, які виражають її сутність і соціальне призначення.

Як відомо, основною функцією судової практики в романо-германській правовій сім'ї є правозастосовна функція. При застосуванні права йдеться про поширення загальних правил на конкретні життєві обставини. Застосування права є особливою формою реалізації права, що здійснюється уповноваженими суб'єктами і оформлюється в індивідуальних (ненормативних актах).

Застосування права — це владна індивідуально-правова діяльність, яка спрямована на вирішення юридичних справ на основі норм права і внаслідок якої до тканини правової системи приєднуються нові елементи — владні індивідуальні приписи. Якщо органи правотворчості закладають у правову систему загальні програми поведінки, то органи застосування права (провідним з яких є суд) в оптимальному випадку продовжують справу, розпочату правотворцем. Вони покликані забезпечити проведення в життя правових норм, конкретизоване їх втілення в реальних життєвих процесах з урахуванням особливостей тієї чи іншої конкретної ситуації.

Особливо цікавим є розгляд питання про існування у судовій практиці правотворчої функції. Для романо-германського права характерним є офіційне заперечення судової правотворчості. У державах, що належать до романо-германської правової сім'ї, на відміну від країн загального права суди лише інтерпретують пов'язані з кожним конкретним випадком заздалегідь підготовлені тексти законів. Тому вважається, що судові рішення є наслідком розуміння законів судами¹.

Проте з приводу цієї тези ми можемо зробити два застереження.

По-перше, питання про можливість судової правотворчості вирішується у країнах романо-германського права по-різному. Це обумовлено історичними традиціями (деякі країни заохочували розвиток прецедентного права, інші — обмежували його), а також відповідною законодавчою регламентацією (закріпленням або заборонам прецеденту як джерела права).

Так, характерною рисою французької доктрини є так звана впроваджена концепція правозастосування, що виникла ще за часів Французької революції. Згідно зі ст. 5 Цивільного кодексу Франції судді заборонено виносити рішення у вигляді положень загального або регламентарного характеру. Це означає, що суддя у своєму рішенні не може створювати норму права, яка буде застосовуватись в аналогічних випадках.

У німецькій правовій традиції рішенням судів відводиться більш значна роль, ніж у Франції. До легітимних функцій німецького суду належить, зокрема, функція розвитку і вдосконалення права, що включає повноваження на правотворчу діяльність. Це підтверджується рішенням Федерального конституційного суду Німеччини від 14 лютого 1973 р., в якому, зокрема, підкреслюється, що завдання та повноваження у сфері правотворчості — але завжди у межах конституції — ніколи не будуть оскаржуватися суддями². Дослідники підкреслюють, що німецька система судових рішень має змішаний характер, якщо порівнювати її з французькою та англійською системами. У німецькій системі на відміну від французької визнається необхідність правового обґрунтування рішення судді, у постановах досить часто використовуються посилання на прийняті раніше рішення, однак на відміну від англійської системи відсутня обов'язкова сила прецеденту, за винятком рішень Федерального конституційного суду³. Втім, німецькі фахівці говорять про

¹ Див.: Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 23.

² Див.: Зеккер Ф. Ю. Общие основы частного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем. — М., 2001. — С. 31.

³ Див.: Серверен Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества // Судебная практика как источник права. — М., 2000. — С. 55.

існування непрямої обов'язкової сили судового рішення: судді намагаються утримуватись від того, щоб їх рішення скасовувались вищими судовими інстанціями, оскільки це завжди негативно впливає на їх судову кар'єру¹.

Правотворча роль судової практики офіційно визнається також в Іспанії, де ця практика, що заснована на низці рішень Верховного суду Іспанії, формує так звану загальну правову доктрину (*doktrina legal*). Її порушення згідно з законом є однією з найважливіших підстав для оскарження судових рішень до Верховного суду². До країн, що офіційно визнають прецедент як джерело права, належить також Швейцарія. У ст. 1 Цивільного кодексу цієї країни вказується на те, що у тих випадках, коли у законодавчих актах відсутні норми, які мають застосовуватись до справи, що розглядається, суддя повинен вирішувати питання відповідно до існуючого звичаєвого права, а у випадку, коли відсутній звичай, — відповідно до правил, які він створив би, якби був законодавцем. У процесі здійснення такого роду діяльності суддя не повинен виходити за межі, встановлені визнаними правовими доктринами та нормами прецедентного права³.

Особливо помітною є правотворча роль судів при заповненні прогалин у законах. У цьому випадку суди нерідко виступають як офіційні чи неофіційні «заступники» законодавця, здійснюють за впливом німецьких юристів «добудову права». Таке становище є природним для романо-германського права, оскільки закон не спроможний надати будь-якої миті ідеальний, математично відпрацьований типізований еталон (норму) для вирішення нерідко непередбачуваних, унікальних ситуацій⁴. За влучним висловом С. Алексєєва, суд — це не простий посередник між законом і реальним життям, а співтовариш і продовжувач справи законодавця⁵.

По-друге, судова практика суттєво впливає на нормативно-правові акти завдяки тлумаченню їх приписів. Тлумачення — це процес

¹ Див.: *Гюнтер К.* Судоустройство и сфера компетенции судов // Там само. — С. 66.

² Див.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с франц. — М., 1996. — С. 104.

³ Див.: *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение: Общая часть. — М., 2001. — С. 344.

⁴ Див.: *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М., 2000. — С. 117.

⁵ Див.: Там само. — С. 122.

пізнання закону. Під тлумаченням права зазвичай розуміють певний розумовий процес, спрямований на визначення змісту норм права шляхом вияву значень і смислу термінів та виразів, які містяться у нормативних актах. Тлумачення має місце в будь-якому правозастосовному процесі, оскільки застосувати норму права можна тільки зрозумівши її смисл. Тому природно, що суди як органи правозастосування виконують інтерпретаційну функцію.

Норма права в романо-германській сім'ї в універсальній формі встановлює для невизначеного числа випадків, які правові наслідки настають за тих чи інших фактичних обставин, що описуються абстрактно¹. Отже, норми права, що містяться переважно в нормативно-правових актах, встановлюють невичерпні та неперсоніфіковані правила і не регламентують деталі, оскільки правотворець не може точно передбачити розмаїття конкретних справ, які виникають на практиці і в майбутньому підпадатимуть під її регулювання. Загальний характер норми права автоматично збільшує роль судді в її тлумаченні, обумовлюючи надання суддям широкіх дискреційних повноважень при застосуванні норм та відкриваючи простір для творчого розширювального тлумачення. Тому роль судді у сім'ї романо-германського права не обмежується лише «роботою рота, завдяки якому говорить закон»².

Отже, для того щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо наявності лише знань про норми права, що містяться в офіційних джерелах, перш за все, у нормативно-правових актах. Право в країнах романо-германської сім'ї складається не тільки із законодавчих норм; воно включає також так звані «вторинні правові норми», що створюються у судовій практиці завдяки тлумаченню суддями законодавчих норм, уточнюють та доповнюють останні і містяться в судових актах. Норма, створена законодавцем, — це лише ядро, навколо якого обертаються «вторинні правові норми»³.

Таким чином, ми можемо стверджувати, що в деяких випадках інтерпретаційна і правозастосовна функції судової практики фактично перетворюються на правотворчу.

Сьогодні юристи романо-германського права все сміливіше говорять про наявність у судів правотворчої функції. Наприклад, у річному звіті Федерального верховного суду Німеччини за 1996 р.

¹ Див.: *Справочник по нормотворческой технике / Пер. с нем. — 2-е изд., перераб. — М., 2002. — С. 9.*

² *Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с франц. — М., 2000. — С. 145.*

³ *Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 72.*

зазначається, що жоден юрист уже не має сумнівів у тому, що в усі часи чинне право є сумішшю законодавчих норм і суддівського права та що останнє, втілюючись у судових актах, ніколи повністю не збіглося з положеннями законодавства. Обговоренню підлягає лише питання про межі суддівського права, але не його існування¹.

Звичайно, слід застерегти те положення, що в межах романо-германської правової сім'ї правотворча функція не є основною функцією судової практики. У цій сім'ї діяльність суду не може бути безпосередньо спрямована на створення норм права. Ми констатуємо виконання судової практикою цієї функції як додаткової, що нібито доповнює правозастосовну чи інтерпретаційну діяльність судів, компенсує недоліки формально-юридичних джерел права, перш за все нормативно-правових актів.

У будь-якому випадку ми вимушені визнати, що суди у державах романо-германського права досить активно впливають на норми права у прямій та непрякій формах. Так, суди безпосередньо впливають на саме існування норми права, коли заважають набранню нею чинності, визнають її нечинною або такою, що не підлягає застосуванню. Йдеться переважно про роботу конституційних судів, що здійснюють попередній та наступний контроль за конституційністю нормативних актів. Безпосередній вплив здійснюється і завдяки судовій правотворчості, про яку йшлося вище. Непрямий вплив полягає в тому, що вищі судові інстанції контролюють тлумачення нормативних актів звичайними судами під час розгляду конкретних справ².

Слід зазначити, що роль судової практики підвищується у тих державах романо-германської правової сім'ї, що є членами Європейських Співтовариств. Це пов'язано з тим, що в ЄС фактично визнані прецедентний характер рішень Суду ЄС та їх статус як найважливіших джерел європейського права³. Оскільки європейське право визнається складовою частиною національного права держав-членів ЄС, рішення Суду ЄС суттєво впливають на відповідні національні правові системи.

Досліджуючи значення судової практики у системі романо-германського права, слід звернути увагу на значну роль, яку остання відіграє в формуванні такого важливого джерела права, як загальні принципи права.

¹ Див.: Зеккер Ф. Ю. Вказ. праця. — С. 21.

² Див.: Серверен Э. Вказ. праця. — С. 47.

³ Див.: Хорольський Р. Б. Судовий прецедент як джерело права Європейського Співтовариства // Проблеми законності. — 1999. — Вип. 39. — С. 204–209.

Загальні принципи — це положення (правила) об'єктивного права, які можуть втілюватися, а можуть і не втілюватися у законодавстві, але обов'язково застосовуються в судовій практиці і мають достатньо загальний характер¹.

Отже, однією з характерних рис загальних принципів є їх формулювання і визнання судовою владою в судових актах. Як зазначає Ж.-Л. Бержель, хоча суддя завжди намагався позбутися ролі автора загальних принципів, ми не можемо не бачити в них його, судді, нормативної влади². Головним джерелом загальних принципів є судова практика. Вона добуває принципи із закону або зі звичаїв за допомогою тлумачення. Посилання на деякі принципи, наприклад, на принцип справедливості, зустрічається у практиці Касаційного суду Франції вже у ХІХ ст., коли суд обґрунтовував рішення щодо незаконного збагачення.

Зв'язок загальних принципів із судовою практикою пояснюється тим, що в жодній з правових систем законодавство чи інші джерела писаного права неспроможні дати відповідь на всі питання, що виникають у судах. Таким чином, судді повинні створювати правові норми для вирішення проблем, що виникають перед ними. Проте якщо нормотворча роль суддів стає надто помітною, їх можуть звинуватити у перевищенні повноважень і викривленні законодавства. І тут на допомогу приходять концепція, розроблена у країнах романо-германського права, згідно з якою правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, але й із загальних принципів права. Це дає можливість судам застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів³.

Висвітлюючи роль судової практики у правовій системі, слід наголосити також на тісному зв'язку між судовою практикою і правовим звичаєм. Як відомо, на сучасному етапі розвитку романо-германського права остаточно визнається, що звичай може розглядатись як джерело права лише після того, як він інтегрується в позитивне право, перетворюючись на його складову частину. Така інтеграція, або набуття звичаєм правового характеру, пов'язана з визнанням (легітимацією) звичаю державою і відбувається в основному судовим шляхом.

Як зауважує Л. Еннексерус, звичаєве право виникає головним чином із судової практики⁴. У цьому випадку звичай сприймається-

¹ Див.: Бержель Ж.-Л. Вказ. праця. — С. 167.

² Див.: Там само. — С. 166.

³ Див.: Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества / Пер. с англ. — М., 1998. — С. 143, 145.

⁴ Див.: Эннексерус Л. Курс Германского гражданского права / Пер. с нем. — М., 1949. — С. 146.

ся і застосовується судом, а рішення суду, що засноване на звичаї, забезпечується примусовою силою держави. Таким чином, суд ніби озброює звичай юридичною санкцією. Без судового визнання звичай не є обов'язковим, а відтак, не може вважатися правовим.

Отже, ми можемо сформулювати такі висновки.

1. Судова практика в романо-германській правовій сім'ї виконує правозастосовну, правотворчу і інтерпретаційну функції.

2. Для романо-германського права в цілому є характерним офіційне заперечення судової правотворчості. Проте в деяких країнах така можливість визнається. Таким чином, роль судової практики є різною в різних країнах романо-германського права, що дозволяє виділити відповідні національні доктрини.

3. Правотворча функція судової практики не є основною для романо-германського права. Вона є додатковою функцією, що нібито доповнює правозастосовну та інтерпретаційну діяльність судів, компенсує недоліки формально-юридичних джерел права, перш за все нормативно-правових актів. Правотворча функція судової практики є особливо помітною у випадках заповнення прогалин у законі, коли суди здійснюють «добудову права». Широкі дискреційні повноваження суду обумовлюються і загальним характером закону, що часто потребує розширювального тлумачення.

4. Роль судової практики в романо-германській правовій сім'ї підвищується у зв'язку з тим, що більшість держав, що належать до цієї сім'ї, є членами Європейського Союзу.

5. В романо-германському праві судова практика відіграє значну роль у формуванні загальних принципів права. Вона є головним джерелом цих принципів. Крім того, слід враховувати, що судова практика є основним засобом надання звичаям правового характеру.

Надійшла до редколегії 10.10.03

*О. Лисодед, доцент НЮА України,
А. Степанюк, доктор юридичних
наук (НЮА України)*

Покарання та громадські санкції у діяльності Служби тюрем і пробації Швеції

За дорученням Кабінету Міністрів України Державним департаментом України з питань виконання покарань розробляється

низка заходів, спрямованих на створення в Україні служби пробації. Зокрема, для відпрацювання шляхів запровадження елементів служби пробації було заплановано вивчення досвіду функціонування аналогічної служби у країнах Західної, Центральної та Східної Європи. З цією метою у серпні 2002 р. відбувся візит до Швеції української делегації, у складі якої були співробітники Державного департаменту України з питань виконання покарань та науковці Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Поїздка саме у Швецію не була випадковістю, оскільки Служба тюрем і пробації Швеції визнана найбільш досконалою в Європі. Як видається, зумовлено це тим, що державний і суспільний устрій Швеції працює як ідеально налагоджений механізм. Правопорядок там характеризується дійсним додержанням всіма суб'єктами права вимог законодавства, права і свободи підданих мають реальне забезпечення, юридичні обов'язки виконуються як фізичними особами, так і державними органами та суспільними інституціями. У Швеції стосунки між владою і людиною ґрунтуються на положеннях Загальної декларації прав людини, яка сприймається не як якийсь абстрактний, далекий від реалій сьогодення документ, бо там не на словах, а на ділі втілено, що найбільшою соціальною цінністю є людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека. Повага до прав окремої людини є аксіомою як у всьому шведському суспільстві, так і в кримінально-виконавчих правовідносинах.

На наш погляд, щоб охарактеризувати діяльність Служби тюрем і пробації Швеції, насамперед необхідно відобразити, в яких соціально-економічних умовах вона функціонує. У Королівстві Швеція населення складає близько 9 млн чоловік. Переважна більшість населення проживає у південній частині країни. Це країна водойм і лісів — на 80% території Королівства Швеція ростуть ліси. На відміну від України, де національний валовий дохід на одну людину становить (у перерахунку) близько 600 доларів США, то у Швеції — 27000 доларів. Житлова площа на одну людину у Швеції становить 50 м². 80% шведів мають власні авто. Середня місячна заробітна плата в Швеції — у межах 18–20 тис. крон (у перерахунку приблизно 9–10 тис. гривень). На цьому тлі у Швеції рівень злочинності порівняно з Україною значно нижчий. Можливо, це пояснюється не тільки високим рівнем життя, а й надзвичайно чистим природним середовищем Швеції, адже американські екологи виявили пряму залежність між станом природи і суспільством. «Вони встановили, що регіони, де з екологією усе нормально, там

і вищий рівень культури, нижча злочинність, і динамічніше розвиваються продуктивні сили суспільства»¹. Під цим кутом зору не викликає подиву, що в Швеції лише 5 тис. осіб перебувають у місцях позбавлення волі, та й то це здебільшого некорінні шведи. З іншого боку, така кількість ув'язнених зумовлена й особливостями застосування відповідних заходів до правопорушників, коли прерогатива віддається заходам, які є альтернативою покаранням.

Покарання за шведським законодавством складаються зі штрафів і ув'язнення, але при цьому можливе застосування й умовного засудження, пробації, поміщення під спеціальний нагляд, а ще й поміщення в закриті центри поведження з молоддю.

Штрафи можуть бути застосовані на різні суми і поєднуватися з іншими заходами залежно від характеру вчиненого правопорушення, наприклад, із умовним засудженням чи випробовуванням (пробацією). Найбільш загальною формою штрафів є «штрафи дня», коли певна сума заробітку за день множиться на відповідну кількість днів. За іншим варіантом сума, що дорівнює 0,001 річного доходу правопорушника, множиться щонайменше на 30. Штрафи також можуть бути встановлені на певну суму, залежно від фінансового статусу особи, до якої застосовано покарання. Мінімальна сума штрафу — 450 крон. Якщо покарана особа не сплачує штраф, то суд може замість несплаченого штрафу застосувати тюремне ув'язнення, але у будь-якому випадку на строк не більше трьох місяців.

За деякими винятками тюремні строки не можуть бути менше 14 днів і більше десяти років. При сукупності злочинів верхня межа може бути підвищена на чотири роки. В деяких випадках при вчиненні тяжких злочинів, а також стосовно рецидивістів можливе застосування позбавлення волі до 18 років. До всіх категорій ув'язнених по відбутті 2/3 строку позбавлення волі, як правило, можливе застосування умовно-дострокового звільнення. За шведським законодавством можливе також застосування й довічного позбавлення волі. Таких осіб у шведських тюрмах зазвичай щороку трохи більше 100. Утримуються вони в окремих відділеннях, хоча для збереження здоров'я засуджених до довічного позбавлення волі періодично переміщують в різні тюрми. І це показово, оскільки в основі шведського законодавства і правозастосовної практики — індивід. У зв'язку з цим слід підкреслити, що у шведських тюрмах

¹ Бабенко В. Загроза сарани: реалії і спекуляції // Урядовий кур'єр. — 2002. — 10 вер. — № 165.

ретельно втілюються в життя основоположні принципи Європейських тюремних правил, згідно з якими цілі виправного впливу на засуджених полягають, зокрема, в тому, щоб зберегти їх здоров'я та гідність.

У кримінально-виконавчій системі Швеції є 55 тюрем і близько 20 слідчих ізоляторів. Середня тюрма розрахована на 45–80 осіб. Серед інших є одна велика (за тамтешніми мірками) тюрма спеціально для жінок, де утримується близько 90 ув'язнених (всього у Швеції близько 150 ув'язнених жінок). У декількох великих тюрмах утримується від 100 до 300 ув'язнених, кожному з яких, як правило, надано окрему камеру (насправді, це більше схоже на номер у готелі, відповідно умебльований, а також обладнаний санвузлом). Вдень засуджені того чи іншого відділення вільно спілкуються між собою, а на ніч персонал зачиняє ув'язнених у камері. По закінченні восьмигодинного робочого дня персоналу тюрма закривається і всі, за винятком чергового, роз'їжджаються по домівках на відпочинок. Робочий тиждень персоналу — 30-40 годин. Згідно з Європейськими тюремними правилами персонал має статус цивільних службовців.

Метою поводження з ув'язненими у тюрмі є підготовка їх до виходу на волю. Оскільки середній строк ув'язнення обчислюється кількома місяцями, то така проблема є нагальною. Для її вирішення щодо кожного ув'язненого розроблюється відповідна програма. На початку в центрі розподілу ув'язнених визначається вид установи (закритого чи відкритого типу), де має відбувати покарання та чи інша особа і де вона матиме змогу реалізувати себе у тій чи іншій програмі відповідно до своїх уподобань. До ув'язнених застосовується міжнародно визнаний тест HSR-20, розроблений канадськими науковцями, який дозволяє розкрити особистість засудженого. Із засудженими проводиться співбесіда, за результатами якої здійснюється їх розподіл не тільки по тюрмах, а й по окремих відділеннях (секціях) тюрем. При розподілі одразу ж визначається, після відбуття якої частини покарання засудженим можлива зміна умов тримання. При відбуванні покарання кожний ув'язнений (про це вже йшлося) має бути задіяний у певній програмі зайнятості для того, щоб, як це сказано у Мінімальних стандартних правилах поводження з в'язнями, після відбуття строку ув'язнення і повернення до нормального життя в суспільстві він був не тільки готовим, а й здатним підкоритися закону та забезпечити своє існування. Для цього, наприклад, у чоловічій тюрмі міста Нічопінг засуджені (по 5–6 чоловік) зайняті у різних гуртках, так би мовити, за інтереса-

ми (хто шие одяг для своїх діточок, що залишилися без батька на волі, хто виготовляє керамічні вироби, деякі опановують ковальське ремесло, інші штамнують деталі для фірми «Electrolux», дехто вчиться кухарити з тим, щоб тут же не тільки самим покуштувати приготовлені страви, а й пригостити інших ув'язнених, ще хтось навчається у школі тощо). Таким чином, наочно втілюються вимоги Європейських тюремних правил, згідно з якими ув'язненим необхідно надавати можливість розвивати навички та схильності, які допоможуть їм успішно включитися в життя суспільства після звільнення. Усі без винятку види зайнятості засудженим оплачуються, в тому числі й навчання. Ув'язнені в тюрмах можуть придбавати ті чи інші речі, а також напої, соки чи цигарки за безготівковим розрахунком. Зі своїх коштів вони сплачують і вартість телефонних розмов, кількість яких обмежується хіба що наявністю крон на особистому рахунку того чи іншого ув'язненого. Згідно з Правилами поводження у тюрмі персонал має право контролювати телефонні розмови засуджених з метою забезпечення безпеки функціонування тюрми, самих ув'язнених або ж осіб на волі. Ув'язненим надаються побачення, в тому числі й тривалі, для проведення яких у тюрмі обладнуються кімнати побачень. Тривалість побачень визначається адміністрацією тюрми. Разом з тим побачення ув'язненому не може бути надано у разі, коли воно може загрожувати стану безпеки в тюрмі або ж коли воно може зашкодити реінтеграції засудженого в суспільство після звільнення або ж зашкодити будь-якій іншій людині. Для підтримання безпеки у тюрмі за проведенням так званих «контрольованих» побачень нагляд здійснює представник адміністрації тюрми. Також з міркувань безпеки в деяких випадках побачення може бути надано за умови, що особа, яка прибула на побачення, погодиться на огляд її речей, одягу та оголеного тіла. Побачення ув'язненого з адвокатом теж можуть контролюватися, але за умови, що хтось із цих осіб повідомить про необхідність такого контролю.

Ув'язненому може бути надано дозвіл залишити в'язницю протягом короткого періоду (короткострокова відпустка), щоб полегшити його реінтеграцію в суспільство, якщо це не сприятиме продовженню злочинної діяльності або не буде використано для іншої форми зловживання відпусткою. При оцінці цього ризику має бути з'ясовано, чи мав ув'язнений раніше справу з наркотиками або ж у в'язниці безпідставно відмовлявся давати зразок сечі на аналіз на предмет з'ясування вживання ним наркотиків. Ця проблема для шведських місць позбавлення волі є доволі актуальною, оскільки

50–60% ув'язнених — наркомани. В деяких випадках відпустка ув'язненому надається за умови, що його поведінка під час відпустки контролюватиметься. Час, проведений у відпустці, зараховується у строк позбавлення волі.

Щодо особливостей відбування покарання жінками, які мають новонароджених дітей, то згідно з Правилами поведіння у тюрмі народження дитини ув'язненою жінкою, наскільки це можливо, повинно відбуватися у лікарні за межами тюрми, що цілком відповідає Мінімальним стандартним правилам поведіння з в'язнями. Для цього ув'язнені жінки мають бути завчасно переведені до такої лікарні, щоб їм було забезпечено належний догляд. Жінці, яка потрапляє у тюрму з новонародженою дитиною, або ж якщо вона під час відбування покарання народжує дитину, дозволяється бути разом із нею. Слід також зазначити, що й лікування інших засуджених у разі потреби провадиться в лікарнях за межами тюрми.

Для забезпечення вимог безпеки на ув'язненого можна одягати наручники при переміщеннях як усередині тюрми, так і за її межами, наприклад, при транспортуванні з метою запобігання втечі. Слід сказати, що наручники у шведських тюрмах застосовують не для покарання ув'язнених, а лише як засіб вгамовування. Причому ненасильницьке поведіння із засудженими як наріжний камінь стосунків між персоналом та ув'язненими передбачає і ненасильницькі способи застосування наручників, коли ув'язненого персонал майже умовляє дати згоду на застосування наручників. Такі методи ненасильницького поведіння із ув'язненими нам було наочно продемонстровано у центрі підготовки та перепідготовки персоналу Служби тюрем і пробації.

Як з'ясувалось, кримінальна відповідальність за втечу з місць позбавлення волі шведським законодавством не передбачена. Представники адміністрації тюрем пояснюють це тим, що у людини є природній потяг до волі, тому застосовувати покарання за прояв цього потягу недоцільно. Однак при цьому строк ув'язнення продовжується на термін перебування засудженого за межами тюрми.

На відміну від доволі широкого спектру стягнень, перелік яких міститься у ст. 67 ВТК України, у Швеції дисциплінарні стягнення до ув'язнених можуть бути застосовані лише у виді: 1) попередження або ж 2) коли певний період (до десяти діб) не зараховується у строк позбавлення волі. Це поширюється й на втікачів, яких, як правило, знаходять протягом трьох діб.

За законодавством Королівства Швеція кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповни-

лося 15 років. Особи, які не досягли віку 18-ти років, взагалі не можуть бути засуджені до довічного позбавлення волі. З 1999 р. у Швеції проблема тримання неповнолітніх у місцях позбавлення волі вирішена таким чином, щоб вони за загальним правилом не відбували покарання у тюрмі. З цією метою для неповнолітніх правопорушників створено спеціальні виховні центри поведження з молоддю. Таких виховних установ закритого типу в Швеції близько 30. Неповнолітні утримуються там від 14 днів до чотирьох років на підставі Закону про примусове розміщення підлітків на певний строк. У виховні центри неповнолітні правопорушники направляються як службою пробачії, так і на підставі рішення суду. Наприклад, у виховному центрі «Барбі», розташованому у мальовничій місцевості на узліссі неподалік міста Упсала, перебувають 24 неповнолітні правопорушники, за якими доглядають аж 75 осіб персоналу. Неповнолітні по 3—4 чоловіки мешкають в окремих будинках на території центру, де немає зовнішньої огорожі та охорони. Разом з тим три відділення у цій виховній установі, що складається з чотирьох відділень, — закритого типу. Вихованці центру, яким до кінця покарання залишилась третина строку, перебувають саме у відділенні відкритого типу, яке в цьому випадку знаходиться в окремому будинку на території центру. З дозволу персоналу їм надається можливість покидати межі установи і відвідувати прилеглі населені пункти. У кімнатах, де мешкають неповнолітні правопорушники, є не тільки телевізори та музикальні центри, що також є звичайним явищем і в тюрмі для дорослих, а й персональні комп'ютери, щоправда, не підключені до мережі Internet. Однак ця обставина, як з'ясувалось, хоча й не влаштовує підлітків, але не суперечить Правилам Організації Об'єднаних Націй стосовно захисту неповнолітніх, позбавлених волі.

Слід підкреслити, що у Швеції стратегічним напрямком політики у сфері застосування покарань та поведження із правопорушниками є зведення до мінімуму кількості осіб, що перебувають у місцях позбавлення волі, і широке застосування заходів, альтернативних покаранням, які згідно з міжнародними документами іменуються громадськими санкціями та заходами запобігання, котрі призначені для підтримки правопорушника у суспільстві і спрямовані на те, щоб правопорушник виконував певні умови або обов'язки, маючи при цьому можливість встановлювати або відновлювати важливі зв'язки у суспільстві та можливості для контакту і підтримки зі всіма чинними механізмами соціального контролю у суспільстві, надаючи можливість особі реінтегруватись до соціаль-

ного життя, що є більш ефективним, ніж після перебування особи у місцях позбавлення волі. Такий підхід цілком відповідає Рекомендаціям № R (99)22, прийнятим Комісією Міністрів Ради Європи 30 вересня 1999 р., що передбачають застосування до правопорушників таких заходів, як громадські роботи, інтенсивний нагляд з боку громадськості, домашній арешт з використанням електронних методів стеження або ж зобов'язання осіб, що перебувають у певній залежності (від алкоголізму, наркотиків), пройти курс лікування. У Швеції ці та деякі інші громадські санкції та заходи щодо правопорушників втілюються в життя службою пробації, яка діє у 43 центрах і налічує на своєму обліку близько 12000 осіб. Це означає, що на одного офіцера служби пробації припадає не більше 30 правопорушників — «клієнтів», як їх називають у Швеції.

Метою діяльності служби пробації у Швеції є захист суспільства, попередження повторних злочинів, сприяння реінтеграції правопорушників у суспільство. Служба пробації провадить насамперед профілактичну роботу, спрямовану на попередження злочинів. Однією з функцій служби пробації при притягненні правопорушників до відповідальності є проведення соціального розслідування для того, щоб з'ясувати, хто і як впливає на правопорушника у найближчому соціальному оточенні, охопити коло його знайомих, стосунків у сім'ї, спосіб життя, уподобання, потреби, ступінь моральної занедбаності, можливість виконувати покладені на нього соціальні обов'язки, готовність відшкодувати потерпілому завдані збитки тощо. Після з'ясування ситуації та аналізу проблем, які привели цю особу до правопорушення, служба пробації подає до суду свої висновки про можливість чи неможливість застосування до правопорушників громадських санкцій замість покарання та про бажання правопорушника в подальшому співпарцювати з службою пробації. Якщо суд застосує будь-яку із громадських санкцій, то реалізувати її доведеться тій же службі пробації. Отже, служба пробації опікується не тільки особами, що перебувають під слідством чи судом, а й реалізує ті чи інші громадські санкції, переймається проблемами зайнятості правопорушників, які перебувають на обліку у центрі пробації, організує в разі необхідності їх освітню та професійну підготовку і навіть дозвілля. Як приклад доцільності саме такої діяльності служби пробації нас було поінформовано про те, що одному з молодих правопорушників цією службою було надано можливість втілити його мрію про поїздку до США. При цьому служба пробації насамперед відстоює інтереси суспільства, яке має право очікувати, що громадські санкції та заходи як відповідна та

виправдана реакція на правопорушення будуть ефективно застосовані. За висновками попередньо проведеного соціального розслідування службою пробації до правопорушників висуваються психологічно важкі вимоги самим боротися зі своєю кримінальною поведінкою та її результатами. Діяльність служби пробації спрямована на зміну поведінки правопорушника таким чином, щоб зменшити вірогідність вчинення ним повторних правопорушень. Цей процес ґрунтується на стимуляції мотивації як системи внутрішніх чинників, що викликають та спрямовують поведінку правопорушників до співпраці в період нагляду, інформуванні їх про обов'язок виконувати вимоги служби пробації і разом з тим надання людям підтримки, наприклад, шляхом залучення до групових програм, які здатні позитивно вплинути на поведінку, наданні можливості до доступу до таких ресурсів у суспільстві, які можуть сприяти подоланню особистих труднощів.

Необхідно також підкреслити, що у шведському суспільстві пропагується підхід до правопорушників як до осіб, що потрапили в халепу і потребують допомоги від громадськості.

Серед громадських санкцій, що застосовуються у Швеції, є припис про пробацію, який вимагає від правопорушника бути під опікою закріпленого за ним офіцера пробації; додержуватися всіх умов пробації; утримуватися від будь-яких порушень громадського порядку; мати зразкову поведінку; займатися суспільно-корисною працею; не цуратися тісних стосунків із офіцером пробації; брати участь у співбесідах з ним; відвідувати центр пробації та приймати офіцера служби пробації у себе вдома; надавати інформацію про зміну місця роботи і проживання. Пробація передбачає нагляд за правопорушником протягом трьох років, хоча зазвичай строк нагляду закінчується вже через рік. Для «клієнтів», які зловживали алкоголем або ж приймали наркотики, припис про пробацію передбачає застосування спеціальної програми поведіння, так званого «нагляду за контрактом». Ця спеціальна форма пробації може бути застосована за згодою правопорушника пройти лікування від тієї чи іншої форми залежності за раніше розробленим планом, підготовленим службою пробації. Слід зауважити, що ненасильницькі методи поведіння із правопорушниками у Швеції ґрунтуються на тезі, що застосування сили та загрози мають незначний і короткотерміновий вплив на поведінку правопорушника, а для досягнення довготривалих змін у поведінці необхідна його повна і мотивована згода та виключення можливості ризику заподіяння фізичної або ментальної травми. У Швеції ретельно втілюється у

життя правило, щоб застосування громадських санкцій і заходів не викликало у «клієнтів» роздратування й не порушувались особисті права та гідність правопорушників і членів їх сімей.

У центрах пробації «клієнти» задіяні у різноманітних програмах, які в підсумку спрямовані на їх підготовку до правослухняної поведінки. Ці програми передбачають індивідуальні консультації по вирішенню соціальних та економічних проблем правопорушників, групову роботу з ними, формування навичок керувати своїми емоціями, поведінкою, піклуватися про своє фізичне та психічне здоров'я, прищеплення вміння спілкуватися з оточуючими їх людьми, готовність відшкодувати заподіяну шкоду, надати допомогу та примиритися з потерпілим.

Однією з спеціальних форм пробації у Швеції є залучення за рішенням суду правопорушників до громадських робіт. У правопорушника, до якого застосовано цю громадську санкцію, виникає зобов'язання (до речі, за його згодою) безоплатно вечорами або ж у вихідні дні відпрацювати на користь суспільства (громадських організацій, церкви, комуни тощо) від 40 до 240 годин. Громадські роботи у Швеції застосовувались експериментально з 1993 р., а з 1999 р. їх запроваджено повсюдно у Королівстві як одну з громадських санкцій, що пройшла перевірку практикою її застосування. Разом з тим зараз є два різновиди громадських робіт: одні у поєднанні з пробацією, інші — з умовним засудженням. При другому різновиді громадських робіт поведінка правопорушника службою пробації не контролюється — особа лише зобов'язана відпрацювати ту кількість годин, що визначена вироком суду. Громадські роботи застосовуються як альтернатива можливому тюремному ув'язненню строком до одного року. Цю громадську санкцію може бути замінено позбавленням волі, якщо правопорушник не виконує доведений до нього план робіт, у разі вчинення у цей період нових правопорушень, при нез'явленні на місце роботи, у разі встановлення, що засуджений вживав алкоголь чи наркотики.

Ще одним різновидом громадських санкцій, що застосовуються з 1993 р. до правопорушників службою пробації Швеції, є електронний контроль, який можливо застосовувати до осіб, що можуть бути засуджені до позбавлення волі на строк до трьох місяців. Застосування електронного контролю обумовлено кількома вимогами: «клієнт» повинен мати своє помешкання, в якому має бути встановлено телефон; правопорушник повинен працювати або ж навчатися; покривати зі своїх доходів витрати на здійснення електронного моніторингу в сумі 70 крон на добу. За згодою правопоруш-

ника та членів його сім'ї до нього може бути застосовано електронний контроль, який здійснюється у його помешканні до моменту виходу з дому на роботу чи навчання у визначені службою пробації години та по прибутті додому, що фактично перетворює його на домашній арешт. У години, коли правопорушник перебуває на роботі, за ним здійснює нагляд спеціальна «контактна особа», підібрана для цього службою пробації. Електронний контроль за місцем перебування клієнта здійснюється за допомогою браслета, який надягається йому на ногу і передає радіосигнали через спеціальний пристрій, встановлений у помешканні «клієнта», на комп'ютер у центрі пробації. Знімати браслет «клієнт» права не має, крім того він повинен не вживати алкоголь та наркотики. Згідно з програмою, розробленою стосовно кожного правопорушника, до якого застосовано електронний контроль, ці особи зобов'язані також відвідувати центр пробації, брати участь у індивідуальних та групових формах роботи з «клієнтами», які проводять офіцери служби пробації, здавати аналізи на предмет вживання наркотиків чи алкоголю, дозволяти офіцерам служби пробації відвідувати свої домівки.

Практика діяльності Служби тюрем і пробації Швеції знає й деякі інші форми поведження із засудженими, коли, наприклад, пробація доповнює покарання або коли одна громадська санкція комбінується з іншою, що дозволяє забезпечити індивідуальний підхід до кожного правопорушника, тобто, як це сказано в Європейських правилах щодо громадських санкцій та заходів, досягнення відповідності між правопорушенням і покаранням із урахуванням особи і можливостей правопорушника нести соціальну відповідальність.

Насамкінець необхідно дійти висновку, що діяльність Служби тюрем і пробації Швеції дійсно може бути взірцем по втіленню у життя міжнародних стандартів поведження із засудженими.

Надійшла до редколегії 25.01.03

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В. Рубаник, доцент НЮА України

Врегулювання відносин власності у Київській Русі в період до Руської Правди — у договорах з Візантією

Наприкінці IX — на початку X ст. на Русі починають особливо даватися взнаки процеси соціально-класового розширення давньоруського суспільства і формування верстви великих власників. Характеризуючи ці явища, Б. Греков писав: «Сейчас мы можем не сомневаться, что все эти знатные и облеченные властью «мужи» были крупными землевладельцами. И, что особенно важно для нас сейчас подчеркнуть, — землевладельцами не со вчерашнего дня, а имеющими свою длительную историю, успевшими окрепнуть в своих вотчинах»¹. Деякі дослідники, поділяючи наведені погляди Б. Грекова, вважали, що це є свідченням існування інституту права приватної власності у Київській Русі періоду договорів із греками, ігноруючи, правда, при цьому точку зору Д. Самоквасова, який спеціально наголошував на тому, що «...в источниках не имеется указаний на существование института частной ... собственности у наших предков эпохи договоров с Греками»². Проте початковими достовірними відомостями про врегулювання відносин власності у Давньоруській державі традиційно вважаються договори Русі з Візантією — 907, 911, 944 і 971 рр. (хоча у договорах Олега містяться й посилання на договір 865 р., тобто, укладений ще Аскольдом³).

Звернення до цих пам'яток та їх аналіз неминуче ставлять питання про рецепцію візантійського права і застосування його приписів і

¹ Греков Б. Д. Генезис феодализма в России // Киевская Русь. — М.; Л., 1953. — С. 524.

² Самоквасов Д. Я. Древнее русское право: Лекции 1902/1903 академического года. — М., 1903. — С. 187.

³ Див.: Рубаник В. Є. Інститут права власності в Україні: Проблеми зародження, становлення й розвитку від найдавніших часів до 1917 року: Історико-правове дослідження. — Х., 2002. — С. 14.

норм на слов'янському ґрунті¹, а також про вплив правових систем інших народів на врегулювання відносин власності у східних слов'ян, з якими вони так чи інакше контактували. Мало хто наважиться сумніватися у тому, що не тільки в історії, а й у догматиці права власності основним питанням перш за все виступає питання про те, в якому співвідношенні знаходяться між собою ті необхідно протилежні принципи, боротьба і примирення яких зумовили таку конструкцію права власності і побудований на ній такий своєрідний порядок спадкування у римському чи німецькому праві: йдеться про співвідношення і боротьбу принципу суб'єктивної сваволі (*testamentum*) і принципу, на якому ґрунтується спадкування в силу родинних зв'язків (спадкування за законом). Ще Г. Ганс у праці «*Das Ebrecht in der weltgeschichtlicher Entwicklung*» розглядав розвиток права власності у різних народів переважно з точки зору боротьби і взаємного співвідношення зазначених двох принципів. Подібна думка є панівною і в роботі Ф. Лассалля «*System der erworbenen Rechte*. — Bd. II». У переважній же більшості вітчизняних досліджень справа уявлялася так, неначебто від найдавніших часів у руському праві ніякої боротьби цих принципів не існувало і не могло існувати, і буцімто вже на перших порах, а саме у договорах Русі з греками, був цілком визначений і освячений принцип суб'єктивної сваволі, і йому віддана повна перевага над принципом родового зв'язку — як принципу юридичної необхідності. Очевидно, це не повною мірою відповідає дійсності, і ми спробуємо це обґрунтувати.

Більша частина уявлень про право власності і його зміст, відображених у договорах Русі з Візантією 907, 911, 944, 971 рр., ґрунтується на аналізі норм про спадкування майна русичів, і саме на дослідженні цього аспекту майнових відносин зосереджувалася увага науковців. Ще С. Каштанов довів, що умови договорів вироблялися спільно руською і візантійською сторонами відповідно до інструкцій своїх правителів, але на базі візантійської канцелярської практики, особливостями якої й пояснюється архітектоніка тих текстів, які дійшли до нас². І. Губе³, І. Беляев⁴ вбачали у цих і на-

¹ На цих проблемах спеціально акцентував увагу Є. Харитонов. (див.: Харитонов Є. О. Історія приватного права Європи: Східна традиція. — Одеса, 2000. — С. 180–187).

² Див.: Каштанов С. М. О процедуре заключения договоров между Византией и Русью в X в. // Феодальная Россия во всемирно-историческом процессе. — М., 1972. — С. 215.

³ Див.: Губе И. История древнего наследственного права у славян // Сборник исторических и статистических сведений о России и народах, ей единовременных и единоплеменных. — Т. I. — М., 1845. — С. 97.

⁴ Див.: Беляев И. Д. О наследстве без завещания. — М., 1858. — С. 8.

ступних договорах Русі з греками «начало чисто русского закона о наследованіи». З такою точкою зору не погоджувалися К. Кавелін¹, К. Неволін², П. Цитович³, В. Нікольський⁴. Зокрема, В. Нікольський стосовно тези І. Беляєва зауважував, що «...г. Беляєв сильно грешить и противъ значенія договора Олега, смешивая участвовавшія въ немъ народності, и противъ Духа времени, занося несвойственныя ему понятія и представленія», і що «въ разсматриваемое время, ни у руссовъ, ни у славянъ наследственного права въ томъ виде, какъ предполагаетъ его Беляєв, быть не могло и не было»⁵.

У наступний період М. Корнеєва-Петрулан висловила припущення, згідно з яким списки договорів Русі з Візантією мали не юридичне, а символічне значення, представляючи верховних правителів країн, між якими укладався договір, і слугували свідченням їх особистої вірності договору⁶. Іншої точки зору дотримувався Р. Хачатуров, зазначаючи, що «...рассматриваемые договоры не только юридически оформили, но и оказали активное влияние на международные отношения между Древнерусским государством и империей»⁷. В. Гончаренко ж вважає, що русько-візантійські договори 911, 944 і 971 рр. є лише «цінним джерелом для усвідомлення історії розвитку права Київської Русі», у них тільки «відбиті норми візантійського й давньоруського права», «значна увага в них приділялася регулюванню торговельних відносин, визначенню прав, якими користувалися руські купці у Візантії», вони «фіксують правове становище і привілеї феодалів»⁸. Як здається, з останніми твердженнями можна погодитися далеко не повністю.

¹ Див.: *Кавелин К. Д.* Взгляд на историческое развитие русского порядка наследования и сопоставление теперешнего русского законодательства об этом предмете с римским, французским и прусским. — СПб., 1860.

² Див.: *Неволин К. А.* Полное собрание сочинений. — Т. 5. История российских гражданских законов. — Ч. 3. Кн. 2. Об имуществах. — Разд. 3. О правах на действия лиц; Разд. 4. О наследстве. — СПб., 1858.

³ Див.: *Цитович П. П.* Исходные моменты в истории русского права наследования. — Х., 1870.

⁴ Див.: *Никольский В. Н.* О началах наследования в древнейшем русском праве. — М., 1859.

⁵ Там само. — С. 215, 219.

⁶ Див.: *Корнеева-Петрулан М. И.* К изучению состава и языка договоров русских с греками // Ученые записки МГУ. — М., 1952. — Вып. 150. — С. 274–275.

⁷ *Хачатуров Р. Л.* Становление права. — Тбилиси, 1988. — С. 105.

⁸ *Історія держави і права України: Підручник: У 2 т. — Т. 1. — К., 2000. — С. 73.*

Звернення до тексту договору 911 р., який по суті є доповненням і розвитком договору 907 р., дозволяє віднайти у ньому три статті, з приводу яких є можливим вести мову як про майнові відносини взагалі, так і про відносини власності і спадкування в період до Руської Правди: 1. «Аще кто умреть, не урядивъ своего имения, ци своихъ не имать, да возвратитъ имение к малымъ ближникамъ в Русь». 2. «Аще ли сотворитъ обряженіе, да таковой возьметъ уряженное его, да наследитъ ю отъ взымающихъ куплю Руси, отъ различныхъ ходящихъ въ греки и должаяущихъ». 3. «Аще ли убежитъ сотворившій убійство, да аще ли есть имовитъ, да часть его, сиречь иже его будетъ по закону, да возьметъ ближній убиеннаго, а и жена убившаго, даимать, толицемъ же пребудеть по закону»¹. На підставі цих статей було створено цілісну й достатньо повну систему руського права спадкування, про яку, втім, як зауважував П. Цитович, «...нет и помину во все время отъ договора съ греками до Русской Правды последней редакцій, т. е., около трёхъ столетій»².

Згідно з цією системою поглядів вирізнялися чотири принципові моменти: 1) начебто договір Олега знає і проводить різницю між спадкуванням за заповітом і за законом, надаючи перевагу першому; 2) що у договорах остаточно утвердилася та догма, що до спадкування закликалися лише спадкоємці, які визначалися на сімейних началах, — звідси виводилося твердження про сімейний громадський побут слов'ян; 3) що той, хто помирав, не був нічим обмежений у своїх передсмертних розпорядженнях щодо належного йому майна; звідси випливало, що суб'єктивна воля визнавалася безмежною і безумовною; 4) що визнавалася певна частка у майні, яка в обов'язковому порядку належала до спадкування дружиною померлого, а також недоторканність її приданого, а може — й віна.

«Едва ли хотя одно изъ этихъ положеній, — писав П. Цитович, — имеетъ подъ собою прочную основу, едва ли хотя одно изъ нихъ не *concludit a precario*, и мы съ такимъ же правомъ можемъ утверждать, что приведенныя статьи договора разве дають поводъ поговорить о наследованіи, а никакъ не дають указаній, по которымъ бы можно было хотя приблизительно возсоздать это наследованіе въ томъ виде, въ какомъ оно существовало въ разсматриваемую эпоху»³. А В. Нікольський зазначав, що «въ договоре Олега съ грека-

¹ Див.: *Владимирский-Буданов М. Ф.* Хрестоматия по истории русского права. — Вып. 1. — Изд. 4-е. — СПб., 1889. — С. 19–20.

² *Цитович П. П.* Вказ. праця. — С. 12.

³ Там само. — С. 13.

ми впродовж сього дня не в тому, хто наслідуеть по законамъ крови ..., а в тому, якъ распорядиться имуществомъ, если умерший не имелъ при себе родственниковъ»¹.

Зроблені нами спроби синтезу існуючих варіантів перекладу цих статей дають таке: 1. Якщо хтось із тих, хто працює (перебуває на службі) в Греції, у християнського царя, помре, не зробивши розпоряджень щодо свого майна, і не буде при ньому нікого із своїх, то цар зобов'язаний повернути у Русь близьким померлого. 2. Якщо помираючий зробить розпорядження, тоді той візьме майно, кому воно повинне бути передане згідно з розпорядженням померлого, а спадкує той, хто записаний спадкоємцем, і отримає спадщину через тих, хто торгує у Греції і має майнові справи там.

Отже, виходить, що обидві статті мають перед собою такий випадок: русин помирає у Греції, не маючи при собі нікого зі своїх, — хто б не розумівся під цими «своїми». Зауважимо, що подібне траплялося дуже часто з тими шукачами пригод, які з Русі вирушали на службу до Візантії. Зрозуміло, виникало питання: як при цьому чинити з майном померлого? Майно це вважалося майном варвара, і за візантійським правом мало належати претензіям візантійського фіска. Це суперечило інтересам русичів, і їм для захисту своїх майнових прав належало вжити якихось заходів — і саме такі заходи й були вжиті договором Олега. В. Нікольський, який докладніше за інших авторів розглядав проблеми спадкування майна у договорах Русі з греками, зокрема писав: «Вопросъ для Олега настояль только относительно руссовъ, служившихъ у християнского царя, которые необходимо делались временными его подданными. Для этого Олегъ вводитъ въ свой договоръ обычное севернымъ народамъ постановленіе ... но которое подъ вліяніемъ византійскихъ понятій и языка получило видъ узаконенія о наследстве по закону и завещанію»².

Розкриваючи причини появи такої статті у договорі Олега, В. Нікольський зазначав, що «...существо требованій руссовъ состояло по отношенію къ Греції въ томъ, чтобы имущество русса, умершаго безъ родственниковъ въ Греції, было доставлено его наследникамъ посредствомъ взимающихъ куплю, Руси, отъ различныхъ ходящихъ въ Грецію и должующихъ ... Это простое требованіе греки, которые рассматривали оставшееся имущество какъ наследство, и выразили въ правильной юридической форме по двумъ

¹ *Нікольський В. Н.* Вказ. праця. — С. 211.

² Там само. — С. 222. — Прим. 1.

способамь наследованія: по закону и по завещанію, что чувствуется въ самомъ языке, такъ-какъ статья эта есть буквальный переводъ греческаго подлинника, который самъ собою явно читается между строками»¹. «Договоры, — відзначав М. Лавровський, — писались греками, какъ народомъ грамотнымъ, потомъ были переведены на славянскій языкъ ... У славян не только не было выражений, но даже понятій о многихъ изъ техъ предметовъ, о которыхъ пришлось варягамъ толковать с греками»².

Звідси, очевидно, слід вважати, що один і той же вираз для греків, варягів і слов'ян міг мати зовсім різний смисл і значення, оскільки кожний народ розумів його за своїми уявленнями і згідно зі своїм власним побутом. Тобто, поділяючи точку зору П. Цитовича, можна зауважити, що «...буквальному смыслу ... договорів отнюдь не должно доверять, если бы даже они и были разобраны филологически, но принимаютъ каждое ихъ положеніе следует не иначе, какъ только по соображенію съ общимъ бытомъ и характеромъ того и другого народа»³. Не слід, мабуть, залишати поза увагою і той суттєвий момент, що списки цих договорів з'являються не раніше XIV—XV ст., і що спершу мова їх написання була церковнослов'янська, а руською мовою тексти договорів було викладено тільки наступними переписувачами.

Характерним для договору 911 р. є й те, що наведені статті стосуються лише варягів, які знаходилися на службі у Візантії; інших же осіб, які потрапляли до Візантії за інших підстав, — наприклад, при веденні торгівлі, — договір Олега зовсім не стосується: ці особи не ставали тимчасовими підданими Візантії і стосовно них порядок спадкування майна виглядав інакше. Майно, яке залишалося після того із іноземців, хто помирив у Візантії без родичів, перш за все діставалося його єдиноземцям, товаришам, котрі затим передавали його при першій же можливості законним спадкоємцям померлого⁴. Якщо ж єдиноземців не виявлялося, то до отримання такого майна закликалися місцеві жителі, котрі зобов'язані були оцінити це майно, зберігати, отримуючи за зберігання *Proventus*, доходи від майна, і, нарешті, повернути законним спадкоємцям, якщо такі віднайдуться. Така видача майна, як зауважував В. Нікольський,

¹ Нікольський В. Н. Вказ. праця. — С. 223. — Прим. 1; С. 224.

² Див.: Лавровський Н. Н. О византийском элементе в языках договоров русских с греками. — СПб., 1853. — С. 76—77.

³ Див.: Цитович П. П. Вказ. праця. — С. 15.

⁴ Див.: Мишулин А. В. Древние славяне и судьбы Восточноримской империи // Вестник древней истории. — М., 1939. — №1(6). — С. 306.

була зумовлена з'явленням самих спадкоємців, і здійснювалася не для всіх народів однаково сприятливо, будучи залежною від того, в яких відносинах із ними перебувала Візантія¹.

Таким чином, очевидно можна констатувати, що стаття «Аще кто умреть...» виникла не зі звичаїв чи законів про спадкування того чи іншого народу, який вступив у договір, але із обставин часу, з того особливого, виняткового становища, в якому перебували руси, котрі служили в Греції. Як зазначав у зв'язку з цим В. Нікольський, «...здесь прежде всего имеется въ виду не наследство (наследование?), а *сохранение*, сбережение и доставление по принадлежности имущества умершаго на чужой стороне, — обыкновеннымъ правиламъ наследования здесь не было места. Постановления эти установлены именно на тотъ случай, когда обыкновенный порядокъ наследования не могъ быть приложенъ»².

Якщо це все так, то очевидно, що обидві охарактеризовані статті якщо стосуються спадкування, то лише як визначення, які мають охоронні властивості, а не як приписи матеріального порядку: вони зовсім не мають на меті визначити відношення спадкування за заповітом до спадкування за законом чи встановити коло осіб, які закликаються до спадкування, і порядок їх допущення. Ці статті договору Олега встановлюють виключний порядок збереження майна осіб військового (служилого) стану, які померли на чужині за відсутності їх родичів.

У договорі, однак, згадуються «ближники» — у різних списках і перекладах «малые» або «милые». І. Беляєв вважав, що «...подъ «малыми ближниками», по соображенію съ последующимъ законодательствомъ, преимущественно съ Русскою Правдой, нужно разуметь лишь однихъ нисходящихъ, и именно — ближайшихъ, т. е. детей и внуковъ», а «...наследниками по русскому закону X ст. признавались только нисходящие, дети, внуки и правнуки, и отнюдь не все родство»¹. Однак, В. Нікольський, заперечуючи І. Беляєву, зазначав, що він «...напрасно ..., увлекшись сомнительнымъ словомъ «малые» или «милые ближники», установилъ свою систему наследования у славянъ въ это время въ одной нисходящей линіи; и между боковымъ родствомъ могутъ быть малые и милые»². «Слова «свои», «малые» или «милые» ближники, — писав П. Цитович, — есть буквальный переводъ византийскихъ техническихъ выражений — sui,

¹ Див.: *Никольский В. Н.* Вказ. праця. — С. 221–222.

² Там само. — С. 211.

³ Див.: *Беляев И. Д.* Вказ. праця. — С. 10, 11.

⁴ Див.: *Никольский В. Н.* Вказ. праця. — С. 95.

propingui, proximi»¹. А на думку В. Нікольського, «...по отношенію къ руссамъ эти выраженія не могли иметь никакого определеннаго значенія... Но если бы даже и принять, что съ выраженіями этими и для руссовъ связаны были определенные представленія о родстве, то малые или милые ближники все-таки не могут означать детей умершего, ибо какъ латинскіе выраженія *propingui, proximi, proximiores propingui, propinguitate proximi*, такъ и наши ближніе, по общепринятому ихъ значенію, означають дальнѣйшихъ боковыхъ родственниковъ, въ противоположность ближайшимъ нисходящимъ»².

Проводячи аналогію з постановами Руської Правди стосовно надання нею права здійснення кривавої помсти, В. М. Нікольський³ і К. Неволін⁴ визначали і саме коло «ближників». Однак, на нашу думку, навряд чи таку аналогію можна вважати не тільки вірогідною, а й просто допустимою. Як відомо, у Короткій Правді родичі, які мають помститися за вбитого, перелічуються в такому порядку: 1) брат; 2) син; 3) батько; 4) племінник від брата; 5) племінник від сестри. Якщо взяти до уваги, що в такому ж порядку вони і спадкували, то залишається незрозумілим, на яких підставах батько міг спадкувати після брата і сина. Це не співвідноситься ні з якими відомими до цього часу іншими порядками спадкування: за жодним із них син не усував від спадкування батька. К. Кавелін відзначав, що «...Русская Правда вовсе не указываетъ на порядокъ, въ которомъ право мести переходитъ отъ одного лица къ другому. Она говоритъ, что мститъ за брата братъ, или за отца сынъ, либо за сына отецъ, или за дядю племянникъ отъ брата, либо за дядю племянникъ отъ сестры. Стало быть, исчисляется только, *кто за кого можетъ мститъ*, и не показано, *кто после кого*»⁵. Як здається, навіть саме це перелічення не є повним, оскільки якщо за батька помщається син, а за сина батько, то чому б, — при дозволі племінникові помщатися за дядька, — дядько не мав права помщатися за племінника? Однак про це у Руській Правді нічого не сказано. З іншого боку, в постановах Руської Правди щодо помсти можливим є вбачати намагання законодавця обмежити коло осіб, яким надавалося право помсти. Стосовно ж відшукання і у Руській Правді і у передуючих їй договорах Русі з Візантією прагнення законодавця до обмеження подібним шляхом кола спадкоємців,

¹ Цитович П. П. Вказ. праця. — С. 18.

² Нікольський В. Н. Вказ. праця. — С. 224–225, прим. 1.

³ Див.: Там само. — С. 245.

⁴ Див.: Неволін К. А. Вказ. праця. — С. 286, 334.

⁵ Кавелін К. Д. Вказ. праця. — С. 16.

⁶ Цитович П. П. Вказ. праця. — С. 19.

то шукати таке намагання було б, за висловом П. Цитовича, «совершенно произвольным»¹, оскільки з плином часу, як це відмічав О. Куницин, «...кругъ лицъ, призываемыхъ къ наследованію, расширился, а не суживался».

З викладеного випливає, що договори Русі з Візантією в історії руського права власності можуть розглядатися лише із значними застереженнями, — переважно як пам'ятки, котрими встановлюється порядок охорони і доставляння за належністю майна, що залишилося після померлого у Візантії служилого варяга, і ніяк при цьому не визначаються якась система, загальний порядок спадкування. Не вказує на будь-який порядок закликання до спадкування і використання слів «малые» чи «милые ближники», а також невизначеність із тим, що саме належить до майна дружини, яке «залишається недоторканим» після того, як «лижній убієннаго» візьме собі «іменіє» її чоловіка-злочинця. Уже тільки з цього випливає, що постановами договорів не можна користуватися для будь-яких висновків щодо встановлення системи спадкування у Русі X ст., навіть якщо і припустити, що за своїми цілями і способом свого виникнення ці договори були пам'ятками такого роду, що могли містити у собі визначення руського позитивного права².

На наш погляд, за договорами Русі з Візантією важко визнати навіть характер і значення такої пам'ятки, яка могла б містити норми руського позитивного права. По-перше, це договори, а договір — це зовсім не законодавча чи взагалі юридична пам'ятка внутрішнього походження. По-друге, договори ці є угодами представників двох народів, а відтак, не позбавлені впливу візантійського і скандинавського права. По-третє, мета договору (у крайньому разі, в тих статтях, де йдеться про спадкування) полягає у виводі русичів з-під постанов візантійського законодавства стосовно прав фіска на *caduca*. Тому „...die erbrechtlichen Bestimmungen des Tractates (erscheinen) nur als eine singuläre durch die dringende Umstände gegenüber dem Rechte der griechischen Fiscus veranlasste Massregel, die noch nicht als Norm zu gelten vermag»³.

¹ Куницин А. О правах наследства лиц женского пола: Речь в Харьковском университете. — Х., 1844. — С. 87.

² Див.: Цитович П. П. Вказ. праця. — С. 21.

³ Witte F. Ein Blick auf die geschichtl. Entwicklung die älter russische Erbrechts, bis zum Gesetzbuche der Zaren Alexei Michailovitsch. — SPb., 1848. — S. 26. [«Ті визначення (положення) договорів, які стосуються спадкового права, можуть розглядатися лише як такі, що зумовлюються невідкладними обставинами стосовно обмеження права грецького фіска [на майно русина], а тому ще не можуть набувати значення норми». — Переклад наш. — В. Р.]

Навряд чи можна погоджуватися і з оцінкою договорів Русі з Візантією для розвитку права власності взагалі і спадкового права зокрема, яку їм давав Н. Дювернуа, зазначаючи, що «...договори князей съ греками имеют то значеніе, что въ нихъ въ первый разъ твердо и на письме установлены были нормы, по которымъ творится судъ. Такое явленіе могло служить прецедентомъ для другихъ подобныхъ же явленій внутри слагающагося государства. ... Это первый и очень важный проблескъ особой отъ суда деятельности власти, направленной къ точнейшему определению права, прежде чѣмъ оно нарушено»¹. Як свідчать численні дослідження цього питання, у Візантії (а саме Візантія виступала основною територією застосування договорів) суд і влада, «направленные къ точнейшему определению права, прежде чѣмъ оно нарушено», були розмежовані вже задовго до укладення договорів з Руссю. Для самої ж Русі навряд чи можна вважати договори за ту причину, яка призвела до такого розмежування надалі. Як прецедент для письмового формулювання внутрішнього руського права договори теж навряд чи могли мати яке-небудь визначальне значення — для цього вони, як відзначав П. Цитович, «стояли слишкомъ въ стороне отъ общаго хода русскаго юридическаго развитія»².

Таким чином, аналіз як самих постанов договорів Русі з греками, так і висловлюваних у науці точок зору стосовно їх оцінки щодо можливості використання для вивчення історії права власності дозволяє стверджувати, що аж ніяк не є можливим вести цю історію від зазначених договорів: по-перше, вона не може починатися десь за межами руської землі, оскільки, як відомо, територією дії цих договорів виступала перш за все Візантія; по-друге, пам'ятки ці не є документами власне руського права, і тому той факт, що в деяких із постанов договорів містяться приписи щодо спадкування майна, може виступати лише приводом, але аж ніяк не матеріалом для того, щоб робити які-небудь припущення чи здогади про порядок розпорядження майном у русичів до Руської Правди.

Вилучаючи на цих підставах договори Русі з Візантією з історії руського права власності (чи хоча б, принаймні, утримуючись від будь-яких далекосяжних висновків на їх підставі), вважаємо, що початковим етапом у правовому врегулюванні відносин власності на Русі виступила саме Руська Правда, приписами якої і було вперше

¹ Дювернуа Н. Источники права и суд в древней России. — М., 1869. — С. 31.

² Цитович П. П. Вказ. праця. — С. 23.

зафіксовано існуючий у східних слов'ян за їх звичаями та юридичними традиціями порядок врегулювання майнових відносин разом із новелами, привнесеними туди законодавчою діяльністю князівської влади і судовою практикою світського і церковного суду.

Надійшла до редколегії 15.03.03

А. Козаченко, кандидат юридичних наук (Полтавський факультет НЮА України)

Злочини і покарання в Україні-Гетьманщині за універсалами Богдана Хмельницького (1648–1657 роки)

Дослідження правової системи Української держави другої половини XVII–XVIII ст. є важливим напрямом у історії держави і права України. Результатом плідної наукової роботи вітчизняних учених у складі Комісії для вивчення українського права, котра діяла при ВУАН УСРР у 20-ті роки минулого століття, стали перші фундаментальні праці з даної проблеми. Останнім часом право України-Гетьманщини і, зокрема, козацьке право досліджували І. Бойко¹, І. Грозовський², О. Гуржій³, В. Єрмолаєв⁴, О. Зайцев⁵, В. Кульчицький⁶, І. Сафронова⁷, А. Ткач⁷ та інші історики права. Праці названих науковців містять характеристику правових джерел, основних галузей та інститутів права, дають визначення правових категорій і термінів цього історичного періоду, тому їх розробки склали теоретичну та методологічну базу даної публікації.

¹ Див.: *Бойко І. Й.* Держава і право Гетьманщини. — Львів, 2000.

² Див.: *Грозовський І. М.* Право Нової Січі (1734–1775). — Х., 2000.

³ Див.: *Гуржій О. І.* Право в Українській козацькій державі: друга половина XVII–XVIII ст. — К., 1994; *Його ж.* Українська козацька держава в другій половині XVII–XVIII ст.: кордони, населення, право. — К., 1996.

⁴ Див.: *Єрмолаєв В. М.* Про об'єкт державного злочину в «Правах, по котрим судится малоросійський народ» // Вісник Академії Правових Наук України. — 1997. — № 3. — С. 101–106.

⁵ Див.: *Сафронова І. П., Зайцев Л. А.* Історія государства и права Украины. — К., 1993. — Вып. 3.

⁶ Див.: *Кульчицький В. С.* Кодекс Українського права 1743 р. // Право України. — 1994. — № 9. — С. 28–29.

⁷ Див.: *Ткач А. П.* Право України. — К.; Хмельницький, 1992.

На особливу увагу заслуговує вивчення українського права другої половини XVII ст., оскільки саме на цей час припадає процес становлення національної державно-правової системи України. Однак за браком історичних джерел вказаний період все ще залишається недостатньо опрацьованим. Істориками-правознавцями до останнього часу не проводилося детальних досліджень права України-Гетьманщини на основі гетьманських універсалів, що говорить на користь актуальності такого напряму наукового пошуку.

Універсали гетьмана Богдана Хмельницького є важливим правовим джерелом, яке дає можливість проаналізувати процес формування кримінального права Української держави в середині XVII ст., адже переважна більшість універсалів, незалежно від свого основного змісту, вказують на певний злочин як суспільно небезпечне діяння або бездіяльність та можливе покарання за вчинене. Крім цього, кримінальне право в період становлення держави, на нашу думку, найбільше, порівняно з іншими галузями права, зберегло національну самобутність. Про це свідчить хоча б той факт, що у гетьманських універсалах, які містять кримінально-правові норми, немає жодного посилання на Литовські статuti — основне джерело кримінального права польсько-литовського періоду. Тому саме ця галузь права заслуговує на першочергове дослідження. Слід також мати на увазі, що науково вивірене, спрямоване на перспективу вдосконалення сучасного кримінального права України потребує урахування історичного досвіду становлення цієї галузі права, адже злочин завжди був і залишається історично мінливим проявом антисоціальної поведінки¹.

У процесі наукової роботи ми ставили перед собою за мету на основі універсалів Богдана Хмельницького провести аналіз кримінально-правових норм Української держави середини XVII ст., зокрема визначити види злочинів, види, міру та мету покарання і на основі цього — загальний рівень розвитку кримінального права.

Кримінально-правові норми гетьманських універсалів спираються на такі правові джерела Української держави — Війська Запорозького: Зборівські статті 1649 р. та привілеї польських королів², а з 1654 р. — Переяславсько-Московські статті та царські грамоти³,

¹ Див.: Кримінальне право України: Загальна частина / За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. — К.; Х., 2001. — С. 63.

² Див.: Універсали Богдана Хмельницького. 1648–1657 / Упорядники І. Крип'якевич, І. Бутич, ред. кол. В. Смолій та ін. — К., 1998. — № 30. — С. 98; № 41. — С. 111.

³ Див.: Полное собрание законов Российской империи. — СПб., 1830. — Т. I. — № 119. — С. 322–329; Універсали ... — № 73. — С. 141–142.

Артикули (статті) Війська Запорозького 1648 р., козацькі військові звичаї та постанови старшинських рад¹.

Досить складним є питання класифікації злочинів за універсалами Б. Хмельницького, адже, як відомо, феодалне право не давало чіткого визначення злочину. Залежно від суб'єкта і об'єкта посягань будь-яке правопорушення могло тягти за собою кримінальну відповідальність і, навпаки, тяжкий злочин міг кваліфікуватися як дрібне правопорушення. Не завжди піддаються класифікації окремі правові казуси або так звані «каучукові диспозиції», що містять такі узагальнюючі терміни, як «сваволя», «кривда», «шкода», «утиски».

Здебільшого диспозиції універсалів вказують на сукупність декількох злочинів.

Отже, враховуючи названі обставини та залежно від об'єкта злочинних посягань, універсали, з нашої точки зору, вказують на такі види злочинів: політичні, військові, проти порядку управління і суду, службові, проти церкви, майнові та господарські злочини, злочини проти особи.

До політичних злочинів слід віднести несанкціоновані генеральним урядом військові дії козацьких підрозділів проти Литовського князівства в лютому 1648 р.² та проти Польщі у травні 1650 р.³, а також можливу протидію козацької старшини та магістратів посольству австрійського імператора Фердинанда III навесні 1657 р.⁴ В універсалах не знаходимо злочинів проти Української держави, хоча добре відомо, що вони мали місце, як, скажімо, державна зрада, антигетьманські повстання, самопроголошення гетьманів⁵.

Основними військовими злочинами, які згадуються в універсалах, були невиконання військового наказу гетьмана⁶, порушення умов постою козацького війська у містах, неправомірне вилучення для військових потреб продуктів харчування і транспортних засобів у міщан⁷, насильство над мирним населенням під час війни⁸.

Характерними злочинами проти порядку управління і суду потрібно вважати відмову виконувати постанови гетьманських уні-

¹ Універсали ... — № 31. — С. 99; № 36. — С. 106; № 39. — С. 110.

² Див.: Універсали ... — № 23. — С. 89–90.

³ Див.: Там само. — № 35. — С. 105.

⁴ Див.: Там само. — № 156. — С. 221–222.

⁵ Див.: *Смолій В. А., Степанков В. С.* Українська державна ідея XVII–XVIII століть: проблеми формування, еволюції, реалізації. — К., 1997. — С. 65.

⁶ Див.: Універсали ... — № 39. — С. 110.

⁷ Див.: Там само. — № 71. — С. 140; № 107. — С. 174.

⁸ Див.: Там само. — № 13. — С. 77; № 15. — С. 79.

версалів, котрі містили адміністративно-правові норми¹, та розпорядження полково-сотенних урядів і магістратів, ухилення від сплати податків².

До службових злочинів слід віднести ігнорування посадовими особами — козацькою старшиною виконання своїх службових обов'язків, перевищення службових повноважень, зловживання службовим становищем. Щонайперше — це неправомірне стягнення податків із селян та міщан³, порушення правил торгівлі⁴, посягання на свободу і власність іноземців⁵, затримка оприлюднення гетьманського універсалу⁶. Досить поширеними на той час були такі службові злочини, як хабарництво та підробка документів, але в універсалах згадок про це немає.

Особливим чином гетьманські універсали захищали права установ православної церкви та духовенства. Саме такого змісту були перші охоронні універсали Б. Хмельницького, прийняті у червні-липні 1648 р.⁷ Злочинами проти церкви було посягання на права та власність монастирів — грабунок і розбій⁸, втручання козацької старшини у внутрішні справи монастирів та привласнення їхнього майна⁹, відмова селян виконувати повинності на користь монастирів¹⁰. Українська держава захищала від злочинних посягань не тільки установи православної — «руської» церкви, а і «римської» та інших релігійних конфесій — «вшелякое религии», про що свідчить універсал, виданий гетьманом у 1656 р. князеві Б. Радзивіллю¹¹.

Численні універсали Б. Хмельницького засвідчують, що одним із найтяжчих і найпоширеніших злочинів у цей період було посягання на приватну власність шляхти і міщан — «своєволя і бунти»

¹ Див.: Універсали... — № 24. — С. 90; № 31. — С. 99.

² Див.: Там само. — № 28. — С. 94; № 112. — С. 179. № 44. — С. 115; № 74. — С. 143.

³ Див.: Там само. — № 66. — С. 134; № 107. — С. 175; № 124. — С. 189; № 136. — С. 205.

⁴ Див.: Універсали ... — № 122. — С. 187; № 154. — С. 220; № 158. — С. 224; № 161. — С. 227.

⁵ Там само. — № 68. — С. 137.

⁶ Там само. — № 39. — С. 110.

⁷ Див.: Там само. — № 13. — С. 76-77; № 14. — С. 77; № 15. — С. 78-79.

⁸ Див.: Там само. — № 13. — С. 76-77; № 15. — С. 78-79.

⁹ Див.: Там само. — № 22. — С. 88; № 27. — С. 93; № 46. — С. 117; № 56. — С. 126.

¹⁰ Див.: Там само. — № 48. — С. 119; № 52. — С. 122; № 86. — С. 154; № 117. — С. 183.

¹¹ Див.: Там само. — № 148. — С. 215.

— антикріпосницькі повстання селян¹, що супроводжувалися грабунками та розбоєм, відмова селян виконувати повинності на користь шляхти², крадіжка майна, привласнення земельних угідь, вилов риби, вирубка лісу, тощо³. У 1656 р., коли набув розмаху процес передачі державних земель — «військових маєтностей» у приватну власність, гетьманом було прийнято низку універсалів про посягання на земельну власність козацької старшини⁴.

Злочини проти особи — посягання на життя, здоров'я, честь і свободу привілейованих станів — в універсалах поєднуються із грабунком та розбоєм і визначаються такими термінами, як «шкода», «кривда», «шарпанина», «сваволя»⁵. В окремих універсалах є згадки про вбивство⁶ — найтяжчий злочин проти особи в усі часи.

Після викладу змісту злочинного діяння універсали вказують на покарання за скоєне. У більшості випадків, незалежно від складу злочину і його тяжкості, гетьман використовував такі формули: «срокге карання», «суворо карати», «карани быти мають». А отже, універсали не вказують на конкретний вид і міру покарання. Гетьман, як правило, лише кваліфікував склад злочину, а право встановлювати конкретне покарання за нього, керуючись відповідними правовими джерелами, делегував полковим, сотенним та магістратським судам⁷.

Окремі універсали вказують на те, що злочинець мав бути арештований і відправлений до гетьмана — «до нас звязати одсилати»⁸ для проведення слідства та розгляду справи особисто гетьманом або генеральним судом.

Близько чверті універсалів, котрі встановлювали покарання за злочини, передбачали смертну кару — «на горле карати», «жестокко казнить», «шибеницею карати»⁹. Смертна кара призначалася за будь-який із перелічених злочинів. Як правило, вона застосовува-

¹ Див.: Універсали ... — № 18. — С. 84; № 19. — С. 85; № 43. — С. 113–114.

² Див.: Там само. — № 20. — С. 85–86; № 55. — С. 125.

³ Див.: Там само. — № 21. — С. 86–87; № 38. — С. 108; № 41. — С. 111; № 59. — С. 128.

⁴ Див.: Універсали ... — № 121. — С. 186–187; № 129. — С. 194; № 140. — С. 208–209; № 142. — С. 210; № 159. — С. 224–225; № 163. — С. 228; № 164. — С. 229.

⁵ Див.: Там само. — № 18а. — С. 83–84; № 36. — С. 106; № 60. — С. 129.

⁶ Див.: Там само. — № 15. — С. 78; № 18. — С. 83.

⁷ Див.: *Єрмолаєв В. М., Козаченко А. І.* Органи влади і управління Української держави (друга половина XVII–XVIII ст.). — Х., 2002. — С. 28.

⁸ Див.: Універсали ... — № 81. — С. 149.

⁹ Див.: Там само. — № 21. — С. 87; № 31. — С. 99; № 59. — С. 128.

лася до селян, простих козаків і козацької старшини. При цьому слід зазначити, що порівняно з іншими європейськими країнами кримінальне право України-Гетьманщини не відзначалося особливою жорстокістю покарань. У період панування феодально-абсолютистського ладу та перших буржуазних революцій прилюдна кваліфікована смертна кара у країнах Європи передбачалась за значну частину злочинів і була звичним явищем.

В окремих випадках за посягання на власність монастирів універсали Б. Хмельницького передбачали штраф, котрий спрямовувався на відшкодування матеріальних збитків, завданих потерпілому, або надходив до державної казни. Так, відповідно до гетьманського універсалу за посягання на майно Межигірського монастиря у 1650 р. злочинець «караний будет сурово и приплатит»¹. За крадіжку майна, руйнування греблі та млина Крупницького монастиря універсалом за 1656 р. передбачався штраф у розмірі «1000 коп до скарбу войскового»². Того ж року за посягання на майно Михайлівського монастиря гетьман встановив штраф «до шкатулки войскової талерей сто»³.

Загалом, такий вид покарання, як штраф, у гетьманських універсалах трапляється вкрай рідко, виключно у випадках заподіяння потерпілому матеріальних збитків. Це говорить на користь пріоритету принципів козацького права, для якого розвиток майнових покарань не був характерним, тоді коли Литовські статuti передбачали штрафні санкції не тільки за заподіяння матеріальної шкоди, а і за вбивство та тілесні ушкодження⁴. Універсали взагалі не встановлюють головщину — штраф, який за Литовськими статутами злочинець мав сплачувати сім'ї потерпілого на відшкодування моральних і матеріальних збитків.

В універсалах є згадки про тюремне ув'язнення, що здебільшого використовувалося не як покарання, а як досудове тримання під вартою. Іноді універсалами передбачалася конфіскація майна злочинця — «и свое потеряешь и головою своею приплатишь»⁵.

Гетьманський універсал, прийнятий у вересні 1654 р., передбачав екстрадицію — передачу царським урядом тих осіб, які вчинили злочини в Україні, а на даний час знаходилися на території Росії.

¹ Див.: Універсали ... — № 49. — С. 119.

² Див.: Там само. — № 120. — С. 186.

³ Див.: Там само. — № 137. — С. 200.

⁴ Див.: Хрестоматія з історії держави і права України. У 2 т./ За ред. В. Д. Гончаренка. — К., 1997. — Т. 1. — С. 126–130.

⁵ Див.: Універсали ... — № 68. — С. 137.

У цьому універсалі йдеться про те, що «своевольники ... в слободы его царского величества за рубеж уходят»¹, а це є свідченням збереження державного кордону між Україною і Росією після укладення Переяславсько-Московської угоди 1654 р.

Отже, покарання посідало основне місце в політиці Української держави середини XVII ст. у боротьбі зі злочинністю. Така політика здійснювалася як за допомогою погрози покарання — «срокго караний будет», «горлом караний будет», так і шляхом його реалізації. Міра покарання далеко не завжди залежала від характеру і тяжкості злочину. Основним критерієм встановлення міри покарання були: станова належність злочинця і потерпілого, вчинення злочину одноособово чи у складі організованої групи, вперше чи повторно (рецидив). У разі вчинення злочину в складі групи міра покарання могла бути рівною для всіх членів злочинної групи. Покарання залежало і від суб'єктивної сторони злочину: умислу чи необережності, мотивів і мети злочину — «водлуг заслуг и учинку своего»².

Мета покарання мала багатогранний характер і включала в себе захист держави та панівних станів від злочинних посягань, кару як відплату за вчинене, попередження вчинення нових злочинів шляхом залякування, відшкодування злочинцем потерпілому завданих збитків.

Таким чином, універсали Богдана Хмельницького свідчать про те, що з утворенням Української держави в середині XVII ст. на основі козацьких звичаїв розпочався процес становлення і розвитку кримінального права України. Характер злочинів і покарань переконливо говорить на користь того, що кримінальне право України розвивалося у загальному контексті європейської правової традиції і одночасно мало власні національні особливості. У процесі творення кримінально-правових норм гетьман та генеральний уряд намагалися орієнтуватися на українські козацькі звичаї і традиції та прагнули мінімізувати вплив литовсько-польського права.

На нашу думку, існують перспективи розширення такого напрямку наукового дослідження. Варто продовжити вивчення окремих галузей та інститутів права України-Гетьманщини другої половини XVII ст. на основі гетьманських універсалів.

Надійшла до редколегії 20.05.03

¹ Див.: Універсали ... — № 85. — С. 153.

² Див.: Там само. — № 153. — С. 219.

Д. Селіхов, викладач Полтавського
факультету НЮА України

Заборона продажу викуплених селянами надільних земель в Україні наприкінці ХІХ ст. та її соціально-економічні наслідки

Утвердження ринкової економіки в умовах сучасної України зустрічає на своєму шляху чимало труднощів як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Навіть через десять років після визнання Верховною Радою України неефективності командно-адміністративної системи продовжують лунати заяви досить впливових в Україні політиків про недопустимість торгівлі землею. Гасло «Треба торгувати хлібом, а не землею» дістало підтримку у значної частини народних депутатів України, що знайшло своє відображення у Земельному кодексі України, прийнятому 25 жовтня 2001 р. Ним, зокрема, передбачена заборона купівлі-продажу сільськогосподарських угідь до 1 січня 2005 р., що означає не що інше, як затягування процесу остаточного утвердження ринкових принципів господарювання в аграрному секторі економіки України щонайменше до 2005 р. І це при тому, що в господарській практиці нашої країни вже був прецедент заборони вільного ринкового товарообігу сільськогосподарських угідь з однозначно негативними соціально-економічними наслідками. Це було відносно недавно, трохи більше століття тому. Вивчення такого досвіду і є метою нашого дослідження.

З різних причин дослідники, що вивчали аграрну проблематику кінця ХІХ — початку ХХ ст., майже не цікавилися цим питанням. Винятком у цьому відношенні є лише стаття Є. Бруснікіна¹, який у 1964 р. проаналізував питання, пов'язані з підготовкою закону від 14 грудня 1893 р. про невідчужуваність селянських надільних земель, тоді як ми маємо на меті з'ясувати переважно його соціально-економічні наслідки у такому специфічному регіоні колишньої Російської імперії, яким була Україна.

Реалізація аграрного законодавства другої половини ХІХ ст. в умовах України, що ґрунтувалося на відомих актах 1861, 1863 та

¹ Див.: Бруснікин Е. М. Подготовка закона 14 декабря 1893 г. о неотчуждаемости крестьянских надельных земель // Учен. зап. Горьк. гос. ун-та. Сер. ист.- филол. 1964. — Т. 1. — Вып. 72. — С. 345–375.

1866 рр., зумовила вкрай нерівномірний розподіл земельних угідь між різними категоріями населення, а саме: з 44,1 млн дес. дворянам належало 10,9 млн дес.; купцям, міщанам, торгово-промисловим товариствам та іноземним підданам — 3,3 млн дес.; удільної, церковної, монастирської і духовенства — 1,8 млн дес.; державної, міської та різних установ — 2,4 млн дес. Всього, таким чином, 18,4 млн дес., або 41%. Сільським станам, що складала близько 90% населення, належало 25,7 млн дес. (59%)¹.

Незважаючи на загальне зростання землеволодіння селян за рахунок втілення в життя на Правобережній Україні відповідних законодавчих актів, про які йшлося вище, в інших регіонах України з різних причин втратили землю понад 440 тис. осіб. Колишні поміщицькі селяни належали до числа найбільш обездолених громадян імперії: 344 тис. осіб, що складало 12,9% усієї їх кількості в Україні, були відпущені на волю без землі або з наділом до 1,5 дес. на ревізку душу; близько 1,6 млн (58,9%) одержали від 1,5 до 3 дес. на душу і лише 744 тис. (28,2%) — більше 3 дес. на душу. При цьому такі поміщицькі роди, як графи Браницькі, залишили у своєму розпорядженні 170 тис. дес.; Потоцькі — 107 тис. дес.; князь Сангушко — 65 тис. дес.; княгиня Романова — 58 тис. дес. та ін.² Якщо в середньому на одне поміщицьке господарство припадало понад 800 дес. сільськогосподарських угідь, серед яких переважали орні землі, то на один селянський двір — 6 дес.³ Офіційно визнавалось недостатнім для забезпечення життєдіяльності середньої селянської сім'ї в європейській частині імперії володіння, що було меншим як 4,5 дес. на одну ревізку душу, тобто як мінімум 10 дес. на сім'ю⁴.

Враховуючи специфіку України кінця XIX — початку XX ст., історики-аграрники свого часу дійшли висновку, що наявність у розпорядженні селянської сім'ї в губерніях Правобережної і Лівобережної України 6 дес. землі загалом була достатньою для її існування⁵. Однак проблема полягала в тому, що сотні тисяч селянських господарств різних категорій не мали у своєму розпорядженні

¹ Див.: Статистика землевладения 1905 г. Свод данных по 50-ти губерниям Европейской России. — Изд-е ЦСК МВД. — СПб., 1907. — С. 11.

² Див.: *Леценко Н. Н.* Изменения в аграрных отношениях на Украине в результате проведения реформы 1861 г. // Ежегодник по аграрной истории Восточной Европы. — Таллин, 1959. — С. 196.

³ Див.: Історія Української РСР: 8 т., 10 кн. — К., 1977. — Т. 3. — С. 334.

⁴ Див.: Свод законов Российской империи. — Т. IX. — СПб., 1867. — Ст. 631.

⁵ Див.: Історія Української РСР: У 8 т., 10 кн. — К., 1977. — Т. 3 — С. 334.

потрібної кількості землі. Згідно з розрахунками, проведеними у 1970 р. М. Лещенком, 1893842 господарства (63,3%) не могли забезпечити своїх потреб, користуючись тими наділами, які вони одержали у 60-х роках ХІХ ст. Ще 699286 ледве зводили «кінці з кінцями»¹. Відповідно до першого всеросійського перепису населення 1897 р. 424577 осіб взагалі не займалися своїм господарством, працюючи на постійній основі у поміщицьких маєтках². Якщо ж взяти до уваги і тих, хто працював на весняно-літніх і осінніх сільськогосподарських роботах, то кількість таких робітників зростає більш ніж удвічі. Згідно з даними державної комісії, яка вивчала зміни в добробуті селянського населення в період з 1861 по 1900 рр., в Україні нараховувалось 975397 сільськогосподарських робітників³.

Стурбований ускладненнями в продовольчому забезпеченні населення, що негативно позначалось і на експорті хліба, уряд на початку 90-х років прийняв рішення вжити низку заходів для зміни ситуації на краще. Найважливішими з аграрних законів цього періоду стали «Правила про земельні переділи в общині» та закон про невідчужуваність селянських надільних земель. Анонімний автор книги «Неурожай и народное бедствие», що побачила світ у 1892 р., головною причиною розорення селян вважав систематичні переділи громадської землі. «Головну роль тут відіграють переділи, — безапеляційно заявляв анонім, — що повторюються у невизначені строки за розсудом сільського сходу, ставлячи селян у непевне становище щодо періоду користування наданими їм ділянками землі⁴.» Подібна точка зору знайшла підтримку в деяких інших високопоставлених державних сановників, серед яких був і державний секретар О. Половцов. «Якщо б кожен був впевнений у тому, що він є повним власником належної йому землі, — писав цей впливовий чиновник у своєму щоденнику, — то інакше б на ній і працював, одержуючи інші результати⁵». За свідченням цього автора, такої

¹ Див.: Лещенко М. Н. Класова боротьба в Українському селі в епоху до-монополістичного капіталізму (60–90-ті роки ХІХ ст.). — К., 1970. — С. 57.

² Див.: Распределение рабочих и прислуги по группам занятий и по месту первой всеобщей переписи населения Российской империи 28 января 1897г. — СПб., 1905. — С. 2.

³ Див.: Материалы по статистике движения землевладения в России. Вып. III: Губернские земельные цены за 40-летие. 1863 — 1902. — СПб., 1907. — С. 216–219.

⁴ Неурожай и народное бедствие. — СПб., 1892. — С.103.

⁵ Дневник государственного секретаря А. А. Половцова. — М., 1966. — Т. 2. — С. 402.

позиції дотримувався і голова Комітету міністрів М. Бунге, який до призначення на державну службу працював певний час професором політекономії Київського університету¹. Місцева адміністрація в особі губернаторів також нерідко вказувала на стихійні передали громадської землі як суттєву причину злиднів².

Враховуючи економічні і політичні обставини, що склалися в ураженій голодом країні, восени 1892 р. Міністерство внутрішніх справ підготувало законопроект правил про земельні передали в громадах. Згідно з цим проектом можливість загальних переділів могла бути реалізована лише за наявності рішення 2/3 сільського сходу. При цьому повинен наперед визначатися час наступного переділу землі, але не раніше 12 років. Рішення сільського сходу повинне було затверджуватися після його розгляду земським начальником повітовим з'їздом. Державна рада схвалила наданий Міністерством внутрішніх справ законопроект, внівши до нього пропозицію нового міністра фінансів С. Вітте, відповідно до якої при переділах домогосподар, що вносив у землю добрива, мав право зберегти свій наділ або одержати за втрату майбутнього прибутку певну компенсацію. Підписаний 8 червня 1893 р. царем проект набув сили закону³. Реалізація у повсякденній практиці цього законодавчого акта означала подальше ускладнення відносин у середині громади. Як і раніше, закон оберігав громаду від остаточного розпаду, водночас суттєво обмежуючи її втручання в господарську діяльність окремих селян, що було, по суті, кроком, хоч і непевним, до повсюдного утвердження подвірного землеволодіння.

Значно більший резонанс викликав в Україні інший аграрний закон початку 90-х років — про заборону вільно розпоряджатися викупленою у власність надільною землею, задуманий, як і попередній акт, з метою попередження обезземелення селян. Це питання виникло в урядових колах ще у 70-80-ті роки, коли окремі земства поставили питання про заборону продажу селянської надільної землі як ефективного, на їх думку, методу боротьби з обезземеленням дрібних товаровиробників⁴. У ході роботи так званої Особливої наради знавців 1881 р. деякі державні діячі пропонували скасу-

¹ Див.: Дневник государственного секретаря А. А. Половцова. — С. 385.

² Див.: РДІА. — Ф. 1284 (Департамент загальних справ Міністерства внутрішніх справ). — Оп. 70. — Спр. 362: «Со всеподданейшим отчетом Екатеринославского губернатора о состоянии губернии за 1881 год». — Арк. 14.

³ Див.: Полное собрание законов Российской империи. — Собр. 3-е. — Т. XIII. — СПб., 1896. — № 9754.

⁴ Див.: Брусникин Е. М. Вказ. праця. — С. 348.

вати ст. 169 Положення про викуп, що надавала право повної власності на землю тим, хто достроково внесе усю викупну суму¹. Під керівництвом Д. Толстого Міністерство внутрішніх справ розпочало підготовку відповідного законопроекту, робота над яким була закінчена лише у січні 1888 р. Не вважаючи свій законопроект завершеним, Д. Толстой подав його не до Державної ради, як було прийнято у таких випадках, а до Комітету міністрів, сподіваючись, очевидно, знайти там підтримку. Обговорення законопроекту показало, що ідею обмеження прав селянства на володіння викуплених у власність надільних земель підтримують небагато урядовців. Тоді за вказівкою царя у середині 1888 р. створюється так звана Особлива комісія під керівництвом відомого консерватора, «розумного, культурного і безсоромного поліцейського», за оцінкою С. Вітте, товариша (заступника. — Д. С.) міністра внутрішніх справ В. Плеве². У ході роботи цієї Комісії був сформульований висновок, згідно з яким принцип невідчужуваності надільних земель слід віднести не лише на власне громадські землі (тобто ті, що належали на правах колективної власності сільській громаді), а й на ті, що дрібні домогосподарі купують за допомогою Селянського поземельного банку, а також ділянки, відведені казною новоселам згідно з відповідним законодавством³.

На основі висновків вищезгаданої Комісії новий міністр внутрішніх справ І. Дурново у травні 1890 р. знову подав до Комітету міністрів доопрацьований варіант законопроекту. У супровідній записці міністр звертав увагу на важливість нового закону для попередження процесу обезземелювання селян. «Відчуження селянських земель до сторонніх рук, — писав він, — постійно посилюється, що у подальшому, поза всяким сумнівом, загрожує ще більшому обезземелюванню селянського населення». При цьому виявилось, що процесу обезземелювання значною мірою сприяє застосування ст. 169 Положення при викуп. На думку законодавця, ця стаття повинна була служити виходом для найбільш дбайливих господарів з важких обставин, які створюють для них кругова порука і постійні переділи, що не дають їм можливості вводити більш досконалі способи ведення господарства. Насправді ж вона (ст. 169. — Д. С.) виявилась лише засобом, за допомогою якого спритні скупники одер-

¹ Див.: РДІА. — Ф. 391. — Оп. 1. — Спр. 4: «Матеріали особого совещання сведущих людей». — Арк. 7.

² Див.: *Витте С. Ю.* Воспоминания: В 3 т. — М., 1960. — Т. 2. — С. 214.

³ Див.: *Брусникин Е. М.* Вказ. праця. — С. 355.

жали можливість купувати селянські землі¹». Обґрунтувавши, таким чином, свою позицію, І. Дурново пропонував переглянути все законодавство про селян, наслідком чого стало скасування ст. 169 Положення про викуп, ввести в дію «Тимчасові обмежувальні правила».

Комітет міністрів загалом схвалив представлений законопроект, передавши його на початку 1891 р. на розгляд Державної ради, як того й вимагав існуючий порядок розгляду відповідних правових актів. Проте, незважаючи на відому консервативність Державної ради, членів якої призначив особисто імператор², поданий законопроект за ініціативою одного з його впливових членів О. Половцова був розглянутий лише у 1893 р. «Прошу дозволу, — заносить він до свого щоденника розмову з імператором, — не доповідати Раді подання міністра внутрішніх справ про обмеження права відчужувати селянські наділи. Посилаюсь на незручність торкатися цієї теми у голодний рік³». У дійсності ж державний секретар був прихильником пануючих у Європі ринкових методів господарювання з традиційною для них купівлею-продажем землі. Тому й намагався всіляко затягнути розгляд цього антиринкового законопроекту.

Однак завадити його розгляду О. Половцов не мав можливості. Як показало обговорення у З'єднаних департаментах і на Загальних Зборах Державної ради поданого Міністерством внутрішніх справ законопроекту, думки членів Ради розділились приблизно порівну. Ряд членів Ради, яких очолював голова Комітету міністрів М. Бунге, виступили з гострою критикою позиції реакціонерів. У своїй узагальнюючій записці, що являла собою своєрідний економіко-правовий трактат, М. Бунге роз'яснював своїм опонентам, що «обмеження права продажу, переуступки і застави майна, або набуття права приватної власності і спадкового користування, належить до числа тих, що найсуттєвіше утискають загальногромадянські права людини ... Єдиний результат, якого буде досягнуто в майбутньому внаслідок невідчуження селянської землі, буде такий: селяни вважатимуть уряд зобов'язаним наділити їх не лише державною, а й поміщицькою землею. Підірвавши в очах селян назавжди чітке уявлення про права і особисту власність, уряд досягне того, що селяни не будуть поважати поміщицьку власність, вимагаючи наділів⁴».

¹ РДІА. — Ф. 1405 (Міністерство юстиції). — Оп. 11. — Спр. 77: «Переписка по разным вопросам». — Арк. 42.

² Див.: *Зайончковский П. А.* Правительственный аппарат самодержавной России в XIX в. — М., 1978. — С. 129.

³ Дневник государственного секретаря А. А. Половцова. — Т. 2. — С. 434.

⁴ РДІА. — Ф. 1405 (Міністерство юстиції). — Оп. 11. — Спр. 77: «Переписка по разным вопросам». — Арк. 138.

Проте переконати своїх опонентів навіть за допомогою таких аргументів М. Бунге не зміг, хоч, по правді кажучи, особливої наполегливості у цьому питанні і не проявляв. Більшість членів Державної ради схвалила пропозиції Міністерства внутрішніх справ, а 14 грудня 1893 р. рішення Ради під назвою «Про деякі заходи щодо попередження відчуження селянських надільних земель» було затверджене царем². Зміст прийнятого закону полягав у тому, що застава в банках викуплених надільних земель була відтепер неможливою, а їх продаж міг бути здійснений виключно односельцям. Стаття 94 повідомляла таке: «Ділянки надільної землі, купленої окремими селянами, або ті, що знаходяться у подвірно-спадковому користуванні, можуть бути відчужені ... тільки особам, приписаним до сільських громад». Крім заборони вільно розпоряджатися купленою надільною землею, у цій статті відображена ще одна важлива деталь: подвірно-сімейні ділянки, що були типовим явищем для України, прирівнювались за своїм правовим статусом до тих, які були куплені селянами у власність. При цьому достроковий викуп наділів міг мати місце тільки за умови наявності згоди на це 2/3 сільського сходу з наступним затвердженням його ухвалою повітовим з'їздом земських начальників.

Новий закон не заперечував у принципі права продажу громадської землі за наявності згоди 2/3 голосів. Однак дії сільської громади по відчуженню надільної землі були поставлені під контроль урядових установ. Рішення сільського сходу повинні були затверджуватися губернськими у селянських справах присутствіями, а якщо вартість проданої ділянки перевищувала 500 крб., то вимагалась згода ще й міністрів внутрішніх справ та фінансів. Закон від 14 грудня 1893 р., який скасував зафіксоване у законодавчих актах 1861 р. право селян вільно розпоряджатися викупленими наділами, означав реставрацію відповідних правових норм феодального суспільства.

Таким чином, на рубежі 80–90-х років XIX ст. Міністерством внутрішніх справ було підготовлено декілька законопроектів, що одержали схвалення Державної ради і царя. Усі вони, без винятку, були кроком назад порівняно з аграрним законодавством 60-х років. Утримуючи багатомільйонні маси сільського населення у безправному навіть щодо своєї власності становищі, реакційне дворянство робило все можливе для стримування розвитку товарно-грошових відносин на селі. Таким шляхом пануючі класи намагалися

¹ Див.: О некоторых мерах к предупреждению отчуждения крестьянских надельных земель // Собрание узаконений и распоряжений правительства. Издаваемое при правительствующем сенате. — 28 января 1894. — № 15. — С. 240.

зберегти свої привілеї, не допускаючи появи реальних конкурентів експлуатації сільськогосподарського пролетаріату і напівпролетаріату, до категорії яких належали селяни із злидарськими, в 1-2 дес. землі, наділами. Однак життя в котрий раз підтвердило, що саме економічні потреби людей, суспільства в цілому визначають відносини, які в ньому складаються. Селяни шукали і знаходили найрізноманітніші способи обходу нав'язаних їм всупереч здоровому глузду правових норм.

В журналі наради, утвореної міністром внутрішніх справ для обговорення пропозиції Полтавського губернського присутствія про переселення малоземельних селян від 12 березня 1902 р., докладно описано способи обходу закону, який не дозволяв селянам вільно продавати надільні землі. «Селяни-общинники, — читаємо у цьому журналі, — обходять закон, закріплюючи свої угоди документом, який має юридичну силу, — ухвалою сходу, складеному в тому значенні, що земля прийнята громадою від того, хто виселяється, і передається покупцеві. Подвірні власники стали узаконювати передачу своїх ділянок такою ж ухвалою і, нарешті, навіть селянські установи нерідко вимагають подібних ухвал, щоб запобігти можливим непорозумінням щодо законності переуступочної угоди. Найчастіше переуступка землі за грошову винагороду здійснюється за домашніми записами, складеними на звичайному або гербовому папері у присутності свідків; інколи прикладається печатка сільського старости, інколи угоду посвідчують, всупереч закону, волосні правління. Через те, що переселенці нерідко повертаються з Сибіру на батьківщину і вимагають повернення наділу, покупці забезпечують себе фіктивними домашніми зобов'язаннями продавця на значну суму. У тих випадках, коли земля продається родичам, переуступочні угоди замінюються духовним заповітом — домашнім і навіть нотаріальним. З метою забезпечення дійовості заповіту і відмови від землі назавжди, продавці також видають домашні зобов'язання. Нарешті, продаж виступає у вигляді оренди з одержанням грошей за увесь її строк наперед. Розподіл же між членами громади наділів тих, хто виселяється, з виплатою громадою переселенцю незначної винагороди, зустрічається як виняток.

За допомогою подібних угод здійснюється також продаж землі, викупний борг на яку погашений: власники найчастіше не мають формальних доказів переходу до них права власності від осіб, які викупили ці наділи або ускладнені тією обставиною, що власником ділянки є не один домогосподар, а усі члени сім'ї. Нерідко таке становище пояснюється також небажанням нести додаткові витрати і витратити час на здійснення угоди нотаріальним порядком.

Несталість подібних актів про переуступку землі і необхідність мати готівку для здійснення переселення примушують продавати землю за низькими цінами, тільки б отримати хоч якісь кошти. Останні ж якщо і є, то лише у заможних селян. Тому землі, що звільняються переселенцями, потрапляють до рук заможних і селян середнього достатку, тоді як малоземельні від виселення своїх односельців не одержують ніяких вигод¹ ».

Як свідчить офіційна статистика, кількість проданої землі після введення в дію закону від 14 грудня 1893 р. та деяких заходів з боку уряду щодо обмеження продажу поміщицьких маєтків, про які йшлося раніше, не тільки не зменшилась, а навпаки, зросла. Якщо за 1883–1892 рр. в Україні на земельний ринок поступило 82930 дес. землі, то у наступному десятиріччі (1893–1902) на 45,8 % більше — 120961 дес. Передові позиції у цьому плані посідала Правобережна Україна, де торгівля землею за відповідний період зросла на 77,6%. Наступні місця належать губерніям Південної України (71,6 %) та Лівобережжя (39,5 %)².

Як бачимо, хід економічного розвитку йшов своїм шляхом, мало зважаючи на прийняті консерваторами антиринкові закони. Тогочасні опозиціонери уряду різко критикували закон від 14 грудня 1893 р. Основну масу продавців становили, звичайно, поміщики, проте й селяни все частіше ставали учасниками процесу купівлі-продажу землі, нерідко виступаючи у ролі її продавців. Досить яскраву, на нашу думку, характеристику тогочасної аграрної політики царизму дав на початку ХХ ст. один з найпослідовніших її критиків. «Пробувати зупинити всесвітній капіталізм законами і правилами, що обмежують свободу мобілізації земель, така ж нерозумна річ, як спроби зупинити поїзд прутиком з тину. Захищати такі спроби означає захищати кріпосницьку кабалу, застій і гниття села»³. Що ж, сказано сильно і, головне, переконливо, про що, зокрема, свідчить і вітчизняний історичний досвід.

Подальше дослідження даної теми дасть підстави визначити склад головних ідейно-політичних угруповань як регіонального,

¹ РДІА. — Ф. 1273 (Комітет Сибірської залізниці). — Оп. 1. — Спр. 437: «Дело о переселении в Сибирь малоземельных крестьян центральных губерний с приложением статистического материала об их экономическом положении». — Арк. 11.

² Див.: Материалы высочайше учрежденной 16 ноября 1901г. комиссии по исследованию вопроса о движении с 1861 по 1900 гг. благосостояния сельского населения среднеземледельческих губерний сравнительно с другими местностями Европейской России. Ч.1. — СПб., 1903.— Табл. 1,2,4.

³ *Ленін В. І.* Про лівонародництво // Повне збір. тв. — Т. 25. — С. 159.

так і загальноімперського рівня, що найпоспідовніше відстоювали ринкові методи господарювання в аграрному секторі економіки країни. Істориків держави і права цікавить також комплекс інших недостатньо з'ясованих проблем, серед яких важливе значення має діяльність органів місцевого самоврядування (повітових і губернських земств) з пропаганди індивідуального землеволодіння і хутірського господарювання на купленій землі до епохи П. Столипіна, коли приватну власність на землю було визнано невід'ємним правом усіх громадян, а не лише привілейованих станів, як це було упродовж багатьох століть.

Надійшла до редколегії 30.06.03

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

І. Снасибо-Фатєєва, професор
НЮА України

«Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці

В наш стрімкий вік намітилася і майже склалася тенденція науки до розгляду більш-менш прагматичних проблем. Це викликано істотними змінами в економіко-правовій і соціальній сферах. Величезна кількість нових відносин, зв'язків, взаємодій вимагає адекватного реагування для їх урегулювання і захисту. Ці два напрямки — врегулювання і захист —потребують особливо пильного погляду. І тепер, як ніколи, важливо не тільки поставити питання: яким є рівень українського нормативного регулювання і судового захисту, а й відверто відповісти на нього.

На тлі цього проблеми надпрагматичні стають також прагматичними, оскільки вимога дійсності полягає в необхідності визначитися в підходах до вирішення проблем, які при цьому виникають в сучасному суспільстві.

Анемічний стан українського суспільства характеризується передусім дезорганізацією нормативної системи. Це знаходить свій прояв у різноманітних аспектах. Часто ми спостерігаємо, що наші закони складені таким чином, що після набрання ними чинності, коли законодавець відсторонився, щоб поглянути збоку на своє дітище, воно вже руйнується, і «стирчать цвяхи». Іноді зовнішня форма настільки очищена від подробиць, що виникають численні питання відносно застосування закону в конкретних ситуаціях.

Нерідкими є випадки, перефразуючи образний вислів однієї письменниці, коли закон настільки зношений, як сорочка під пахвами, що користуватися ним було б не слід, але іншого закону немає. Труднощі обумовлюються й виникненням нових правовідносин, що істотно відрізняються від усталених і потребують свого осмислення,

втілення в законодавчі норми і проходження через жорна судових інстанцій. Насправді варіантів тут можна перелічити багато, і всі вони не тільки спостерігаються немовби зовні, в них виявилися втягнутими все суспільство в цілому і кожен його член окремо.

В подібному стані науковці та правозастосовна практика виконують (чи змушені виконувати) вельми специфічні пасажі (інакше це не назвеш!) по розміщенню, втискуванню нових відносин у старі форми з абстрагуванням від рис та відмінностей, що здаються незначними.

В такій поведінці є, безумовно, дві сторони — як позитивна, так і негативна. Позитив полягає в тому, що тим самим ми намагаємось зберегти чіткість, бо розлад непередбачений. У всі часи і з будь-якого приводу хаос викликає небезпеку. Проте є й сприйняття хаосу як іншого порядку, тобто хаос — це також порядок, але вже інший, який є хаосом у розумінні прихильників порядку, але якщо стати на інші позиції, то можна в хаосі побачити певний порядок, відмінний від попереднього. В тому й полягає негатив — що ми свідомо чи несвідомо цураємося цього нового порядку, не хочемо його сприйняти не тільки як нагальну потребу, а й як таке становище, що вже існує насправді.

Це стосується українського законодавства, яке в цілому потребує істотних і невідкладних змін. Така ж потреба існує в правових науках, які повинні сприяти цим процесам, а не потакати збереженню кризового стану законодавства, зокрема відсутністю кардинально нових підходів відносно правових реформ, коментаторським характером наукових праць тощо.

Але найбільш вагомого значення при цьому набуває судова практика. Вона викликає на сьогодні багато нарікань, і не даремно, бо, розуміючи труднощі, за яких вимушені працювати судді, втім, не можна не відчувати, що суди не справляються зі своїми функціями. У них випрацювалася така якість, яку відомий своїми нетрадиційними підходами С. Далі назвав «трансцендентною смаковою мімікрією», котру позначив як властивість вбирати в себе все і завдяки своїй безликій прісності ідеально сполучатися з будь-якими присмаками. У нас склалася така собі «трансцендентна судова мімікрія», яка вбирає в себе владні побажання, соціальні зв'язки, усталені позиції, що, незважаючи на їх відмерлість, ніяк не піддаються руйнуванню, та багато інших реактивів, баланс яких призводить, як це не парадоксально, до дисбалансу в дійсному становищі правових інституцій.

Проте судове дослідження правової природи будь-якого повсякденного спору, що ґрунтується на певній правовій проблемі,

повинно вилучати цю проблему із звичайного контексту, надати йому значення концептуального явища, яке в подальшому посяде своє місце в правовій системі. Отже, здається необхідним діяти інакше, ніж це прийнято сьогодні в судовій практиці — не відштовхуючись від відомого і усталеного, а виходячи з нового і незаангажованого будь-якими суспільними конструкціями.

Такі та подібні їм механізми слід застосовувати в тих, поширених сьогодні, ситуаціях, коли є нагальна необхідність розв'язати конфлікт, винести цілком конкретне рішення за відсутності відповідного регулювання, на якому б це рішення базувалося, або його спірності.

Якщо уявити собі судове рішення як стіл із сталою рівновагою, який би не хитався від будь-яких навантажень і служив би довго та надійно, то однією з його ніжок буде сама сутність проблеми, яку слід передусім з'ясувати, без чого неможливо правильно задіяти будь-який інструментарій.

Другою «ніжкою столу» буде тлумачення, за допомогою якого відбувається опрацювання законів, хоча б і недосконалих, але саме з них слід починати. І якщо вони містять відповідну певній проблемі норму, її слід виконувати, а отже, — застосовувати, тобто — тлумачити¹.

Вирішення проблеми ускладнюється, коли при відшуканні відповідної норми з'ясується її відсутність, внаслідок чого потребують застосування такі засоби, як аналогія закону і аналогія права, які при винесенні рішення повинні задіюватися судом. Вони будуть третьою «підпорою».

Короткий розгляд зазначених засобів можна спрощено позначити як роздвоєння, коли застосування аналогії закону передусім потребує знов-таки задіяння всього масиву тлумачення. Застосування ж аналогії права для вирішення проблеми вимагає дещо іншого і рангом вищого — принципів права як відправної субстанції. Ці принципи й будуть четвертою «ніжкою».

Виходить, що сьогодні принципи права стають не абстрактною правовою категорією, а дійовим інструментом, використання якого необхідне при вирішенні далеко не теоретичних спорів.

Висмикнувши будь-яку ніжку столу, ми опиняємося у все більш нестійкому становищі.

¹ Див.: Белов В. «...Выдающийся русский ученый-юрист...» / Предисловие к кн.: Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002. — С. 29.

Отже, перше місце посідає *визначення проблеми*, чому не приділяється достатньо уваги, бо вважається не те щоб малозначущим, а відразу зрозумілим. Але це далеко не так і така позиція може призвести до хибного розуміння справжньої ситуації вже на цьому етапі. Проблема — це зерно, тобто пануюче, від чого неможливо відмахнутися, бо воно потягне за собою руйнування іншого. Тому другою рисою проблеми є те, що вона потребує свого вирішення. Проблема не повинна бути надуманою, оскільки, як говорять східні мудреці, не проблеми чіпляються за людей, а навпаки, частіше люди чіпляються за проблеми. В такому разі ніхто не потребував би допомоги: при бажанні люди могли б спокійно забути про свої проблеми. Інша річ, коли проблема існує об'єктивно і не дозволяє про себе забути.

Після визначення проблеми відбувається опрацювання законів з метою пошуку відповідних норм, поєднане з їх *тлумаченням*. На цьому також не менш складному етапі можуть складатися різні ситуації — стикання з неясною нормою; застарілою (або відмерлою) нормою; відсутність норм, що могли б застосовуватись до вирішення певної проблеми; відсутність норм, що не буквально врегулюють механізм вирішення проблеми, а подібним чином (схожі ситуації).

При тлумаченні неясної норми застосовуються різні засоби¹, кожен з яких має істотне значення для кінцевого результату розгляданого процесу. Тут лише зробимо акцент на одній із сучасних типових ситуацій, які при цьому ускладнюють цей і без того непростий процес і стосуються логічного тлумачення. Складається враження, що у нас застосовується не логічне тлумачення (не в розумінні алогічності), а тлумачення (в розумінні притягнення за вуха) в обґрунтування чиеїсь думки або позиції, що склалася, і особливо якщо вона виходить від такого суб'єкта, як держава. Важливим моментом є й те, що закони також виходять від держави, яка й пояснює, що при цьому мала на увазі.

Немовби так і повинно бути, але не зовсім, бо, по-перше, державу представляють різні органи, кожен зі своїм баченням сутності неясної норми. По-друге, позиція держави, враховуючи проміжок часу, може бути різною, що потребує з'ясування, чим вона тоді обґрунтовувалася та чи такою ж самою була. По-третє, надавати нормі закону оцінки не просто остаточної, а офіційної та обов'язкової, від імені держави має лише Конституційний Суд. Проте, як

¹ З приводу тлумачення див.: Васильовский Е. В. Вказ. праця.

бути суддям, які вирішують конкретну справу і вимушені використовувати неясну або недосконалу норму? Їх тлумачення, з одного боку, є необхідною умовою винесення судового рішення, яке вони повинні, незважаючи ні на що, винести. З іншого боку, таке судове тлумачення є неофіційним¹. Тут міститься певна суперечність, оскільки судові рішення має юридичну силу, є обов'язковим, вноситься уповноваженим на це державою органом — судом, і тому воно не може бути неофіційним. Це стосується судового рішення у цілому, в тому числі його мотивувальної частини, в якій обґрунтовується позиція суду із застосуванням відповідної норми і тому — її тлумачення як бачення суду її сутності стосовно конкретних обставин. Інше розуміння судового рішення призведе до руйнівних для правової системи наслідків.

З цього приводу можна навести такий приклад. Київським районним судом м. Харкова було винесено рішення, яке набрало чинності. Правильність підходу в розв'язанні справи було підтверджено на рівні Верховного Суду України. В подальшому спір між цими ж суб'єктами тривав і розглядався вже за інших підстав господарськими судами. Незважаючи на те, що одна зі сторін посилалася на судові рішення, яке має преюдиційне значення для винесення рішення господарським судом, і це дійсно було так, для обґрунтування протилежної позиції у Вищого господарського суду України була потреба позбавитись цього рішення. Але як це зробити, коли рішення існує і не зважати на нього не можна? Вихід було знайдено досить нетрадиційний²: у постанові Вищого господарського суду України зазначалося, що судові рішення, на яке є посилання в даній справі, містить тлумачення, з яким він не погоджується. А оскільки будь-яке судові тлумачення не є офіційним, то таке рішення можна до уваги не брати і не надавати йому преюдиційного значення.

Цим прикладом досить яскраво ілюструється вищенаведене прологічність тлумачення в українському судовому середовищі (відмінність між тлумаченням різних судових інстанцій).

Відсутність необхідної норми закону для вирішення спору потребує застосування *аналогії закону або аналогії права*, які покликані

¹ Напрошується сказати «немовби неофіційним», хоча якщо виходити з того, що офіційним є виключно тлумачення Конституційного Суду, то всі інші тлумачення слід віднести до неофіційних.

² І тут лише можна радити, що він настільки нетрадиційний і що в нашій країні все ж таки прецеденту немає, бо інакше ми б мали зовсім жалюгідний вигляд.

заповнювати прогалини в праві, хоча висловлювалася й думка, ніби в праві немає прогалин, а тому в ньому містяться вирішення і непередбачених нормами випадків. Це впливає з того, що в безлічі їх положень навряд чи знайдеться те, що ідеально підійшло б до фактичного випадку, і жоден суддя не в змозі ухилитися від винесення рішення, посилаючись на те, що відповідного положення в праві не існує¹. Очевидно, що проти цього ніхто не заперечуватиме, хоча все ж таки будемо виходити із загального розуміння необхідності заповнення прогалин у праві.

Алгоритм дій при аналогії закону зводиться до: а) аналізу конкретного спору; б) відшукання в законодавстві норми, регулюючої інший випадок, тотожний з даним у всіх юридично істотних елементах; в) розкриття юридичного принципу, наведеного у цій нормі; г) застосування його до даного випадку². Складнішим є механізм аналогії права, який здається більш високим рівнем застосування безпосередньо правової матерії. В ньому присутнє все те ж, що й на першому рівні, за винятком того, що з-під судді вибита й та хитка база, яка іменується законом, хай і суперечливим. І всупереч всім природним правилам суддя повинен залишатися непорушним, хоча його становище не назвеш і злетом. Це становище має бути також достатньо міцним, щоб з нього можна б було винести бездоганне судове рішення.

Аналогія права потребує застосування не схожої норми із втіленим у неї принципом, а з перейманням сутності проблеми підібранням більш абстрактного принципу для її вирішення — відповідного принципу права, яким тільки й обґрунтовується рішення суду. Безумовно, що при цьому можуть існувати докори не в достовірності винесеного рішення, а лише в його ймовірності, допустимості, гіпотетичності.

На це слід зауважити, що таких докорів не позбавлене з тих чи інших причин будь-яке судове рішення, хоча й винесене з посиланням на конкретну норму. Численні рішення скасовуються іншими судовими інстанціями. Трапляються й випадки, коли рішення набирає чинності, бо не було оскаржене чи пройшло всі інстанції, але його аналіз з боку науковців та фахівців, проте, доводить його хибність. Коли це обмежується лише обговоренням наукової проблеми з посиланням на подібні рішення, виявлені в результаті узагальнення судової практики, — це одне. Коли ж таке рішення по-

¹ Див.: *Васьковський Е. В.* Вказ. праця. — С. 342.

² Див.: Там само. — С. 343.

значається на правах та інтересах осіб, які не спроможні в подальшому захистити свої права, — зовсім інше.

Можна навести такий приклад, коли було винесено рішення про відсутність у суб'єкта прав на приміщення, в якому він знаходився. На вимогу зацікавленої сторони було порушено іншу судову справу про виселення такого суб'єкта з цього приміщення. Логічно було б вважати, що рішення з цього приводу буде позитивним, таким, що безумовно впливає з попереднього. Так воно й сталося при розгляді справи у першій інстанції. Проте постановою, винесеною за наслідками перевірки рішення в порядку нагляду, це рішення було скасовано і у вимозі про виселення особи, що незаконно займає приміщення, відмовлено на підставі занадто сумнівних висновків про відсутність у позивача права на заявлення таких вимог. При цьому такі висновки було зроблено з тлумаченням відповідної норми, яке вже й на перший погляд здавалося хибним. Така постанова не мала права на існування не тільки внаслідок свого очевидно хибного підходу, а й тому, що породжувала недопустиме правове становище. Звичайно, цю постанову було оскаржено, але внаслідок процесуальних маніпуляцій із неодноразовим поверненням скарги було пропущено процесуальний строк. Вищий господарський суд України не бачив підстав для розгляду заяви про перегляд цієї постанови із пропущенням строків. Це й зробило можливим існування протягом тривалого строку становища, коли особа, яка не має права на приміщення (що підтверджено відповідним судовим рішенням), продовжувала залишатися в ньому без достатніх підстав і ніяк не можна її було виселити з нього. Отже, мали місце не тільки судова помилка, нелогічне тлумачення, а й порушення *принципів права* — справедливості, розумності тощо.

Не можна не погодитися з позицією Савінії, згідно з якою позитивне право заповнюється само з себе, з його основним посиленням при цьому, що право є органічно створюваною силою¹. Будь-яке застосування аналогії виходить з внутрішньої послідовності права, правомірно вважав учений, і це можливо, зокрема, внаслідок дієвості принципів права. Незважаючи на піддання достатньою мірою обґрунтованій критиці висловленої позиції, головним аргументом на її підтримку буде те, що ми всі, як достатньо культурні та цивілізовані люди, розуміємо, що справедливо, а що — ні. Кожен з нас знає, про що говорить, і відчуває це. Тільки прояву такого відчуття часто заважають різні причини, такі як:

¹ Див.: Васьковський Е. В. Вказ. праця. — С. 348.

— незадоволеність стороною рішенням, винесеним не на її користь, яке вона може сприймати як несправедливе відносно себе. Проте при абстрагуванні від конкретної ситуації і конкретних осіб, задіяних у ній, така особа при належній подачі їй такого ж матеріалу може додержуватися й протилежної думки;

— непогодженість із такою позицією цілих соціальних утворень — груп, партій і навіть держави.

Інша річ, що усталеним є ставлення до принципів права як до занадто високих наукових матерій, котрі практикою буквально не сприймаються, бо потребують свого втілення в щось проміжне між теорією і практикою. Поширеним є бачення принципів права туманними, абстрактними та невизначеними, що заважає їх безпосередньому застосуванню навіть і при необхідності цього. Ці ж їх риси викликають у суддів побоювання звинувачення в суб'єктивному підході до застосування принципів. І тому до принципів ставляться настільки індиферентно, що крізь них проходять, навіть не помітивши їх, немовби вони є настільки ідеальною сферою буття права, що самі по собі не заважають застосуванню норм права, а за відсутності таких норм не сприймаються інструментарієм. Це призводить до того, що часто над ними перестають замислюватися — чи будуть справедливими таке рішення, таке обґрунтування, такий підхід, таке тлумачення?

Наведемо приклад. Регіональним відділенням Фонду державного майна України по Харківській області (РВ ФДМУ) було укладено договір оренди нерухомості, який пізніше було розірвано. Орендар продовжував знаходитися в приміщенні, яке займав, і після розірвання договору оренди. На думку правоохоронних органів, в діях голови РВ ФДМУ вбачається злочин внаслідок того, що ним не було застосовано дій по виселенню колишнього орендаря з приміщення, ненадходження протягом певного часу до бюджету грошових коштів, які можна отримати у вигляді орендної плати з іншого орендаря або від приватизації. Дійсно, такі розсуди не позбавлені сенсу і правових підстав. Проте правоохоронними органами не було враховано такі обставини. По-перше, РВ ФДМУ для укладення договорів оренди або купівлі-продажу, які б слугували підставою для отримання державою грошових коштів, повинно провести значну організаційну роботу з підготовки документів, що вимагаються законодавством про оренду і приватизацію, вжиття певних заходів, які потребують немало часу. По-друге, протягом цього часу приміщення, яким не користується на відповідних правових підставах зацікавлена в ньому особа, перебуватиме в дер-

жавній власності і управлінні ФДМУ, який не в змозі здійснити за цим приміщенням належний нагляд, оскільки не має для цього ані певних механізмів, ані коштів. РВ ФДМУ не може надати охорону цьому приміщенню, бо для цього не має відповідних працівників і грошей для оплати послуг стороннім особам.

У ситуації, що склалася, колишній орендар не сплачує гроші як орендну плату (бо з ним розірвано договір оренди)¹, але виконує функції по збереженню приміщення. Тоді треба виважено надати оцінку тому, що краще (тобто правильніше, справедливніше, розумніше): неотримання коштів до бюджету чи витрачання бюджетних коштів на охорону приміщень, не зданих в оренду, і таких, що не мають безпосереднього володільця і користувача². Або ще гостріше: неотримання грошових коштів чи зниження привабливості та вартості приміщення як потенційного предмета оренди або приватизації внаслідок його руйнування, псування а може, й часткового знищення, що не тільки не виключено, а, як показує практика, існує повсюдно.

Одночасно завжди виникає бажання порівняти цю ситуацію з аналогічною, але коли б власником виступала приватна особа. Навряд чи вона обрала б варіант втрати того, що має, а скоріше змирися б з думкою про те, що їй вигідніше не отримати дохід, ніж понести витрати. Отже, такий підхід є розумним з боку дбайливого власника (перший принцип); справедливим щодо застосування припущення порівняння держави як власника з приватним власником (другий принцип); добросовісним виконанням своїх функцій з управління, застосування заходів по збереженню майна власника (третій принцип).

На цьому прикладі чітко видно, що принципи, про які йшлося, є дійовими стимулами належної правової поведінки, ясними орієнтирами і навряд чи їх застосування може розцінюватися негативно. Проте, як кажуть, почує той, хто хоче почути. Інша сторона цього прикладу не менш чітко ілюструє те, які негативи тягне за собою бездумне і безпринципне застосування норми закону.

¹ До речі, це не виключає в подальшому постановки питання про стягнення цих грошей за фактичне користування приміщенням.

² Тут спостерігається дуже цікава ситуація, коли річ (приміщення) є об'єктом права власності (держави), але не знаходиться у володінні конкретної особи, бо держава як специфічний суб'єкт безпосередньо володіння своїм майном здійснювати не може, а повноваження власника здійснює тільки опосередковано через передачу його в управління певним особам.

«Принципи права є критерієм оцінки права і методологічною основою його подальшого удосконалення, тому що саме на засадах принципів оцінюють рівень і ефективність реалізації права, його пізнають і поліпшують»¹. Тобто, принципи права мають двоїсту природу, але не суперечливу, а навпаки — двоїсту єдність, оскільки одночасно виступають інструментарієм оцінки позитивного права і його вдосконалення. Бо навряд чи хто, нехай навіть найпереконаніший прибічник буквального розуміння і застосування закону, виступить проти того, що це не повинно доводитися до абсурду.

Стосовно ж того, що при оцінці принципів і норм перевагу слід надати нормі як конкретному втіленню права (на відміну від розпливчастості принципу), слід відмітити таку ознаку принципу, як регулятивність, хоча й більш абстрактну порівняно з аналогічною ознакою норми права і не таку активну, як у останньої². Проте, регулятивність принципу права тісно пов'язана з регулятивною функцією права взагалі, що й обумовлює цю ознаку і його складової — принципу — зокрема. Дієвість їх застосування залежить від рівня правової системи, професіоналізму осіб, які застосовують ці принципи (або яким це необхідно здійснювати). До них належать передусім судді, які виносять рішення в тому числі на підставі принципів права.

Судове рішення — це образ, який створює суддя із суміші суб'єктивного та об'єктивного, мовби пропускаючи через себе факти, позиції, докази, переконання, норми. При цьому слід, *по-перше*, пам'ятати, що судове рішення не має нічого спільного з кліше. Воно само по собі ним не є, бо індивідуальне і не застосовується до інших подібних спорів. Не повинна сприйматися як кліше й норма права, що підходить до таких випадків, накладається на них і застосовується автоматично, незважаючи на уривки правових ситуацій, які виходять за її межі і можуть мати істотне значення для вирішення спору. Очевидно, що судді повинні перейнятися загостреною реакцією на уніфікацію. Дещо схоже на те, що Ф. Достоевський назвав «теоретично роздратованим розумом».

По-друге, не повинна викликати сумнівів важливість суб'єктивного бачення суддею проблеми, її власного сприйняття ним, задіяння своїх рецепторів на рівні не тільки правової освіти, суддівських навичок, а й правової культури і не в меншому ступені — свідомості. Саме воно часто підказує напрямок пошуку рішення, відправної точ-

¹ Колодій А. М. Принципи права України. — К., 1998. — С. 5.

² Див.: Там само. — С. 17.

ки для перенесення власного сприйняття у площину конкретики, втіленої в конкретне рішення. Безумовно, це висуває певні вимоги до особи судді.

По-третє, значущість об'єктивного чинника на тлі сформованого суб'єктивного бачення полягає в умінні відшукати та застосувати об'єктивне правове начало — принцип — для вирішення спору. Це дуже відповідальний і важливий момент винесення судового рішення, оскільки за відсутності гармонії суб'єктивного і об'єктивного, та ще й враховуючи, що об'єктивне виражається не в нормі, а в принципі права, можливе те, що схоже, за образним висловленням Г. Гессе, про «вिसлизання середовища». Дійсно, кожен може підтвердити такий душевний стан, коли результат, що став наслідком ретельного застосування відомих правил і механізмів, добросовісної¹ праці, проте, не задовольняє, в першу чергу самого тебе, оскільки ти відчуваєш, що щось важливе загублено, щось вислизнуло крізь сумлінну сітку розсудів, умовиводів та висновків. Немовби все було зроблено правильно, а результат таким вихолощеним бути не може.

Здається, що все це вимагає від судді не тільки високих духовних якостей, професіоналізму, а й мужності, оскільки йому необхідно оперувати непростими матеріями та обґрунтовувати своє рішення достатньо абстрактними категоріями, що зовні виглядає тиме як аналогія права із застосуванням принципів права.

Однак і це вторинне. Найбільш приземлене значення має тут стан судді та правосуддя у цілому, які дозволяють йому, усвідомлюючи всю складність подібних спорів, рухатися до їх вирішення. Отже, головне завдання судді — вирішити справу. Сьогодні ж розгляд подібних категорій спорів перетворюється на те, що судді під різними приводами відкладають їх вирішення, або переносячи слухання справи безліч разів, або уповаючи на те, що проблему, закладену в спорі, вирішить інша інстанція. Так, у спорі щодо майна профспілок було винесено ухвалу про відкладення слухання справи до прийняття відповідного закону, яким би регулювалися ці питання. Зазначену постанову оскаржено не було, оскільки обидві сторони таке становище задовольняло: представника держави — тому, що в нього є всі підстави сподіватись на те, що в майбутньо-

¹ Про інше ми тут не говоримо. В цій статті ми виходимо з нормального відправлення правосуддя, із добросовісних дій судді тощо без будь-яких аномалій, які потребують окремого правового і передусім соціального дослідження.

му законі ситуація буде вирішена на користь держави¹; представника профспілок — тому, що в будь-якому разі спірним майном поки що можна користуватися і здійснювати відносно нього інші дії, як і раніше.

Другий приклад з припиненням розгляду справи до винесення тлумачення Конституційним Судом щодо положення, яким обґрунтовується головна позиція сторін у спорі про право на об'єкти соціально-побутового призначення, передані безкоштовно покупцеві при приватизації державного майна. Безумовно, це питання є вельми складним, але є майновий спір, що входить до кола розгляду справ господарськими судами, є відповідна норма закону, яку слід розтлумачити й винести рішення. Чи правильним буде перекладення цього тлумачення на Конституційний Суд із позбавленням себе не тільки права тлумачити норму при винесенні рішення, а й обов'язку винести таке рішення? Гадаємо, що ні, тим більше, що й строки розгляду справ Конституційним Судом можуть бути значними і негативно вплинути на права та інтереси сторін спору. Більше того, Конституційний Суд може відмовити в наданні відповідного тлумачення з тих чи інших підстав і тоді суду все одно доведеться давати своє тлумачення при витраті часу.

Якщо раніше чи пізніше останнє все ж таки станеться, якщо складна справа піде шляхом вирішення спору на підставі принципів права, то суддя буде вимушений керуватися принципами права при винесенні рішення. Напрошується при цьому порівняння його дій з мистецтвом, про що висловився Артур Дав так: «Я хотів би взяти вітер, воду і пісок і працювати з ними, як музика із звуком, але в більшості випадків мені доводиться зводити їх до фарб і ліній».

Право і правозастосовна діяльність не є мистецтвом і навряд чи хто вбачить у судовому рішенні правову мелодію. Тому поєднання в праві музики із звуком не буває. І якщо й є бажання (або безвихідь) у застосуванні правових абстракцій (принципів) типу тих абстракцій, якими оперує митець (вітер, вода і пісок), то їх правник ще більше, ніж художник, повинен зводити до чогось більш приземленого, ніж фарби та лінії. Це буде вже правова конструкція, яка повинна стати надійною опорою для рішення суду.

І останнє щодо значення принципів права для суду і права в цілому. В безлюдному штучному середовищі законів орієнтувати-

¹ Такі сподівання не є безґрунтовними і коріняться в існуючих на сьогодні нормативно-правових актах.

ся важко, а іноді навіть дуже. Принципи права є тим містком, який саме право дозволяє перекинути від зовнішнього (природного) світу в світ (штучний) панування законів. Це здається унікальним засобом поєднання різних (зазначених) сфер, і оскільки вони не є антагоністичними, це стає не тільки можливим, а й необхідним. Відмова ж від цього поєднання, відкидання принципів права далеко на задній план роблять саме право нежиттєздатним (не дозволяють праву в повному обсязі реалізувати поставлені перед ним завдання).

Надійшла до редколегії 15.02.03

О. Підпригора, академік АПрН
України

Речеві права на чуже майно за новим Цивільним кодексом України*

Книга третя «Право власності та інші речеві¹ права» в новому ЦК України збагатилася розділом II «Речеві права на чуже майно». Чинний ЦК УРСР такого розділу не мав і прав на чуже майно не визнавав. Уперше поняття «право на чужі речі (майно)» в незалежній Україні з'явилося в Законі України від 7 лютого 1991 р. «Про власність». В ч. 6 ст. 4 цього Закону проголошено, що діяльність власника може бути обмежено чи припинено, *або власника може бути зобов'язано допустити обмежене користування його майном іншими особами* (курсив мій. — О. П.)

Фактично права обмеженого користування чужим майном існували і за радянських часів. Закон їх не визнавав, не охороняв і не захищав, але вони існували. Наприклад, право брати воду з чужої криниці, право пройти чи, навіть, проїхати через земельну ділянку, якою користувалася інша особа, право забудови та деякі інші.

Визнання права приватної власності на майно і, зокрема, права приватної власності на нерухоме майно, в тому числі на земельні ділянки, зумовило виникнення прав на чуже майно. Зазначені пра-

* Надійшла до редколегії «Вісника Академії правових наук України» до остаточного затвердження нового Цивільного кодексу України.

¹ Термінологічна комісія при Президентові України визнала свого часу за краще вживати термін «речеві права» замість «речові».

ва на чужі речі (майно) виникли дуже давно і ведуть свій родовід ще з часів римського приватного права, яке досить докладно їх розробило. Стародавні римляни залишили нам у спадок завершені, детально врегульовані, обґрунтовані норми, які регулювали майнові відносини, що склалися у зв'язку з виникненням прав на чужі речі (майно).

Стародавнє римське приватне право знало чотири основні блоки прав на чужі речі: володіння, право користування чужим майном (сервітути), право користування чужою земельною ділянкою для вирощування сільськогосподарської продукції (емфітевзис) та право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій)¹. Зазначені майнові права на чужі речі (майно) були настільки досконалі, що майже без особливих трансформацій були рецептовані законодавством майже всієї Європи, і не тільки її². Вони знайшли подальше вдосконалення, пристосування до нових умов господарювання і міцно прижилися в законодавстві багатьох країн світу³. Зазначені права виявилися особливо доцільними в країнах, де визнавалося право приватної власності і, зокрема, право приватної власності на земельні ділянки. Вони широко використовуються й зараз, оскільки дають можливість засобами цих прав задовольняти багато власних потреб без обов'язкового придбання у власність тих речей, якими можна було задовольнити власні потреби в них.

Особливість прав на чужі речі якраз і полягає в тому, що за допомогою чужих речей в окремих випадках можна усунути брак власного майна, який зумовлює необхідність придбати такі речі. Але за певних умов можна обійтися і без придбання їх у власність, задовольнивши свої потреби шляхом використання чужих речей.

Безперечно, право користування чужим майном є завжди правомірним. Підстави такого користування визначає закон. Користування чужим майном певною мірою обмежує право власності власника речей, якими має право користуватися інша особа, і це право користування чужим майном виявляється сильнішим від права власності. Воно не залежить від волі власника цих речей (майна). Власник не може за своєю волею припинити це користування. Відносини, що складаються між власником певної речі, право користування якою в певному обсязі належить іншій особі,

¹ Див.: *Дождев Д. В.* Римское частное право. — М., 1996. — С. 403–421.

² Див.: *Харитонов Е. О., Харитонова О. І.* Рецепція приватного права: парадигма прогресу. — Кіровоград, 1999.

³ Див.: *Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов.* — М., 1986.

є недоговірними, вони регулюються незобов'язальним правом. Це відносини речеві, виключні і абсолютні. Право користування чужим майном (рiччю), яке належить iншiй особi, невласнику, є речевим правом цiєї особи i воно може припинитися лише за волевиявленням цiєї особи. Нiхто iнший його припинити чи призупинити не може, крiм суду.

Зазначенi позитивнi характеристики права на чуже майно роблять його досить ефективним способом задовольняти власнi потреби за рахунок чужого майна. Тому це право, як показує досвiд, виявилось досить живучим (iснує вже понад два тисячолiття), широко застосовуваним i ефективним. Перехiд України до ринкової економiки зумовив потребу в цьому правi в умовах нового господарювання. I тому включення до нового ЦК України iнституту «Речевi права на чуже майно» слiд визнати своєчасним, виправданим i доцiльним. Немає нiякого сумнiву в тому, що цi права знайдуть використання в господарюванні України. Вони вже використовувалися i до прийняття ЦК.

Речевi права на чуже майно включено до роздiлу II третьої книги ЦК як окремий цивiльно-правовий iнститут. Вiн складається з п'яти глав, якi об'єднують 23 статтi. Навряд чи можна визнавати окремi види прав на чуже майно окремими цивiльно-правовими iнститутами. Окремим цивiльно-правовим iнститутом є речевi права на чуже майно. Адже право власностi та iншi речевi права слiд визнати пiдгалуззю цивiльного права, яка складається з двох окремих цивiльно-правових iнститутiв: права власностi та речевих прав на чуже майно.

Але передусiм звертає на себе увагу те, що зазначена пiдгалузь у ЦК називається «Право власностi та iншi речевi права». Iнакше кажучи, праву власностi протиставляються iншi речевi права. З цього випливає, що нiбито право власностi не є речевим правом. Але ж це не так. Нiхто не стане заперечувати, що право власностi — це речеве право, а вiдтак, протиставляти його якимось iншим речевим правам ненауково i нелогiчно.

Тому вважаємо, що в проектi ЦК України (видання друге зi змiнами)¹ назва книги третьої була бiльш вдалою: «Речеве право». Такою назвою книга третя охоплювала i право власностi й iншi речевi права. Здається бiльш вдалою i назва роздiлу II цiєї книги. В проектi вiн називався «Володiння та iншi речевi права». В ЦК України цей роздiл називається «Речевi права на чуже майно». Зазначена назва

¹ Див.: Українське право. — 1999. — № 1. — С. 141.

цього розділу не сприймається з двох міркувань. По-перше, до речевих прав ЦК відніс володіння, яке в точному значенні цього поняття не є правом, хоча й воно назване в ЦК «Право володіння чужим майном». По-друге, володіти можна і майном, яке може і не бути чужим, воно може бути просто безхазяйним (ст. 335). Володіння буде й тоді, коли володілець придбав майно в особи, яка не мала права власності на нього і тому не мала права на його відчуження, — кому належить це майно, може бути просто невідомо. Чужим майном визнається майно, яке належить іншій особі, не володільцю.

Але «Право володіння чужим майном» (ст.ст. 397–400), яке визначається в ЦК, має більш істотні хиби. Воно не відображає того володіння, яке мало б знайти своє місце в новому ЦК. Уже сама назва цього блоку статей про володіння суперечить його сутності. В ЦК йдеться про право володіння чужим майном, саме про право, а не факт. Але ж якщо є право володіння, то, як і будь-яке інше право, воно захищається чинним законодавством. Якогось спеціального захисту воно не потребує. Якщо володілець має право на володіння чужим майном, наприклад, на підставі договору найму, оренди, позички тощо, то таке право володіння чужим майном захищається відповідними договорами і не потребує якогось додаткового захисту. Право володіння чужим майном як певна сукупність відповідних норм абсолютно нічого не додає до захисту такого права володіння. Воно в ЦК недоцільне, невиправдане і його наявність у ЦК нічого не дає. Воно беззмістовне і не зрозуміло, про яке право володіння йдеться. Адже коли є право, то має бути і його захист.

Право володіння чужим майном у тому вигляді, в якому воно викладене в ЦК, не досягає своєї мети, воно захищає право володіння, яке й так уже захищене, але воно не захищає фактичного володіння, яке мало б мати такий захист. Право володіння за ЦК перетворилося на свою протилежність, воно спотворило справжнє поняття володіння, визнане в усьому світі, а його поміщення в ЦК є безцільним. Його мета незрозуміла, має декларативний характер і фактично не нестиме будь-якого правового навантаження.

Правом володіння чужим майном цей розділ інституту про інші речеві права можна назвати лише умовно через те, що фактичне володіння захищається правом.

У новому ЦК України мало б йтися про фактичне володіння, тобто володіння, на яке володілець не має права. В нього є лише сама річ, якою він фактично володіє (утримує) і вважає, що він має

право на цю річ, а насправді в нього такого права немає. Постає резонне запитання: як виникає таке фактичне володіння, коли володільць має річ, але не має права на неї? Про це трохи нижче. Зараз же потрібно з'ясувати, чи є в нашому реальному житті фактичне володіння і чи визнається воно нашим чинним законодавством, у тому числі новим ЦК України.

Фактичне володіння — це володіння без права на нього, так зване безтитульне володіння. Воно не має під собою правової основи чи підстави, а відтак, воно незаконне, оскільки не спирається на будь-який правовий титул. Таке незаконне володіння найчастіше виникає тоді, коли та чи інша річ (майно) переходить до володільця від особи, яка сама не мала на нього права. Продавець продає річ, на яку він права не має. За стародавнім римським принципом, який зберіг свою чинність у багатьох законодавствах і до цього часу, ніхто не може передати іншому більше прав, ніж сам має. Отже, якщо продавець не мав права на річ, яку він продає, то передати це право покупцеві він не може хоча б тому, що сам цього права (найчастіше права власності) не мав.

Зазначений принцип повною мірою використовується в багатьох законодавствах світу. Проте в Україні він дотримується недостатньо. Законодавство України стосовно цього принципу займає половинчасту позицію. За чинним ЦК УРСР (ст. 225), якщо продавець майна не є його власником, покупець набуває право власності лише в тих випадках, коли згідно зі ст. 145 ЦК УРСР власник не вправі витребувати від нього це майно. Нагадаємо, що власник не вправі витребувати майно від володільця, коли це майно вибуло із володіння власника з його волі. Наприклад, власник речі позичив її сусідові, а той продав її третій особі. В такому разі власник цієї речі не може її витребувати від цієї третьої особи (ст. 145 ЦК УРСР).

Ця ж норма без будь-яких змін перекочувала до нового ЦК. Стаття 658 ЦК проголосила те ж саме: «Якщо продавець товару не є його власником, покупець набуває право власності лише у випадку, якщо власник не має права вимагати його повернення». Отже, і за Новим ЦК України один і той же продавець не має права власності на річ, яку він продає, в одних випадках це право не переносить на покупця, бо й сам його не має, а в інших випадках нібито й переносить. Фактично і в другому випадку продавець права власності на покупця не переносить, бо не можна перенести те, чого немає. Але відповіді на питання, на якій підставі покупець такої речі набуває на неї право власності, ні старий ЦК УРСР, ні новий ЦК України не містять.

Законодавець України займає в цьому питанні непослідовну позицію. За однієї і тієї ж ситуації покупець (будь-який інший набувач речі) стає її власником, в інших випадках не стає. Таку непослідовність пояснити важко. На нашу думку, і в тому випадку, коли від покупця власник речі не має права на її витребування, він власником не стає, він стає лише добросовісним володільцем з усіма наслідками, що з цього випливають. Власником він може стати лише зі спливом набувальної давності (ст. 34-4 ЦК).

Володіння як фактична наявність речі у певної особи та її воля вважати цю річ своєю може виникнути й з інших підстав. Такий стан часто настає у випадках, коли продається нерухоме майно, яке потребує відповідної реєстрації. Сторони уклали відповідний договір, розрахувалися, а цієї самої реєстрації не здійснили. Продавець раптово виїхав на постійне місце проживання за кордон і це питання його не хвилює, але покупець не може оформити право власності на це майно.

Нарешті, сама по собі набувальна давність здійснюється саме над майном, що знаходиться у володінні особи, яка здійснює цю набувальну давність. Можуть бути й інші підстави для набуття фактичного володіння, коли володільець має певну річ (майно), вважає її своєю, але право на цю річ у нього не виникло. Про цей прикрий факт володільець може знати і тоді його володіння визнається хоча й незаконним, але добросовісним. Однак володільець може знати про те, що його володіння незаконне. В такому разі воно визнається незаконним і недобросовісним. Характер володіння має значення при визначенні обсягу відповідальності володільця в разі витребування власником від нього своєї речі.

Постає наступне запитання: чи визнає новий ЦК України незаконне (добросовісне і недобросовісне) володіння, тобто фактичне володіння? Новий ЦК, так само як ЦК УРСР, визнає фактичне володіння, але якось дуже соромливо. Це фактичне володіння є і його нібито й немає. Воно є, від цього нікуди не подінешся, але ЦК його не захищає. Стаття 400 ЦК визнає, що недобросовісне володіння існує. Раз існує недобросовісне володіння, то існує і добросовісне, а відтак, і незаконне. Стаття 387 ЦК ще більш чітко визначає, що є незаконне володіння, тобто володіння без правової підстави (безтитульне володіння). Отже, як бачимо, новий ЦК визнає наявність у нашому реальному житті фактичного володіння як незаконного у формі добросовісного і недобросовісного. Більш того, ст.ст. 388 і ст. 390 містять визначення добросовісного і недобросовісного володіння. Стаття 390 ЦК прямо проголошує, що «власник майна має право вимагати від особи, яка знала або мог-

ла знати, що вона володіє майном *незаконно* (недобросовісний набувач)...» (курсив мій. — О. П.).

Новий ЦК в окремих випадках навіть надає цьому незаконному, але у формі добросовісного володіння, захист. Так, за ст. 388 ЦК від добросовісного володільця власник не може витребувати своє майно, якщо це майно власником або особою, якій він передав майно у володіння, було загублено; це ж майно у зазначених осіб було викрадено; це ж майно вибуло з володіння цих же осіб не з їх волі іншим шляхом. Отже, новий ЦК у цих випадках захищає добросовісного (незаконного) володільця, тобто захищає незаконне володіння. Про це ж говориться і в ст. 658 ЦК: «Якщо продавець товару не є його власником, то покупець набуває право власності лише у випадках, якщо власник не має права вимагати його повернення». Але ж покупець, який придбав майно у особи, яка не мала прав власності на нього, є не хто інший, як незаконний володільець.

Нарешті, за ст. 344 ЦК набувальна давність — це також не що інше, як незаконне, але добросовісне володіння. Це фактичне володіння відповідно до цієї статті ЦК захищається. Частина 3 ст. 344 проголошує: «Втрата не з своєї волі майна його володільцем не перериває набувальної давності у разі повернення майна протягом одного року або пред'явлення позову протягом цього строку про його витребування». Як бачимо, ЦК надає суб'єкту набувальної давності право звертатися до суду з позовом про повернення втраченого ним не з його волі володіння.

Таким чином, новий ЦК України надає захист фактичному (незаконному) володінню, але безсистемно і не в усіх випадках такого володіння. Саме ці та інші подібні випадки фактичного незаконного володіння мали б бути передбачені блоком статей про володіння.

Тим часом глава 3 ЦК «Право володіння чужим майном» містить суперечливі положення. Так, ч. 1 ст. 397 проголошує: «Володільцем чужого майна є особа, яка фактично тримає його у себе». Цією нормою володінням визнається як законне, засноване на правовому титулі (титульне володіння), так і незаконне володіння, яке не ґрунтується на правовій основі (безтитульне володіння). Але ж безтитульне, тобто незаконне, володіння — це не право, а факт. Адже якщо немає правової основи нього володіння, то немає і права на нього.

Проте ч. 2 цієї ж статті вже говорить про право володіння, тобто про володіння, яке спирається на правовий титул — правомірне володіння. Як уже підкреслювалося, правомірне володіння, тобто законне володіння, не потребує будь-якого додаткового чи спеціального захисту. Воно захищається загальними цивільно-правови-

ми нормами. Що ж стосується незаконного (неправомірного) володіння, то в цій главі ЦК воно не знайшло належного захисту і, отже, зазначена глава втрачає свій смисл.

Щодо інших речевих прав на чуже майно. Право користування чужим майном (сервітут) за ст. 401 ЦК встановлюється лише щодо земельних ділянок, інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна. Проте сервітут — це не просто користування чужим майном, а обмежене користування, користування лише в одному або декількох відносінах. Про це й говорить ст. 404 ЦК. Тому зазначену особливість варто було б відобразити і у визначенні самого сервітуту.

Підстави виникнення сервітутів визначає ст. 402 ЦК. Однак ця стаття чомусь не згадує про таку підставу виникнення сервітутів, як давність використання. Але ж така підстава виникнення сервітутів у реальному житті існує і мала б знайти своє відображення в ЦК.

Стаття 406 «Припинення сервітуту» (ч. 1 пп. 6) передбачає, що сервітут припиняється в разі смерті особи, на користь якої було встановлено особистий сервітут. Проте в главі 32 про особисті сервітуту не згадується. Але ж такі сервітуту існують і, до речі, вони можуть встановлюватися і щодо рухомого майна. ЦК передбачає, що сервітуту можуть встановлюватися лише щодо нерухомого майна.

Про право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) говориться в главі 33 ЦК. Проте ст. 407 ЦК не дає визначення нього поняття. Відсутність такого визначення дивує ще й тим, що глава 32 про сервітуту починається з визначення поняття сервітуту.

Емфітевзис — це довготривале, відчужуване і таке, що переходить у спадщину, право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб. Це ж зауваження стосується і права користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій).

Слід зазначити, що Земельний кодекс України (глава 16) дає дещо інше визначення права земельного сервітуту, яке певним чином відрізняється від визначення сервітуту в ЦК.

Шкода, але Земельний кодекс не знає такого права, як право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб.

Видається, що питання про таке право в умовах приватної власності на земельні ділянки ще постане.

В цілому встановлення новим ЦК України такого інституту, як речеві права на чуже майно, слід вітати.

Надійшла до редколегії 20.05.03

Ю. Червоний, член-кореспондент
АПрН України

Поняття предмета і методу сімейного права України

Під сімейним правом розуміють сукупність правових норм, регулюючих особисті немайнові і пов'язані з ними майнові відносини, що виникають із шлюбу, спорідненості, усиновлення й прийняття дітей на виховання. Стаття 2 Сімейного кодексу України (далі — СК) встановлює: «1. Сімейний кодекс України регулює сімейні особисті немайнові і майнові відносини між подружжям, між батьками і дітьми, усиновителями і усиновленими, між матір'ю і батьком дитини відносно її виховання, розвитку й утримання. 2. Сімейний кодекс України регулює сімейні особисті немайнові і майнові відносини між бабкою, дідом, прабабкою, прадідом і онуками, правнуками, рідними братами і сестрами, мачухою, вітчимою і падчеркою, пасинком. 3. Сімейний кодекс України регулює сімейні особисті немайнові і (або) майнові відносини між іншими членами сім'ї, вказаними в ньому». У цьому випадку перелічені відносини, які є предметом сімейного права як галузі або підгалузі права.

В літературі немає єдності щодо поняття сімейного права як галузі права. Одні автори вважають сімейне право підгалуззю цивільного права або частиною цивільного права¹, інші — самостійною галуззю права².

¹ Див.: *Вильнянский С. И.* Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. — Х., 1958. — С. 14–15; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право (курс лекций). — 1958. — С. 15, 28–29; Советское семейное право. — К., 1982. — С. 18–19; *Антокольская М. В.* Семейное право. — М., 1999. — С. 31–36; Гражданское право. Т. 3. — М., 1999. — С. 258–267. Розробники проекту ЦК також вважають, що сімейно-правові відносини є цивільно-правовими (див.: Українське право. — 1999. — № 1. — С. 21). Іншої думки дотримуються розробники проекту Сімейного кодексу України.

² Див.: *Рясенцев В. А.* Семейное право. — М., 1971. — С. 8–20; *Белякова А. М., Ворожейкин Е. А.* Советское семейное право. — М., 1974. — С. 10–12; *Матвеев Г. К.* Советское семейное право. — М., 1985. — С. 34–37; Сімейне право України. — К., 1997. — С. 14; *Косова О. Ю.* Предмет семейного права и семейное законодательство // Государство и право. — 2000. — № 7. — С. 73–77; Советское семейное право. — М., 1982. — С. 3–10; *Толстой Ю. К.* Гражданское право и гражданское законодательство. — Правоведение. — 1998. — № 2. — С. 136; Сімейне право України. — К., 2002. — С. 13–14.

Для відповіді на питання про поняття сімейного права як галузі права потрібно визначити його предмет регулювання, метод правового регулювання, функції, принципи. Основою поділу права на галузі є предмет регулювання, тобто сукупність однорідних суспільних відносин, яка в зв'язку з її специфічністю вимагає особливого регулювання. Своєрідність регульованих відносин, як зазначає В. Яковлев, обумовлює не тільки існування галузі права, а й її функціональне призначення та особливості соціально-юридичного змісту, які знаходять свій концентрований вираз у таких загальних засадах галузі, як принципи, метод, механізм впливу на відносини, котрі вони опосередковують¹. Більшість авторів, що досліджують питання про предмет сімейного права, вважають, що предметом сімейного права як галузі права є немайнові та пов'язані з ними майнові відносини, що виникають із шлюбу, спорідненості, усиновлення і прийняття дітей на виховання².

Однією з особливостей предмета сімейного права є співвідношення особистих немайнових і майнових відносин, регульованих сімейним правом. Донедавна переважна більшість вчених, що займаються проблемами сімейного права, вважали, що в сімейному праві на перший план виступає регулювання особистих немайнових відносин в сім'ї. Цю точку зору висловлювали як автори, котрі стверджують, що сімейне право є самостійною галуззю права (В. Рясенцев, Г. Матвеев, Є. Ворожейкін, В. Яковлев, Є. Суханов), так і автори, котрі стверджують, що сімейне право є складовою частиною, підгалуззю цивільного права³.

Разом з тим М. Антокольська і Н. Єгоров⁴ вважають, що в сімейному праві на перший план виступає регулювання майнових відносин. Свою думку вони обґрунтовують не тільки тим, що, як

¹ Див.: Советское семейное право. — М., 1982. — С. 3.

² Дещо своєрідно визначає предмет сімейного права В. Голончук. Він вважає, що предметом сімейного права є сукупність норм, які регулюють особисті немайнові права і впливаючі з них майнові відносини людей, що виникають на ґрунті шлюбу і сім'ї (див.: Сімейне право України. — К., 2002. — С. 14). В цьому визначенні є два недоліки: 1) предметом галузі права не може бути сукупність норм. Сукупність норм — це галузь права, а не її предмет; 2) норми права не регулюють права, а встановлюють права. Особисті суб'єктивні права та обов'язки виникають внаслідок урегулювання правом суспільних відносин.

³ Див.: *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Ч. 3 — Л., 1965. — С. 176; Советское семейное право. — К., 1982. — С. 12.

⁴ Див.: *Антокольская М. В.* Вказ праця. — С. 14–17; Гражданское право. Т. 3. — М., 1999. — С. 255–258, 286–267.

вони стверджують, є незначна кількість норм сімейного права, котрі регулюють особисті немайнові відносини. Ця обставина, як зазначає Н. Єгоров, не має вирішального значення. На його думку, переважне значення майнових відносин у сімейному праві зумовлено тим, що особисті немайнові відносини в сім'ї регулюються державою остільки, оскільки вони тісно пов'язані з майновими відносинами і певним чином впливають на них. Так, особисті немайнові відносини з виховання дітей залучаються до сфери правового регулювання передусім тому, що вони тісно пов'язані з майновими відносинами по утриманню і вихованню дітей і внаслідок цього зачіпають економічні інтереси суспільства, яке не спроможне взяти на себе турботу і витрати по утриманню і вихованню дітей¹.

З наведеною точкою зору навряд чи можна погодитися, оскільки майнові відносини в сім'ї виникають лише за наявності особистих немайнових відносин і обслуговують їх. Так, між подружжям спочатку виникають особисті немайнові відносини, а потім — майнові відносини. Майнові відносини, регульовані сімейним законодавством, можуть виникнути лише за наявності особистих немайнових відносин. Вони сприяють виконанню одного з основних завдань сімейного законодавства — зміцненню сім'ї. Аліментні правовідносини між батьками і дітьми сприяють належному здійсненню особистих правовідносин щодо виховання дітей, тобто обслуговують ці особисті немайнові правовідносини, а відтак, похідні від них. Слід зазначити, що регульовані сімейним законодавством особисті немайнові і майнові відносини мають низку спільних ознак. Вони залежать від сімейно-правового становища особи, для них характерні непередаваність і невідчужуваність прав і обов'язків. Вони, як правило, виникають на основі своєрідних юридичних фактів: шлюбу, спорідненості, встановлення опіки і піклування, хоча зараз майнові відносини між подружжям можуть регулюватися шлюбним контрактом (шлюбним договором), але для вступу шлюбного контракту (шлюбного договору) в силу необхідна наявність шлюбу, тобто і тут виявляється похідність майнових відносин від особистих немайнових. Правове регулювання сімейних особистих немайнових і майнових відносин спрямоване на виконання завдань, передбачених ст. 1 Сімейного кодексу України. Таким чином, однією із специфічних ознак відносин, що регулюються сімейним правом, є переважне значення особистих немайнових відносин. Майнові відносини, регульовані сімейним правом, похідні від особистих немайнових відносин.

¹ Див.: Гражданское право. Т. 3. — М., 1999. — С. 258.

Особливістю сімейних відносин, як підкреслено в літературі, є їх суб'єктний склад. Їх учасниками можуть бути тільки члени сім'ї¹.

Разом з тим не всі відносини між членами сім'ї, як зазначає Н. Єгоров, є сімейними правовідносинами. Так, при укладанні договору позики між сестрою і братом, що проживають в одній сім'ї, виникають майнові відносини, які регулюються не сімейним, а цивільним правом. У разі поширення одним членом сім'ї відомостей, що порочать честь, гідність і ділову репутацію іншого члена сім'ї, між ними виникають особисті немайнові відносини, які регулюються цивільним правом. Між членами сім'ї можуть виникнути також трудові, адміністративні правовідносини². Однак з наведених прикладів не можна робити висновок, який роблять М. Антокольська³ та Н. Єгоров⁴, про відсутність у сімейному праві матеріального критерію для відмежування сімейних відносин від цивільних. У зазначених випадках правовідносини виникають не з шлюбу, спорідненості, усиновлення і прийняття дітей на виховання, а з інших фактів.

Для сімейних відносин також характерно, що їх регулювання залежить від сімейно-правового стану особи. Сімейне право регулює відносини між членами сім'ї залежно від їх сімейно-правового стану, як між подружжям, між батьками і дітьми і т. ін., а не як між членами громадянського суспільства. У зв'язку з тим, що сімейне право регулює відносини, котрі виникають із шлюбу, спорідненості, усиновлення і прийняття дітей на виховання, вони, як зазначає Є. Ворожейкін, мають особисто-довірчий характер⁵.

Сімейні відносини, як зазначають у літературі, мають безеквівалентний і невідплатний характер⁶.

Для відносин, регульованих сімейним правом, на відміну від відносин, регульованих цивільним правом, характерним є таке:

а) ці відносини виникають із шлюбу, спорідненості, усиновлення і прийняття дітей на виховання;

б) у відносинах, регульованих сімейним правом, особисті немайнові відносини мають визначальний характер. Майнові відно-

¹ Див.: Советское семейное право. — К., 1982 — С. 16.

² Див.: Гражданское право. Т. 3. — М., 1999. — С. 253.

³ Див.: Антокольская М. В. Вказ. праця. — С. 11–12.

⁴ Див.: Гражданское право. Т. 3. — М., 1999. — С. 254.

⁵ Див.: Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. — М., 1972. — С. 47, 49.

⁶ Див., напр.: Советское семейное право. — М., 1982. — С. 10: Белякова А. М., Ворожейкин Е. А. Вказ. праця. — С. 11; Советское семейное право. — К., 1982. — С. 16: Косова О. Ю. Вказ. праця. — С. 76.

сини похідні від особистих немайнових відносин. Вони можуть виникнути лише за наявності особистих немайнових відносин.

в) вони є специфічними за своїм суб'єктивним складом. Учасниками їх можуть бути тільки члени сім'ї;

г) регулювання відносин між членами сім'ї залежить від їх сімейно-правового становища як подружжя, батьків і дітей і т. ін., а не як членів громадянського суспільства;

г) відносини, регульовані сімейним правом, мають особисто-довірчий характер¹. У зв'язку з цим сімейні права і обов'язки не передаються і не відчужуються ні за одностороннім волевиявленням, ні за угодою сторін². Це положення закріплено в п. 1 сі. 14, п. 1 ст. 15 СК. Особисто-довірчий характер сімейних правовідносин визначає і таку особливість регулювання сімейних правовідносин як недопустимість правонаступництва³.

д) для сімейних відносин характерним є і те, що вони мають безеквівалентний і невідплатний характер.

Майнові відносини, регульовані сімейним правом, мають низку особливостей, що відрізняють їх від майнових відносин, регульованих цивільним правом. Спільним для майнових відносин, регульованих цивільним правом, і для майнових відносин, регульованих сімейним правом, є те, що ці відносини мають майново-вартісний характер. Однак, як зазначалося, майново-вартісні відносини регулюються не тільки цивільним правом¹. Майновими відносинами є податкові й інші фінансові відносини, а також відносини з видачі зарплати, пенсій. Однак вони не регулюються цивільним правом. Для майнових відносин, регульованих сімейним правом, характерні перелічені ознаки відносин, регульованих сімейним правом. Крім того, для майнових відносин, регульованих сімейним правом, характерно те, що учасники цих відносин виступають не як самостійні товаровласники, а як члени сім'ї. Вони не опосередковують обмін товару на гроші і товару на товар. Тому вони не мають еквівалентного і відплатного характеру. Майнові відносини, регульовані цивільним правом, пов'язані з виробництвом, обміном і розподілом матеріальних цінностей. Майнові відносини, регульовані

¹ Див.: *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. — С. 47, 49; *Косова О. Ю.* Вказ. праця. — С. 73; *Белякова А. М., Ворожейкин Е. М.* Вказ. праця. — С. 11.

² Див.: *Рясенцев В. А.* Вказ. праця. — С. 13; *Матвеев Т. К.* Вказ. праця — С. 35; *Гражданское право. Т. 3.* — М., 1999. — С. 307; *Советское семейное право.* — К., 1982. — С. 18.

³ Див.: *Рясенцев В. А.* Вказ. праця. — С. 13.

сімейним правом, спрямовані на зміцнення сім'ї, виконання сім'єю її функцій, при цьому не тільки господарської функції, а й виховної. При регулюванні сімейних відносин до більшості з них не застосовується взаємооціночний критерій, який, на думку Н. Єгорова, становить ту загальну властивість, що дозволяє об'єднати майново-вартісні і особисті немайнові відносини в одному предметі цивільного права. При цьому Н. Єгоров підкреслює, що оціночний характер мають всі суспільні відносини, а взаємооціночна ознака характерна тільки для тих відносин, які входять до предмета цивільного права. У майнових відносинах взаємна оцінка виявляється у вартісній формі, а в немайнових — в етичній чи іншій соціальній формі².

Як уже говорилося, взаємооціночний характер властивий не тільки відносинам, що регулюються цивільним правом. Він може мати місце і у відносинах, що регулюються трудовим правом. Для більшості ж сімейних відносин ця ознака не характерна¹. Це зазначав і Н. Єгоров. Згодом він змінив свою точку зору і почав стверджувати, що сімейне право є однією з підгалузей цивільного права². На думку Н. Єгорова, взаємооціночний характер застосовується до аліментних відносин, до відносин загальної спільної власності людей, до особистих немайнових відносин між подружжям і до особистих немайнових відносин між батьками і дітьми³. З цим твердженням навряд чи можна погодитися. Діти і батьки не вибирають один одного. До особистих немайнових прав і обов'язків батьків належать права батьків визначати прізвище дитини, її ім'я, право і обов'язок по вихованню дитини, право на спілкування з дитиною, право на визначення місця проживання дитини (статті 145, 146, 150, 151, 153, 160 СК) та інші особисті немайнові права. Ці права виникають у батьків з моменту народження дитини і дитина не в змозі їх оцінювати. Навіть у разі позбавлення батьківських прав поведінку батьків оцінює не дитина, а суд, що вирішує дане питання (ст. 164 СК). При цьому суд може врахувати думку дитини, а може винести рішення всупереч думці дитини, якщо цього вимагають інтереси дитини (ст. 171 Сімейного кодексу). Не застосовується взаємооціночний характер і до більшості особистих немайнових правовідносин людей. Подружжя мають право на материнство і батьківство, на повагу до своєї індивідуальності, своїх звичок і праг-

¹ Див.: Гражданское право. — Т. 1. — М., 1998 — С. 5, 25, 27; *Рябенцев В. А.* Семейное право. — М., 1971. — С. 17; *Толстой Ю. К.* Гражданское право и гражданское законодательство. // Правоведение. — 1998. — № 2. — С. 136.

² Див.: Гражданское право. Т. 1. — М., 1999. — С. 7.

вень, на зміну прізвища, на вибір місця проживання (статті 49, 50, 51, 53, 56 СК) та інші особисті немайнові права і обов'язки. Подружжя, як і будь-яка людина, мають право на життя, свободу і особисту недоторканність, на невтручання в особисте і сімейне життя, на свободу віросповідання, на вибір професії і роду трудової діяльності, право на освіту. При здійсненні більшості зазначених прав чоловік і жінка, як будь-яка людина, самі оцінюють свою поведінку. Їх поведінку оцінює і держава. Оцінка іншої людини правового значення не має. Як правило, взаємооціночний критерій не застосовується і при регулюванні аліментних відносин. Безперечно, аліментні відносини мають майново-вартісний характер. Однак розмір аліментів, що стягуються на користь однієї з осіб, батьків і дітей, а також інших осіб, які зобов'язані платити аліменти, визначає, як правило, суд (статті 80, 182, 183, 200, 272 СК). Застосування взаємооціночного критерію при стягненні аліментів може мати місце тільки в тому випадку, якщо подружжя укладуть між собою договір про сплату аліментів або передбачать сплату аліментів на утримання одного з них у шлюбному договорі (статті 78, 92 СК). Батьки можуть також укласти між собою договір про сплату аліментів на дитину, в яком передбачаються розмір і строки сплати аліментів (ст. 189 СК). У цьому випадку також застосовується взаємооціночний критерій, якщо один з батьків виступає як представник дитини. Отже, при стягненні аліментів тільки в двох випадках може мати місце застосування взаємооціночного критерію.

Взаємооціночний критерій також не застосовується до відносин спільної сумісної власності людей. Ці відносини мають майново-вартісний характер. Однак визначити, яку участь брав кожен з людей у придбанні їх спільного майна, неможливо. Цю обставину відзначав ще Д. Курський, який у пояснювальній записці до проекту КЗпШС РРФСР 1925 р. писав: «Тому в ст. 9 проект встановлює спільну власність подружжя на все те майно, яке у них з'явилося внаслідок їх спільного шлюбного життя, не ставлячи собі явно безнадійного і принципово неправильного завдання врахувати і розчленувати, що і в якій мірі хто з подружжя вніс у цю спільну справу»¹. Закон в цьому випадку встановлює презумпцію рівності частки людей, надаючи право суду в певних випадках відступити від засад рівності частки людей (ст. 70 СК).

¹ Див.: Гражданское право. Ч. 1. — СПб., 1996. — С. 14.

² Див.: Гражданское право. Т. 1. — М., 1999. — С. 15, 22.

³ Див.: Гражданское право. Т. 3. — М., 1999. — С. 260–261.

⁴ Курский Д. И. Избранные статьи и речи. — М., 1948. — С. 147.

Таким чином, більшість сімейних відносин не мають взаємооціночного характеру. Дана обставина є ще одним підтвердженням того, що сімейне право не є підгалуззю цивільного права.

Особисті немайнові відносини, пов'язані з майновими відносинами, в сімейному праві відрізняються від таких самих відносин у цивільному праві. Для особистих немайнових відносин, пов'язаних з майновими, в цивільному праві характерно те, як відзначають у літературі, що об'єктом цих відносин є результати інтелектуальної творчості (твору науки, літератури і мистецтва, винаходу, програми для ЕОМ і т. д.), а також засобу індивідуалізації товарів та виробників (товарних знаків, фірмових найменувань і т. п.), які можуть використовуватися як товари¹. У сімейному праві особисті немайнові відносини, пов'язані з майновими, виникають у зв'язку з вихованням дітей у результаті укладання шлюбу, а також у випадках, зазначених у СК, між іншими родичами. Особисті немайнові відносини по вихованню дітей спрямовані на виховання дитини в дусі поваги до прав і свобод інших людей, любові до своєї сім'ї, свого народу, своєї Батьківщини. Батьки зобов'язані піклуватися про здоров'я дитини, її фізичний, духовний і моральний розвиток, отримання дитиною загальної середньої освіти, підготовки дитини до самостійного життя (ст. 150 СК). Особисті немайнові відносини між подружжям спрямовані на здійснення турботи подружжя про сім'ю, на побудову сімейних відносин між собою та іншими членами сім'ї на почуттях взаємної любові, поваги, дружби, взаємодопомоги (ст. 55 СК). Об'єктом цих правовідносин є блага, які не можуть бути використані як товари. Предметна різnorodність особистих немайнових відносин у галузі цивільного і сімейного права, як зазначає В. Рясенцев, настільки велика, що включення особистих сімейних відносин у систему права було б методологічно невиправданим².

Однією з особливостей відносин, регульованих сімейним правом, є те, що в цих відносинах часто суб'єктивні права правочинного суб'єкта одночасно є і обов'язком стосовно іншого учасника цих правовідносин³. Наведене положення не поділяє Н. Єгоров,

¹ Див.: Гражданское право Т. 1. — М., 1998. — С. 31: Красавчикова Л. О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными, прав граждан (физических лиц в гражданском праве Российской Федерации): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 1994. — С. 1–2.

² Див.: Рясенцев В. А. Семейное право. — М., 1971. — С. 19.

³ Див.: Рясенцев В. А. Советское семейное право. — М., 1956. — С. 5–6; Гражданское право Т. 3. — М., 1999. — С. 265, 306, 406; Рясенцев В. А. Семейное право. — С. 184; Советское семейное право. — М., 1982. — С. 158; Ворожейкин Е. М. Вказ. праця. — С. 187; Антокольская М. В. Вказ. праця. — С. 196.

який вважає, що суб'єктивні права в принципі не можуть бути одночасно обов'язками. Право батьків на виховання дітей, на його думку, є елементом абсолютної правовідносини, в якій всі інші особи повинні утримуватися від здійснення будь-яких дій, що перешкоджають батькам виховувати своїх дітей. У правовідносинах між батьками і дітьми на батьках лежить обов'язок по вихованню дітей, який не може одночасно розглядатися і як право на виховання щодо дітей¹. З думкою Н. Єгорова навряд чи можна погодитися. Більш правильно видається точка зору В. Рясенцева, який стверджує, що правовідносини між батьками і дітьми є відносними правовідносинами, бо вони звернені лише до дитини. Одночасно ці права мають абсолютний характер захисту від порушення з боку всіх інших осіб². Як правильно зазначено в літературі, своєрідність відносин, регульованих сімейним правом, полягає в тому, що в них міра юридично значущої і забезпеченої поведінки може бути одночасно і правом, і обов'язком. Так, право батьків на виховання дітей є і їх обов'язком стосовно тих же дітей. Цьому обов'язку відповідає право дітей вимагати від батьків його належного виконання. З іншого боку, праву батьків на виховання дітей відповідає обов'язок дітей не чинити батькам перешкод при здійсненні цього права в інтересах дітей³. Так, ст. 150 СК передбачає обов'язки батьків по вихованню і розвитку дітей, а ст. 151 — права батьків по вихованню дітей.

Одним із доводів прихильників точки зору, згідно з якою сімейне право є частиною (підгалуззю) цивільного права, є те, що відносини, регульовані цивільним правом, тісно переплітаються з відносинами, регульованими сімейним правом⁴, наприклад, спадкове право тісно пов'язане з сімейними відносинами⁵, а відносини власності, що виникають між членами сім'ї, є різновидом відносин особистої власності⁶ (тепер — приватної власності). Дійсно, відносини, врегульовані цивільним правом, тісно переплітаються з відносинами, врегульованими сімейним правом. Це визнають і автори, які вважають сімейне право самостійною галуззю права. Так, О. Косова зазначає, що норми сімейного права пов'язані не тільки з ци-

¹ Гражданское право Т. 3. — М., 1999. — С. 264—265.

² Рясенцев В. А. Семейное право. — С. 51; Советское семейное право. — М., 1982. — С. 49.

³ Див.: Гражданское право Т. 3. — М., 1999. — С. 265.

⁴ Див.: Вильнянский С. И. Вказ. праця. — С. 14.

⁵ Див.: Там само.

⁶ Див.: Иоффе О. С. Вказ. праця. — С. 15.

вільним правом, але і з іншими галузями права: адміністративним, цивільно-процесуальним правом¹. Однак взаємозв'язок суміжних галузей права характерний не тільки для сімейного права. Тому наведений довід не може бути основою для розгляду сімейного права як самостійної галузі права². Тісне переплетення відносин, урегульованих цивільним і сімейним правом, пояснюється тим, що цивільне право і сімейне право є галузями єдиного права України, навіть більше, галузями приватного права. Цивільне право посідає центральне місце серед галузей права, регулюючих майнові відносини. Тому його норми можуть субсидіарно застосовуватися до сімейних, трудових, природоресурсових і екологічних відносин. Переплетення норм різних галузей права не означає, що ці норми є нормами однієї галузі права.

Одним із доводів прихильників точки зору, згідно з якою сімейне право повинно бути визнане частиною або підгалуззю, є можливість субсидіарного застосування норм цивільного права до регулювання сімейних відносин, яка передбачена в ст. 8 СК України і ст. 4 СК Російської Федерації. Однак з цього не можна, подібно до Н. Єгорова, робити висновок про однорідність особистих немайнових відносин. Ст. 8 СК України, на відміну від ст. 4 СК Російської Федерації, передбачає можливість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства тільки до майнових відносин між членами сім'ї. Таким чином, можливість субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин і умова, передбачена в ст. 8 СК України і ст. 4 СК Російської Федерації, свідчать не про однорідність цивільних і сімейних відносин, а, навпаки, підтверджують висновок, згідно з яким сімейне право є самостійною галуззю права³. Субсидіарне ж застосування норм сімейного цивільного права, як було сказано і як зазначає Є. Суханов, пояснюється тим, що цивільне право становить основу приватноправового регулювання. Тому загальні норми і принципи цивільного права можуть застосовуватися для регулювання будь-яких відносин, що входять до приватноправової сфери, якщо про це

¹ Див.: *Косова О. Ю.* Вказ. праця. — С. 75;

² Див.: *Гражданское право*. Т. 1. — М., 1998. — С. 143–144; *Рясенцев В. А.* Семейное право. — С. 10; *Кодекс о браке и семье Украины*: Научно-практический комментарий. — Х., 2001. — С. 12; *Толстой Ю. К.* Гражданское право и гражданское законодательство // *Правоведение*. — 1998. — № 2. — С. 147.

³ Слід відзначити, що Г. Матвеев заперечував субсидіарне застосування норм цивільного права до сімейних відносин (див.: *Матвеев Г. К.* Советское семейное право. — М., 1985. — С. 38.

відсутні прямі розпорядження спеціального законодавства (тобто в субсидіарному порядку). Це стосується не тільки сфери сімейного права, а й приватноправових відносин, що регулюються інститутами трудового, природноресурсового, екологічного права¹.

Кожна галузь права має не тільки свій предмет, а й метод правового регулювання. Під методом правового регулювання розуміють сукупність прийомів і засобів, за допомогою яких норми права впливають на регульовані цими нормами суспільні відносини, а також засоби захисту цих відносин. Метод правового регулювання тісно пов'язаний з предметом правового регулювання і визначається ним.

Сімейно-правовий метод є дозвільно-імперативним², або, більш правильно, імперативно-дозвільним, оскільки в сімейному праві переважають імперативні норми³. Сутність імперативного регулювання, як зазначав І. Покровський, полягає в тому, що веління виходять від єдиного центру, яким є державна влада. Ця влада своїми нормами вказує кожній окремій особі її юридичне місце, її права і обов'язки стосовно цілого державного організму і окремих осіб. Для диспозитивної засади характерно те, що державна влада принципово стримується від безпосереднього владного регулювання відносин. Держава не визначає цих відносин від себе і примусово, а лише посідає становище органу, який охороняє те, що буде визначено іншими. Якщо воно і дає свої визначення, то за загальними правилами, лише на той випадок, якщо приватні особи чомусь своїх визначень не зроблять, отже, лише на заповнення чогонебудь недостатнього⁵.

Дозвільність сімейно-правового методу проявляється в тому, що сімейне право наділяє громадян правовими засобами задоволення їх потреб та інтересів в життєво важливій сфері — в галузі сімейних відносин⁵. Однак зміст цих прав визначається імперативно. Імперативний характер розпоряджень, що використовуються, дозволяє сімейному праву однозначно визначити основи побудови сімейних відносин, виключаючи залежність цих основ від дов-

¹ Див.: Гражданское право Т. 1. — М., 1998. — С. 23.

² Див.: Советское семейное право. — М., 1982. — С. 11.

³ Див.: Антокольская М. В. Вказ. праця. — С. 23, 26.

⁴ Див.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — Пг., 1917. — С. 9–10.

⁵ Див.: Советское семейное право. — М., 1982. — С. 11; Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. — Свердловск, 1972. — С. 153.

ільних рішень або угод учасників сімейних відносин. Так, сімейне право імперативно визначає основні подружні відносини, встановлюючи, що вони повинні будуватися на основі повної рівноправності чоловіка і дружини. Також категоричний сімейний закон у визначенні прав і основних обов'язків батьків перед дітьми, а дітей — перед батьками похилого віку¹.

Своєрідність, притаманна сімейно-правовому методу, як зазначає В. Рясенцев, виявляється в специфічних рисах сімейних правовідносин². Основу сімейних відносин становить шлюб, спорідненість, усиновлення, прийняття дітей на виховання. Тому вони мають тривалий характер³. Сімейні правовідносини мають також особисто-довірчий характер⁴. У зв'язку з цим сімейні права і обов'язки непередавані і невідчужувані ні за одностороннім волевиявленням, ні за згодою⁵. Це положення закріплено в п. 1 ст. 14 і п. 1 ст. 15 СК. Особисто-довірчий характер сімейних правовідносин визначає таку особливість правового регулювання сімейних відносин, як недопущення правонаступництва⁶. Різними є також підстави виникнення сімейних і цивільних правовідносин. Найважливішою підставою виникнення цивільних правовідносин є договір. Сімейні ж відносини виникають зі шлюбу, спорідненості, усиновлення. Договір, як правило, не може бути самостійною підставою виникнення сімейних правовідносин. Тільки в одному випадку — при встановленні патронату над дітьми — договір є самостійною підставою виникнення сімейних правовідносин (ст. 252 СК). В інших же випадках договір може бути підставою для зміни сімейних правовідносин, але не для їх виникнення. Так, шлюбний договір не може бути самостійною підставою для виникнення сімейних відносин. Якщо шлюбний договір укладено до реєстрації шлюбу, він набирає чинності в день реєстрації шлюбу або може бути укладений між подружжям. В останньому разі він набуває чинності з моменту його посвідчення нотаріусом. Разом з тим у шлюбному до-

¹ Див.: Советское семейное право. — М., 1982. — С. 12.

² Див.: Рясенцев В. А. Вказ. праця. — С. 13.

³ Див.: Там само. — С. 13; Матвеев Г. К. Вказ. праця. — С. 35; Косова О. Ю. Вказ. праця. — С. 73.

⁴ Див.: Ворожейкин Е. М. Вказ. праця. — С. 47, 49; Косова О. Ю. Вказ. праця. — С. 73.

⁵ Див.: Рясенцев В. А. Вказ. праця. — С. 13; Матвеев Г. К. Вказ. праця. — С. 35; Гражданское право. Т. 3. — М., 1999. — С. 307; Советское семейное право. — К., 1982. — С. 18.

⁶ Див.: Рясенцев В. А. Вказ. праця. — С. 13.

говорі можна передбачити різний правовий режим для майна подружжя (роздільного або спільного), для окремих предметів, що належить згідно із законом до спільного або роздільного майна подружжя, порядок розділу їх спільного майна у разі розлучення. У шлюбному договорі можна також передбачити порядок користування житлом на момент укладення договору і в майбутньому, а також у разі розірвання шлюбу. В шлюбному договорі можна передбачити і обов'язок однієї з осіб по сплаті аліментів іншій особі незалежно від працездатності і потреби в матеріальній допомозі (статті 97–99 СК).

Специфіка сімейно-правового методу регулювання проявляється і в особливому характері санкцій, передбачених в нормах сімейного права, і сімейних правовідносин, що служать захисту. На відміну від цивільного права, яке широко використовує майнові санкції, в сімейному праві вони застосовуються вельми обмежено. У сімейному праві переважають санкції особистого характеру¹. У сімейному праві можуть застосовуватися такі засоби захисту прав: встановлення правовідносин; примусове виконання добровільно невиконаного зобов'язання; припинення правовідносин, а також їх анулювання; припинення дій, що порушують сімейні права; відновлення правовідносин, які існували до порушення права; стягнення матеріальної і моральної шкоди, якщо це встановлене СК або договором сторін (ст. 18 СК). Проте не всі засоби захисту сімейних прав є засобом реалізації санкцій у сімейному праві. Так, не є засобом реалізації санкцій встановлення правовідносин, наприклад, встановлення батьківства, материнства і відновлення правовідносин, які існували до порушення права, наприклад, відновлення в батьківських правах. Для сімейного права характерні такі санкції, як витребування по суду дитини, позбавлення батьківських прав, визнання шлюбу недійсним, скасування усиновлення, визнання усиновлення недійсним, стягнення аліментів². У сімейному праві, як правило, немає штрафних санкцій (стягнення штрафу, пені, неустойки). Однак ст. 196 СК передбачає можливість присудження неустойки при виникненні заборгованості з вини особи, зобов'язаної сплачувати аліменти на утримання неповнолітньої дитини. Захист сімейних прав звичайно здійснюється судом у позовному порядку на вимогу правомочних осіб. Разом з тим однією з особливостей захисту сімейних правовідносин є те,

¹ Див.: Советское семейное право. — М., 1982. — С. 16.

² Див.: Рясенцев В. А. Вказ. праця. — С. 14.

що захист певної групи сімейних правовідносин, пов'язаних з реалізацією найважливіших принципів сімейного права (рівноправність чоловіка і жінки в сімейних відносинах, забезпечення інтересів матері та неповнолітніх дітей), здійснюється з ініціативи правомочних органів (органів опіки і піклування, прокурора, інших органів) незалежно від бажання суб'єктів сімейних правовідносин¹. Особливістю захисту сімейних прав також є те, що захист цих прав у випадках, передбачених законом, може попередньо здійснюватися органами опіки і піклування (п. 1 ст. 19 СК).

Таким чином, розглянуті особливості відносин, що становлять предмет сімейного права, і особливості сімейно-правового методу регулювання свідчать про те, що сімейне право має свій предмет і метод правового регулювання. Інститути сімейного права утворюють свою галузеву єдність, якісно відмінну від галузевої єдності цивільної та інших галузей права, тобто сімейне право є самостійною галуззю права України.

Надійшла до редколегії 20.06.03

¹ Див.: *Ворожейкин Е. М.* Вказ. праця. — С. 258.

ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Ф. Фіночко, доцент НЮА України

Витоки адміністративного права

Істотним для будь-якої наукової дисципліни є питання про її назву. Наука, що розглядається в цій статті, а саме «адміністративне право», відома під різними назвами, кожна з яких має своє обґрунтування, а також свою історію.

Адміністративне право посідає особливе місце в системі права Української держави і не тільки відрізняється від інших галузей права предметом регулювання, а й характеризується найбільшою мобільністю та багатоаспектністю. Адміністративне право — це право управління. Воно регулює різноманітні, великі за обсягом суспільні відносини у сфері державного управління.

Управління є вічним. Управління має довгу історію, супроводжує людину з перших кроків її соціального розвитку і сягає тисячоліть. Про управління («делегування відповідальності») неодноразово згадується в Біблії. Висловлювання про ті чи інші сторони управління знаходимо в давніх історичних документах. Ще давньогрецький філософ Платон обґрунтовував перевагу поділу праці та її спеціалізації. Аристотель відзначав, що у будь-якому державному устрої є три елементи: перший — законодавчий орган у справах держави, другий — магістратури, тобто виконавчі органи, третій — судові органи. Отже, звідси випливає, що вже в стародавньому світі спостерігалася особлива увага до управління, оскільки і суспільство, і будь-яка держава зацікавлені в успішному управлінні своїми соціальними справами. На прикладах стародавніх Греції, Риму та Єгипту видно, що організація управління є складною і нелегкою справою, бо необхідно було будувати шляхи і канали, підтримувати належний порядок серед підданих, організовувати військо, охороняти державу від зовнішніх ворогів тощо. Без управління і порядку соціальна діяльність людини неможлива. Тому, прослідковуючи

історичний шлях виникнення науки адміністративного права та помічаючи основні тенденції її розвитку, звернемо увагу на те, що управлінські відносини є однією з складових структури суспільства. Тобто, найдавнішою є управлінська влада. Перше, що необхідно з'ясувати стосовно витоків адміністративного права як галузі і науки, це розібратися в понятійно-категоріальних термінах.

В історичному аспекті термінологія, яка має пряме відношення до адміністративного права, є питанням певної трансформації з погляду як часу, змісту, так і форм. Це питання занадто складне з позицій історико-теоретичних. Але безумовним є те, що адміністративне право вийшло із лона державного права і є його наступником.

5 квітня 1710 р. в Бендерах були прийняті «Пакти й Конституції», написані (створені) гетьманом Війська Запорізького Пилипом Орликом та його соратниками Г. Герциком і А. Войнаровським, — подія планетарного характеру. Це була перша в світі європейська Конституція в сучасному її розумінні. Конституція складалась з преамбули та 16 параграфів, у яких сформульовано головні принципи управління та діяльності органів державної влади.

Розвиток науки управління та науки адміністративного права породив різні погляди на ці питання. Але це може бути предметом окремої роботи і не входить у наміри автора, за винятком короткого історичного екскурсу.

Термін «*politeia*» вживається в працях грецьких філософів, де цей термін означає взагалі державне мистецтво. Але першоосновою цього терміна є грецьке слово *polis*, тобто місто-держава в стародавньому світі (Греція, Рим, Фінікія), яке складалося з самого міста, а також прилеглих до нього територій. Інакше кажучи, це управління загальними міськими справами у найбільш широкому розумінні. У Стародавньому Римі вживався латинський термін *res publica*, що в перекладі означає суспільна справа, загальна справа, пізніше — держава, форма державного устрою.

Сучасні автори (переважно учені-адміністративісти), які побіжно торкаються витоків адміністративного права, обходять мовчанкою термін «поліція». До того ж у тогочасних Греції і Риму не існувало такого терміна. Звідки «поліція»? Яке вона має відношення до управління? Відповідь на це запитання, на нашу думку, лежить у площині територіально-лінгвістичній, а саме: вважаємо, що грецький термін «*politeia*» у французькій транскрипції виглядає як «поліція». Іншого пояснення щодо появи терміна «поліція» знай-

ти неможливо. І на сьогодні термін «поліція» вживається у значенні «управління». Звідси перший висновок: в історико-лінгвістичній площині, як між термінами, так і між поняттями «politeia» і «поліція» (як управління) можна ставити знак рівності, однозначності, тотожності. Пізніше в наукових дослідженнях про управління домінує термін «поліція». Від терміна «politeia» походить також інше поняття — «політика» (грец. politice), що означає мистецтво управління державою.

З утворенням централізованих держав, монархій створюється великий управлінський апарат, який передбачав здійснення певних функцій як усередині держави, так і у відносинах з іншими державами.

Таким чином, державна діяльність, пов'язана з внутрішніми справами, стала називатися поліцією, а та, що пов'язана з міжнародною діяльністю, міжнародними відносинами, — політикою.

Але повернемося до управління. Історія розвитку адміністративно-правової науки почалася в XVI ст. Перші роботи про управління з'явилися в період абсолютної монархії. Зміст робіт з управління характеризується теологічним напрямком і дає поради правителям, як керувати державою. Метою управління в цю епоху було отримання якомога більше грошей для князя, монарха. На цих позиціях стояли до початку XVIII ст. камеральні науки. Термін «камералістика» походить від латинського «camera», що означає «палацева (державна, князівська) скарбниця». Камералістика (нім. Kameralistik) — це напрямок у розвитку німецької економічної думки XVII—XVIII ст.ст., що передувала німецькій буржуазній політичній економії і являла собою сукупність адміністративних і господарських знань по веденню Камерального (палацового, князівського, у широкому розумінні — державного) господарства. У середині XVIII ст. (1728 р. в Галє і Франкфурті було засновано першу кафедру економії поліції (управління) та камеральних наук). У німецьких університетах стали читати курс камеральних наук. Ці науки, як уже зазначалося, передували німецькій буржуазній політичній економії та склалися з трьох основних блоків: політичного блоку, економічної та фінансової політики. Мета цієї науки — рекомендації управлінського характеру щодо різноманітних галузей управління. Важливе значення в розвитку науки управління мали філософські погляди того часу. Евдемонізм, що тоді панував у філософії, перебрав у стародавніх пріоритет загального добра та давав теоретичне обґрунтування абсолютизму. Відомим представником цього філо-

софського напрямку був Вольф, який радив вести суспільство до щастя страхом, а також, виходячи із загальних принципів моральної філософії, захищав право монарха примушувати підданих бути добродішними і релігійними. Основна ідея евдемонізму — «загальне добро» як мета управління — порівняно з основною ідеєю камеральних наук (мета управління — особисте благо монарха) була кроком уперед. Абсолютизм визнавався засобом, а не метою.

Наука поліцейського права виросла з евдемонічної філософії та камеральних наук. Перша велика праця, яка давала загальну, але безсистемну характеристику управління, з'явилася у Франції. Це була робота de la Mare «Traite de la police» («Трактат про поліцію», 1700 р). Вона стала основою для подальшої розробки поліцейського права.

Поліцейське право — це наука про поліцію в широкому розумінні, сукупність державних та суспільних заходів, спрямованих на охорону і розвиток народного добробуту та безпеки.

Викладене свідчить про те, що не «сфера громадського порядку — перша сфера...» у розвитку адміністративного права, а друга — третя. Наведемо постулат К. Бельського: «Регламентованим адміністративним правом управлінські відносини утворюють другу «даність», як таку, що знаходиться перед нами, як предмет, як сьогоденне і завтрашнє питання. Цей об'єкт наука адміністративного права отримала пізніше, але він одного разу був даний і буде постійно об'єктом наукового вивчення»¹. Ця друга «даність» є стародавньою першою, вихідною «даністю». Інше питання, що вона не розроблялася, бо для цього не було належних умов і засобів (історичних і політичних). Протягом тривалого часу поняття поліції ототожнювалося з внутрішнім управлінням взагалі, причому межі поліції визначалися відповідним ступенем розвитку державної влади та державної діяльності.

У середньовічній державі з її слабкою державною організацією, наскрізь просякненою початками приватного права, завданням держави були охорона від зовнішніх ворогів та підтримання внутрішнього порядку в тих місцевостях, які знаходилися в безпосередньому державному управлінні.

З розладнанням середньовічних державних відносин та посиленням державної влади завдання поліції одержують широкий розвиток у так званій поліцейській державі. Поліцейська держава — це

¹ Бельский К. С. Феноменология административного права. — Смоленск, 1995. — С. 8.

форма абсолютизму, що панувала на континенті Європи з другої половини XVII — до початку XIX ст.

Поліцейська держава виникла внаслідок боротьби буржуазії проти феодалів. Характерними рисами цієї держави були урядова опіка та поліцейське втручання в усі сфери життя, відсторонення громадян від участі в державному управлінні, підкорення народного господарства казні та наявність дуже розгалуженої бюрократії. Все внутрішнє управління державою, за винятком військової справи, дипломатії та частково фінансового управління, зводиться в поліцейській державі XVIII — першої половині XIX ст. до поліції безпеки та поліції добробуту. Поліція безпеки охороняє громадський порядок у державі, життя та безпеку громадян. Діяльність поліції добробуту полягає в складній системі адміністративних заходів, спрямованих на розвиток державних і приватних господарств. У науці і практиці вважалося правильним положення про те, що державні органи повинні застосовувати державний примус не тільки для гарантування безпеки, але й для створення умов для добробуту. В XVIII ст. питання державного управління висвітлюються в працях Делямара, Юсті, Зонефельса, Хоєнтала, Пфейфера, Фішера, Юнга, Берга та ін. Наука про поліцію, поліцейське право, засновником якого у Франції був Делямар, а в Німеччині — Юсті, була по суті теорією політики законодавства та управління. В історичному плані на розвиток і природу поліцейського права, а пізніше адміністративного права великий вплив справили твори видатних філософів та окремих політичних діячів минулого (Жан-Жак Руссо, Вольтер, Монтеск'є, Гегель, Вебер, Олівер Кромвель, Луї Антуан Сен-Жюст, Наполеон Бонапарт та ін.).

Берг у своєму розумінні науки про поліцію перебуває на межі XVIII і XIX ст. Він тільки точніше, ніж інші, відмежовує завдання добробуту від завдань безпеки. Але як загальний висновок можна стверджувати, що наука про поліцію протягом XVIII ст. була політикою законодавства і управління. Вона не одержала точного визначення свого предмета і системи. Її зміст і метод точно не встановилися, і з цього погляду вона являє певну протилежність іншим публічно-правовим дисциплінам — державному і кримінальному праву.

В цей час у багатьох європейських державах змінюються форми державного устрою. Абсолютна монархія змінюється на конституційну. Жорсткий режим поліцейської держави змінюється на ринкові відносини в промисловості. З розпадом поліцейської держави термін

«поліція» втрачає своє всеохоплююче значення. Правда, поділ поліції на поліцію безпеки та поліцію добробуту залишається. Розвиток наук державного права і політичної економії призвели до того, що з поліцейського права були вилучені деякі теми, які ввійшли до структури державного права або політичної економії.

Політичний характер науки поліцейського права поступово змінюється на юридичний. Теорія евідемонізму поступається своїм місцем теорії права. Завдяки працям Канта з філософії права поліцієсти поступово приходять до висновку про те, що примусова діяльність держави в галузі внутрішнього управління повинна обмежуватися завданнями поліції безпеки.

Наприкінці XIX ст. термін «поліція» ототожнюється з поняттям охорони державного правового порядку (шляхом обмеження свободи окремої особи у формі примусу — Штейн, Мейер, Зейдель та ін.), тобто правоохоронною діяльністю держави на відміну від управлінської діяльності. Поняття про поліцію з наукової точки зору протягом XVIII — XIX ст.ст. було занадто дискусійним. У XIX ст. з'явилася велика кількість праць, присвячених питанням управління (Франція, Німеччина, Росія). Видаються підручники, які мають назви «Поліцейське право», «Адміністративне право» або «Адміністративне право (Поліцейське право. Право внутрішнього управління)».

Розглядаються та досліджуються такі феномени, як «внутрішнє управління» і «право внутрішнього управління». Науку внутрішнього управління слід відрізнити від науки права внутрішнього управління, тобто поліцейського права, як науку, що має справи виключно з нормами права. Наука внутрішнього управління не може бути визнана наукою юридичною, оскільки коло питань, які вона вивчає, далеко виходить за межі права. Виділення адміністративного права в окрему науку в західноєвропейських державах сприяло виникненню адміністративних судів, матеріали яких піддавались науковим дослідженням. Разом з ученням про внутрішнє управління адміністративне право витіснило (починаючи з середини XIX ст.) науку поліції та поліцейське право, зміст яких являв собою зібрання матеріалів різноманітного характеру, не об'єднаних загальною ідеєю.

Взагалі тільки з переходом до конституційного устрою стала можливою відносно закінчена побудова адміністративного права як юридичної дисципліни. Галузь адміністративного права з цього часу поділяється на загальну частину, в якій розглядалися загальні

принципи управління, та особливу частину, присвячену аналізу правових норм, що регулювали окремі галузі управління.

Історичний «шлях» адміністративного права може бути схематично подано таким чином:

- 1) найдавніше — це управління, бо управління — вічне;
- 2) камеральні науки — камералістика;
- 3) внутрішнє управління (наука управління);
- 4) право внутрішнього управління (поліцейське право);
- 5) адміністративне право з дискусіями щодо предмета науки — воно входить у ХХ ст.

Надійшла до редколегії 15.07.03

А. Стрижак, голова Апеляційного суду Закарпатської області

Теоретико-правові проблеми державного управління в органах судової влади в Україні

Потреби ефективного здійснення правосуддя в Україні за умов побудови правової, демократичної держави вимагають не тільки приведення у відповідність до Конституції України матеріально- та процесуально-правової основи діяльності судових органів, а й якісного підняття рівня організаційного забезпечення роботи судів, запровадження науково обґрунтованих підходів до функціонування судової системи як незалежної і самостійної гілки державної влади. Разом з тим у межах сучасної юридичної науки питання здійснення державного управління у сфері правосуддя є практично неопрацьованими, а запропоновані за часів СРСР теоретичні положення потребують переосмислення та узгодження з обставинами поступового становлення незалежного судочинства в державі.

Звернення до змісту спеціальної наукової літератури щодо проблем державного управління у судовій сфері свідчить про те, що відповідні дослідження провадилися головним чином у 60–70-х роках минулого століття і відображали ситуацію залежності й можливості нагляду за роботою судових органів з боку партійних, вико-

навчо-розпорядчих органів і прокуратури. Зокрема, саме у цей час було видано роботи Н. Блінової¹, В. Бож'єва, Т. Добровольської та І. Перлова², С. Ходиревського³, Г. Агеєвої⁴.

Особливо важливе значення з огляду на необхідність визначення теоретико-методологічних засад реалізації завдань організаційного забезпечення і керівництва судовою системою має встановлення поняття і сутності цього виду державного управління. У зв'язку з цим слід зазначити, що з'ясування питання щодо сутності категорії «державне управління судовою системою», на нашу думку, не може бути успішно досягнуто без визначення його етимологічних характеристик. Звертаючись до словника української мови, можна встановити, що слово «управляти» тлумачиться у ньому як: «1) спрямовувати діяльність, роботу кого-, чого-небудь; бути на чолі когось, чогось, керувати; 2) користуватися кермом та іншими регулюючими пристроями, спрямовувати хід, роботу чого-небудь; // Спрямовувати хід якогось процесу, впливати на розвиток, стан чого-небудь»⁵. Отже, із змістовних позицій під терміном «державне управління судовими органами» можна розуміти діяльність відповідних компетентних державних органів (посадових осіб) з керівництва, спрямування діяльності чи регулювання розвитком судової системи України в цілому або окремим судовим органом зокрема, шляхом застосування певного державно-владного впливу.

Слід визнати, що управління, яке б воно не було і де б не здійснювалося, за своєю сутністю передбачає застосування певного примусу, владного впливу суб'єкта управління на його об'єкт. При цьому хоча в науковій літературі і мають місце різноманітні підходи до визначення управлінського впливу, однак більшість дослідників схиляються до думки, згідно з якою це певна практична діяльність, специфічний вид праці, вчинення дій адміністративно-правового характеру, направлені на виконання законів, створення правових актів, їх реалізацію чи проведення організаційних за-

¹ Див.: *Блинова Н. В.* Судебное управление в СССР. — М., 1962.

² Див.: *Божьев В. П., Добровольская Т. Н., Перлов И. Д.* Организационное руководство судами в СССР (судебное управление) / Под общ. ред. И. Д. Перлова. — М., 1966.

³ Див.: *Ходыревский С. М.* Суд и судебное управление. — Воронеж, 1976.

⁴ Див.: *Агеева Г. Н.* Организационное руководство судами. — М., 1978.

⁵ Новий словник української мови: В 4 т. / Укл. В. Яременко, О. Сліпущко. — К., 1998. — Т. 4. — С. 642.

ходів¹. Як зазначає Г. Атаманчук, «державно-управлінський вплив можна розглядати як суспільну потребу, інтерес і мету в управлінні (організації суспільних відносин), що усвідомлені суб'єктом управління (його компонентами), юридично нормативним чином виражені і практично реалізовані у його рішеннях і діях»².

Разом з тим, досліджуючи природу управлінського впливу стосовно судової системи, можна виявити, що він вирізняється суттєвими особливостями, а саме, повноваження управляючого суб'єкта при цьому є значно обмеженими (звуженими) порівняно з іншими сферами виконавчо-розпорядчої діяльності, а об'єкт наділений властивостями самостійності і незалежності, що обумовлюється конституційним визнанням такого статусу судової влади (ст. 126 Конституції України). Владна розпорядча діяльність у сфері судової влади обмежується рамками організаційного і матеріального забезпечення процесу відправлення правосуддя, розгляду конкретних кримінальних, цивільних, трудових, адміністративних та інших справ. Допустимість управлінського впливу з боку законодавчого і виконавчих органів та уповноважених посадових осіб визначається тут виключно необхідністю реалізації принципу поділу державної влади, дії механізму стримувань і противаг, недопущення зловживань з боку суддів, а також потребами утворення та організації функціонування цієї гілки державної влади.

Аналізуючи Конституцію України, можна визначити, що повноваження Верховної Ради України та Президента України щодо судової влади мають головним чином установчий (кадровий) характер. Так, відповідно до ст. 128 Основного Закону України глава держави здійснює перше призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років, а Верховна Рада України обирає всіх інших суддів, крім суддів Конституційного Суду України, безстроково. Крім того, звернення до п. 23 ст. 106 Основного Закону України свідчить про те, що до повноважень Президента України віднесено також створення судів у визначеному законом порядку, що практично проявляється в прийнятті рішень щодо заснування, реорганізації та ліквідації судових органів, визначенні кількісного складу суддів у судах, призначенні і звільненні з посад голів та заступників голів суду (ст. 20 Закону України «Про судоустрій України»).

¹ Див.: Глазунова Н. И. Система государственного управления. — М., 2002. — С. 11.

² Атаманчук Г. В. Государственное управление (организационно-функциональные вопросы): Учебное пособие. — М., 2000. — С. 27.

Таким чином, державне управління судовою системою України являє собою діяльність адміністративно-розпорядчого характеру уповноважених державних органів і посадових осіб по організаційному забезпеченню і керівництву судами, спрямуванню їх роботи, що здійснюється на виконання Конституції та законів України за неухильного дотримання принципу незалежності суддів, їх непідзвітності і підкоренні тільки закону. Органи, що здійснюють державне управління судовою системою, формують судові органи України, розподіляють навантаження між суддями та працівниками апарату судів, організують роботу з діловодства, ведення судової статистики та архіву, займаються кадровим забезпеченням, вживають заходів щодо підвищення кваліфікації судових працівників, вирішують питання фінансового, матеріального і технічного задоволення потреб суду, організують ведення бухгалтерського обліку в судових установах тощо, не втручаючись у діяльність суддів з реалізації правосуддя в конкретних справах.

На нашу думку, не можна погодитися з поглядами вчених, які зводять діяльність з реалізації державного управління у судовій галузі виключно до здійснення відповідних функцій органами виконавчої влади. Так, Д. Карев зазначав, що «судове управління здійснюють тільки органи юстиції»¹. Такої ж думки дотримувався і Ф. Тарасенко².

На підставі таких думок можна припустити, що державне управління у сфері правосуддя реалізується на сьогодні виключно Державною судовою адміністрацією України (раніше ці функції виконувало Міністерство юстиції). Однак це не зовсім вірно, адже відповідними повноваженнями, як зазначено вище, наділені парламент, глава держави, а також голови (заступники голів) судових органів України. Як приклад реалізації функцій з державного управління судовою системою можна, на наш погляд, розглядати Розпорядження Президента України від 11 грудня 2002 р. № 395/2002-рп «Про заходи щодо забезпечення належних умов діяльності суддів», яким, крім іншого, Кабінету Міністрів України доручено затвердити до 1 березня 2003 р. Державну програму організаційного забезпечення належних умов діяльності судів на 2003–2005 рр., а Державній судовій адміністрації разом із Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською, Севастопольською міськими дер-

¹ Карев Д. С. Организация суда и прокуратуры в СССР. — М., 1954. — С. 181–182.

² Див.: Тарасенко Ф. Г. Вопросы организации и деятельности советских судов. — М., 1958. — С. 74–76.

жливими адміністраціями — регіональні програми організаційного забезпечення судів на 2003—2005 рр. Щодо наявності владно-управлінських повноважень стосовно відповідного судового органу в голів цих судів свідчить аналіз ст.ст. 24, 28, 41, 50 Закону України «Про судоустрій в Україні», адже в них прямо зазначено, що «голова суду здійснює організаційне керівництво діяльністю суду».

Разом з тим необхідно зауважити, що в системі державного управління у судовій сфері діяльність спеціально уповноваженого органу виконавчої влади — Державної судової адміністрації України — посідає центральне місце, адже здійснення організаційного забезпечення судів є для нього основною метою створення і функціонування, тоді як для інших (таких, які структурно не належать до виконавчої влади) суб'єктів ці функції мають головним чином допоміжний характер. Так, голова суду, крім загального керівництва відповідною судовою установою, виконує і обов'язки з розгляду конкретних кримінальних, цивільних, адміністративних та інших справ, тобто безпосередньо бере участь у відправленні правосуддя.

Отже, можна встановити, що *державне управління судовою системою є самостійним видом державного управління і поряд з управлінням у сферах оборони, державної безпеки, внутрішніх справ та юстиції утворює зміст більш широкої сфери державного управління, яка в науці адміністративного права має назву управління адміністративно-політичною сферою держави*¹. Для нього характерні всі основні ознаки державного управління в цілому². Зокрема, воно завжди являє собою певну організуючу щодо судової системи діяльність, в результаті якої виникають конкретні, управлінські, владні за своїм змістом відносини між суб'єктом управління (відповідним державним органом чи посадовою особою) та його об'єктом, яким виступають працівники судових органів або безпосередньо судовий орган як самостійна юридична особа. Однак, здійснюючи державне управління у сфері правосуддя, органи судового управління, як зазначалося вище, обмежені у реалізації свого владного впливу щодо суддів як носіїв судової влади принципом самостійності і незалежності останніх, що виключає будь-яке втручання у вирішення конкретних судових справ.

На наш погляд, теоретично вірним є припущення, згідно з яким при здійсненні діяльності з державного управління судовою систе-

¹ Див.: Советское административное право: Учебник / Под ред. Ю. М. Козлова. — М., 1985. — С. 423—467.

² Див.: *Гладун З.* Поняття і зміст державного управління: адміністративно-правовий аналіз. — Львів, 1996. — С. 6—8.

мою не виключається можливість виникнення державно-управлінських відносин і за участю інших, не судових об'єктів управління — органів державної влади, підприємств, установ, організацій, що зобов'язані забезпечувати фінансово, матеріально чи іншим чином діяльність судової системи (наприклад, Державним казначейством України, Міністерством фінансів України, будівельними організаціями тощо). При цьому виконавчо-розпорядча діяльність тут може реалізовуватися у всіх її владних проявах і не обмежується дією принципу незалежності суду.

Слід відзначити й те, що державне управління у сфері правосуддя, як і будь-яка управлінська діяльність, яка має на меті досягнення ефективного функціонування певної соціальної системи, повинне здійснюватися постійно, без будь-яких перерв, що вимагає активних, творчих та цілеспрямованих дій від уповноваженого суб'єкта управління. За таких обставин підставою для прояву «активності» у цій сфері та межами її поширення є виключно приписи Конституції та законів України, тобто така діяльність завжди має підзаконний характер¹.

У цілому аналіз фахової літератури свідчить про те, що у ній щодо діяльності з державного управління у сфері правосуддя відповідних державних органів і посадових осіб застосовується й тотожне поняття «судове управління»². Крім того, деякі автори для визначення цього виду державного управління, враховуючи його нормативне закріплення, використовують ще й термін «організаційне керівництво судами»³. При цьому одні вчені зазначають, що поняття «судове управління» і «організаційне керівництво судами» є рівнозначними⁴, а інші — заперечують проти цього. Так, С. Ходиревський пише: «На наш погляд, поняття «судове управління» не рівнозначне поняттю «організаційне керівництво судами». Судове управління — це галузь державного управління, що включає у себе як організаційне керівництво судовою системою СРСР, так і судовий нагляд, тобто «судове управління» — поняття комплексне, яке цементує в собі все, що стосується судової діяльності.

До створення органів міністерства юстиції у нашій країні судове управління перебувало виключно у компетенції вищестоящих судових інстанцій. З утворенням Міністерства юстиції СРСР, респуб-

¹ Адміністративне право України: Підручник / За ред. Ю. П. Битяка. — Х., 2000. — С. 8.

² Блинова Н. В. Вказ. праця. — С. 8–15.

³ Див.: Агеева Г. Н. Вказ. праця. — С. 6–9.

⁴ Див.: Божьев В. П., Добровольская Т. Н., Перлов И. Д. Вказ. праця. — С. 5.

ліканських міністерств юстиції та їх органів на місцях судове управління було поділено на організаційне керівництво судами і судовий нагляд. Ці дві складові частини судового управління принципово відрізняються одна від одної.

Якщо організаційне керівництво судами здійснюється непроцесуальними формами, то судовий нагляд або перевірка законності та обґрунтованості судових рішень відбувається виключно у чітких межах чинного процесуального законодавства у стадії як касаційного, так і наглядового провадження¹.

Разом з тим у процесі проведення «малої» судової реформи в Україні функцію судового нагляду було скасовано. Крім того, аналіз ст. 125 Закону «Про судоустрій України» переконує, що стосовно діяльності із державного управління у сфері правосуддя з боку Державної судової адміністрації України застосовується ще й термін «організаційне забезпечення судів». Відтак, можна зробити висновок про те, що існує чимала практична необхідність у з'ясуванні дійсного змісту понять «судове управління», «організаційне керівництво судами» і «організаційне забезпечення судів» на сучасному етапі розвитку судової системи України.

Історія розвитку теорії та практики державного управління у сфері правосуддя свідчить про те, що першим наукове обґрунтування та нормативне закріплення одержав термін «судове управління», під яким звичайно розумілись будь-які прояви владних повноважень компетентних державних органів щодо організації та керівництва судовою системою². Зокрема він містився вже в Основах судоустрою Союзу РСР і союзних республік 1924 р.³, Положенні про Верховний Суд Союзу РСР і Прокуратуру Верховного Суду Союзу РСР від 24 серпня 1929 р.⁴ і з того часу набув широкого застосування у радянській юридичній літературі⁵.

Поняття ж «організаційне керівництво судами» з'явилося на початку 60-х років минулого століття у зв'язку з ліквідацією органів юстиції та передачею функції управління судовими органами Верховному і обласним судам⁶. Запровадження цього терміна поясню-

¹ Ходыревский С. М. Вказ. праця. — С. 7.

² Див.: Кожевников М. В. История советского суда: 1917–1956. — М., 1957. — С. 8–33.

³ Див.: Собрание законов СССР. — 1924. — № 23. — Ст. 203.

⁴ Див.: Там само. — 1929. — № 50. — Ст. 445.

⁵ Див.: Перлов И. Д. До конца завершить реформу судебного управления в СССР // Советское государство и право. — 1957. — С. 17–23.

⁶ Див.: Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1963. — № 13. — Ст. 242.

валося необхідністю відмежування даного виду діяльності вищестоящих судових органів від їх функцій з нагляду за розв'язанням конкретних судових справ районними (міськими) судами, а також тим, що за своїм призначенням судові органи — це органи правосуддя, а не державного управління. І хоча з 1970 р. повноваження з організаційного керівництва судами знову було передано Міністерству юстиції СРСР і його органам на місцях¹, цей термін залишився і тривалий час застосовувався для означення відповідної діяльності цих виконавчо-розпорядчих органів. Однак у наш час у зв'язку із законодавчим закріпленням і практичним втіленням принципу незалежності і самостійності судової влади щодо діяльності компетентних у цій сфері органів виконавчої влади він не вживається, а визначає виключно зміст відповідних напрямів роботи голів судових органів (ст.ст. 24, 28, 41, 50 Закону «Про судоустрій в Україні»).

Тлумачний словник української мови визначає слово «керувати» як: 1) спрямовувати рух, хід, роботу чого-небудь; 2) спрямовувати процес, впливати на розвиток, стан чого-небудь, діяльність кого-, чого-небудь, очолювати когось, щось², а термін «організувати» як: 1) готувати умови, створювати можливості й починати певну справу // започатковувати, засновувати, ініціювати; 2) готувати й проводити якийсь захід // влаштовувати, здійснювати; 3) створювати ситуацію, в якій у потрібному порядку виконуються певні дії // налагоджувати, впорядковувати; 4) об'єднувати людей із певною метою // мобілізувати, згуртовувати³.

Отже, з етимологічної точки зору поняття «організаційне керівництво судами» означає таку діяльність керівника (голови) певного судового органу, яка передбачає підготовку умов, спрямування роботи суддів як носіїв судової влади щодо своєчасного, повного і всебічного розгляду кожної справи, що перебуває на розв'язанні у відповідному судовому органі, і не передбачає надання їм вказівок по суті порушених спірних питань і порядку застосування норм матеріального і процесуального права. Із змісту ст.ст. 24, 28, 41 Закону «Про судоустрій в Україні» випливає, що така діяльність практично полягає у допуску судді до виконання функцій правосуддя на підставі акта про призначення на посаду, обрання безстроково чи припинення повноважень, вживанні заходів щодо підвищення кваліфікації

¹ Див.: Ведомости Верховного Совета СССР. — 1970. — № 36. — Ст. 361.

² Див.: Тлумачний словник української мови / За ред. проф. В. С. Калашника. — Х., 2002. — С. 430–431.

³ Див.: Там само. — С. 598–599.

суддів і працівників суду, прийнятті на роботу та звільненні службовців апарату судового органу, застосуванні до них заохочень і дисциплінарних стягнень, забезпеченні участі у розгляді судових справ народних засідателів, організації ведення судової статистики і архіву суду тощо.

Таким чином, поняття «організаційне керівництво судом» на сьогодні обмежується виключно діяльністю голови відповідного суду (має «внутрішній» характер) і не охоплює решти проявів організаційного впливу на судову систему з боку органів законодавчої, виконавчої влади і Президента України, а тому його безумовно слід визнати вузьчим, ніж категорія «судове управління».

Аналізуючи зміст поняття «організаційне забезпечення суддів», яке застосовується щодо діяльності Державної судової адміністрації України, можна визначити таке. Категорія «забезпечувати» в українській мові означає: 1) постачаючи щось у достатній кількості, задовольняти кого-, що-небудь у якихось потребах; надавати кому-небудь достатні матеріальні засоби до існування // постачати; 2) створювати надійні умови для здійснення чого-небудь, гарантувати щось; 3) захищати, охороняти кого-, що-небудь від небезпеки.¹

Тому з позицій етимології *під терміном «організаційне забезпечення суддів» можна розуміти реалізацію дій щодо задоволення потреб судової системи, надання їй достатніх матеріальних засобів для здійснення функцій з відправлення повного і незалежного правосуддя в державі.* При цьому з аналізу ст. 119 Закону «Про судоустрій в Україні» випливає, що такі дії практично полягають у вживанні заходів фінансового, матеріально-технічного, кадрового, інформаційного та організаційно-технічного характеру тощо. Враховуючи те, що матеріальне забезпечення судів на сьогодні за чинним законодавством здійснюється виключно відповідними органами виконавчої влади в особі Державної судової адміністрації України, на наш погляд, можна зазначити, що це поняття також охоплюється терміном «судове управління».

Отже, з наведеного випливає, що категорія «судове управління», яка застосовується в юридичній науці для визначення діяльності державного управління в галузі правосуддя, має комплексний характер і включає на сучасному етапі розвитку судової системи України як діяльність з організаційного керівництва судами, так і організаційне забезпечення судів. Крім того, методологічно правильно, на нашу думку, включати до неї і здійснення відповідних

¹ Див.: Тлумачний словник української мови. — С. 324.

установчих (кадрових) щодо судової влади функцій Верховною Радою України та Президентом України.

На наш погляд, встановлені вище методологічні підходи щодо поняття і сутності державного управління в органах судової влади України не претендують на вичерпність, однак їх можна вважати достатніми для наукового опрацювання питань функціонування адміністративно-правових відносин у галузі правосуддя, з'ясування форм і методів діяльності з реалізації судового управління, дослідження системи і повноважень відповідних державних органів і посадових осіб, шляхів та напрямів підвищення ефективності правового регулювання і діяльності з державного управління у судовій сфері. Разом з тим зазначене вимагає й подальших, більш ґрунтовних досліджень порушеної проблематики.

Надійшла до редколегії 20.07.03

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

В. Батургарєєва, кандидат юридичних наук, вчений секретар Інституту вивчення проблем злочинності АПрН України

Щодо підстав формування нового поняття рецидиву злочинів

Пізнання сутності будь-якого явища, процесу (об'єкта у широкому розумінні) стає можливим завдяки системному використанню наукового арсеналу філософської діалектики під час дослідження та аналізу проблем, що відображають хоча б складову частину змісту цього об'єкта або взагалі лише деякі риси його загальної характеристики. Згодом накопичений науковий потенціал, підкоряючись дії філософського закону переходу кількісних змін до якісних, з фрагментарного трансформується в системне знання, що врешті-решт наближує дослідника до уявлення про істинну картину явища чи процесу. За допомогою системи зміст наукового знання стає більш повною, внутрішнє несуперечливою, послідовно викладеною, впорядкованою інформаційною моделлю. Тут не є винятком і процес пізнання явищ правової дійсності, коли на підставі закономірностей логіки наукового осмислення тих чи інших явищ цієї дійсності відбувається формування правових шкіл, теорій, концепцій, напрямків щодо розуміння природи та визначення місця даних феноменів у загальній системі правової дійсності.

Теорія кримінального права, положення якої безпосередньо використовуються у практиці правозастосовних органів, вже тривалий час займається дослідженням сутності такого правового явища, як множинність злочинів, складовою частиною якої є рецидив злочинів. Унаслідок істотності теоретико-прикладного значення останнього для правозастосовної діяльності увагу багатьох поколінь криміналістів привертало та привертає з'ясування складної природи рецидиву злочинів. Отже, рецидив злочинів — проблема не нова.

Її розробкою посилено займалися ще в другій половині XIX — на початку XX ст. Вагомий внесок у розвиток проблеми рецидиву злочинів зробили, зокрема, А. Кистяковський, М. Сергієвський, М. Таганцев¹ та ін. Саме тоді намітилися основні підходи щодо розуміння цього феномена, які відіграли неабияку роль у формуванні окремих наукових шкіл того періоду. Примітним є те, що положення різноманітних шкіл стосовно проблеми рецидиву злочинів знайшли безпосереднє втілення у кримінальному законодавстві XIX— початку XX ст., внаслідок чого законодавству того часу було притаманне еклектичне поєднання різноманітних поглядів на проблему рецидиву. У зв'язку з цим слід погодитися, що практика того чи іншого періоду, яка базується на уявленнях та ідеологічних установках свого часу, не може надати вичерпну інформацію про процеси, що відбуваються, крім простої констатації почуттєвої реальності суспільних фактів². Проте цінним є те, що саме тоді було закладено і визначено підстави та передумови майбутніх досліджень, основний понятійний апарат, намічено окремі моделі розв'язання проблеми.

За радянських часів не можна було говорити про безперервність та поступовість наукових досліджень щодо рецидиву злочинів. Річ у тім, що в розвитку зазначених досліджень є значні перерви, особливо у 30—50 роках XX ст., які обумовлювалися бажанням підміняти нагальну необхідність боротьби з рецидивною злочинністю загальними формулюваннями про відсутність у нашому суспільстві такої злочинності. Але до початку тридцятих років науковці не втрачали інтересу до дискусійної природи рецидиву злочинів, який підкріплювався бурхливим процесом розвитку радянського кримінального законодавства. Досить згадати, що упродовж незначного часу лише в Українській РСР було розроблено та прийнято два кримінальні кодекси 1922 та 1927 років. У зв'язку з цим слід відмітити наукові розробки таких вчених, як Б. Утевський, М. Гродзинський, А. Трайнін та ін.³ «Друга» хвиля підвищення інтересу до проблемати-

¹ Див.: *Кистяковський А. Ф.* Элементарный учебникъ общаго уголовного права съ подробнымъ изложениемъ началъ русскаго уголовного законодательства. — К., 1891; *Сергиевскій Н. Д.* Русское уголовное право (пособіе къ лекціямъ). — СПб., 1911; *Таганцевъ Н. С.* О повтореніи преступленій. — СПб., 1867 та ін.

² Див.: *Климов А. Я.* Диалектика практики и познания. — М., 1999. — С. 103.

³ Див.: *Утевскій Б. С.* Рецидив и профессиональная преступность // Проблемы преступности. — М., 1928 — Вып. 3; *його ж.* «К анализу современной преступности» // Рабочий суд. — 1929. — № 12; *Гродзинскій М. М.* Рецидив и привычная преступность // Право и жизнь. — М., 1923. — Кн. 5—6; *Трайнин А. Н.* Уголовное право. Общая часть. — М., 1929 та ін.

ки рецидиву злочинів та розгортання відповідних досліджень відбулася наприкінці 50-х років, що за часом збіглося з прийняттям Основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік, а також республіканських кодексів та було обумовлено введенням у законодавство поняття особливо небезпечного рецидивіста.

Подальший поштовх до вивчення проблеми рецидиву злочинів ми пов'язуємо із прийняттям в Україні нового Кримінального кодексу 2001 р., в якому *de jure* дістав закріплення рецидив злочинів. При цьому слід зауважити, що аналогічні процеси в останні десять років відбулися практично у всіх колишніх радянських республіках, які хоча на сьогодні і є окремими державами зі своїми системами права, але єдиний геополітичний простір, єдина суспільно-політична система, єдине наукове поле упродовж багатьох років все ж таки наклали певний відбиток на розробку схожих по суті тих чи інших явищ правової дійсності. Зазначене стосується, зокрема, й поняття рецидиву злочинів¹.

У попередньому КК України 1960 р. існувало поняття особливо небезпечного рецидивіста, але в той же час у законі не визначалося, що ж, власне, слід розуміти під рецидивом злочинів. Лише шляхом систематичного тлумачення норми, закріпленої у ст. 26 КК України 1960 р., та аналізу низки норм його Особливої частини можна було «вирахувати» зміст поняття рецидиву злочинів. Таким чином, легального визначення цього явища до прийняття нового КК у законі не існувало, тому відсутність зазначеного поняття породжувала чимало дискусійних проблем теоретичного та практичного плану. У науці кримінального права, інших суміжних науках кримінального циклу та на практиці одноставно вказувалося на необхідність визначення і законодавчого закріплення в законі його правових наслідків.

Аналіз нормативного матеріалу КК України 1960 р., різноманітних думок, що висловлювалися у спеціальній літературі до прийняття нового КК, свідчить, що під рецидивом злочинів розуміли таке: «Рецидив злочинів — це окрема форма їх множинності, яка полягає у вчиненні особою, судимість якої за раніш вчинений злочин (або злочини) не погашена або не знята, одного чи кількох

¹ Див.: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ // <http://www.d-sign.ru/uk/uk.htm>; Уголовный кодекс Республики Беларусь от 09.09.1999 г. № 275-3 // <http://www.levonevski.net/pravo/kodeksy/uk/>; Уголовный кодекс Республики Казахстан от 19.07.1997 г. №167-1 // <http://icpo-vad.tripod.com/crimru.html>.

нових злочинів»¹. Саме такому визначенню рецидиву злочинів раніше надавалося значення легального, хоча закон, як вже згадувалося, не закріплював дефініцію рецидиву злочинів як такого. При цьому слід зазначити, що, виходячи з цього визначення, не мали кримінально-правового значення види злочинів за формою вини, тобто особою спочатку міг бути вчинений умисний злочин, а потім необережний чи навпаки, або обидва злочини могли бути необережними чи умисними.

Викладене вище розуміння рецидиву злочинів панувало у радянській та українській криміналістичній школі досить тривалий час. Проте виникнення та подальший розвиток у суспільних поглядах, на практиці, у науці певних передумов, які безпосередньо стосуються розглядуваної проблеми, викликали необхідність перегляду і переосмислення вже усталених підходів до вирішення питання з означеної проблематики.

Згідно зі ст. 34 КК України 2001 р. рецидивом злочинів визнається вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин. Отже, виходячи із законодавчого формулювання норми, що міститься у зазначеній статті, специфічність кримінально-правового змісту рецидиву злочинів розкривається через єдиний комплекс певних ознак: а) всі вчинені особою злочини можуть бути лише умисними; б) злочини вчиняються в різний час, тобто виключається ситуація ідеальної сукупності злочинів; в) на момент вчинення нового умисного злочину або злочинів особа повинна мати не погашену чи не зняту судимість за умисний злочин. При цьому не має значення, чи вчинила особа тотожні, однорідні або ж різнорідні злочини. Тільки за наявності всіх перелічених ознак в їх сукупності можна констатувати в діях особи факт рецидиву злочинів. Якщо останні ознаки були притаманні й для попереднього визначення рецидиву злочинів, то в теперішній час принципово новим є законодавче положення щодо вчинення особою саме умисних злочинів до попереднього засудження та після нього. Чому законодавець дійшов до такого розуміння рецидиву злочинів, мож-

¹ Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / За ред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. — К., 1997. — С. 299; Уголовное право Украины: Общая часть / Под ред. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. — Х., 1998. — С. 250; *Бажанов М. И.* Множественность преступлений по уголовному праву Украины. — Х., 2000. — С. 66; *Зелинский А. Ф.* Рецидив преступлений (Структура, связи, прогнозирование). — Х., 1980. — С. 5 та ін.

на відповіді, лише дослідивши передумови формування нового визначення даного інституту.

Передумова — попередня умова існування, виникнення, діяння і т. ін. чого-небудь¹. Перш ніж розв'язувати проблему, необхідно дослідити її передумови. Спроба розв'язати проблему без попереднього вивчення її передумов є настільки наївною, наскільки й погодження з тим чи іншим твердженням без аналізу обґрунтування, яке припускається². Стосовно формування нового поняття рецидиву злочинів можливим є виділення загальнотеоретичних, історичних, соціальних, психологічних, пенітенціарних, кримінологічних та інших передумов.

Серед різноманітних за своєю природою передумов перш за все слід виокремити загальнотеоретичні передумови формування поняття, важливість яких вдало відмітив В. Зеленецький. На його думку, природа цих передумов є гносеологічною, оскільки в їх основі міститься знання, що входить до змісту відповідних теорій. Ці передумови, по-перше, стимулюють науковий пошук, а відтак виступають засобом наукового пізнання; по-друге, впливають на прирощення нового знання, тобто є результатом пізнання. Фактично, загальнотеоретичні передумови — це певний рівень розвитку методологічного арсеналу науки, завдяки якому осмислюється той матеріал, що вже накопичений, намічаються нові горизонти дослідження та здобувається нове знання³. «Теоретичне мислення⁴, — писав П. Копнін, — відображає об'єкт з боку його внутрішніх зв'язків та закономірностей руху, що досягаються шляхом раціональної обробки даних емпіричного знання. Його логічною формою є система абстракцій, які пояснюють об'єкт»⁵. Отже, загальнотеоретичні передумови дозволили побачити, що є таке явище, як рецидив злочинів, але немає адекватного поняття щодо нього. Така ситуація в деяких випадках призводила фактично до підвищення

¹ Див.: Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. / Укладачі Василь Яременко, Оксана Сліпущко. — К., 1998. — Т. 3. — С. 259.

² Див.: Карпович В. Н. Проблема, гипотеза, закон. — Новосибирск, 1980. — С. 31.

³ Див.: Зеленецкий В. С. Общая теория борьбы с преступностью. 1. Концептуальные основы. — Х., 1994. — С. 36.

⁴ У контексті нашої статті ми вважаємо, що теоретичне мислення як певний процес отримання знання можна ототожнити із загальнотеоретичними передумовами як такими.

⁵ Копнин П. В. Диалектика как логика и теория познания. — М., 1973. — С. 161.

покарання за відсутності підвищеної небезпечності особи. Тому роль цих передумов у виробленні нового поняття відобразилася у сприянні критичному перегляду існуючого понятійного апарату щодо рецидиву злочинів, логічно зважених інтерпретації матеріалу, зокрема виробленні критеріїв віднесення певної множинності злочинів до рецидиву, застосуванні єдиної термінології у законодавчій практиці та теорії науки.

Важливе місце серед передумов формування нового розуміння рецидиву злочинів посідають історичні передумови. Процес інтеграції України до європейського співтовариства викликав необхідність перегляду українського законодавства, його приведення до відповідних світових стандартів нормотворчої та правозастосовної практики. Зрозуміло, що цей процес, будучи частиною більш масштабного процесу формування сучасної законодавчої бази України, торкнувся й багатьох інститутів кримінального права. У зв'язку з цим ревізії були піддані у тому числі й положення щодо рецидиву злочинів. Зокрема, український законодавець, перейнявши досвід зарубіжного кримінального законодавства, відмовився від поняття особливо небезпечного рецидивіста. Такий підхід вважаємо цілком розумним, тому що не можна механічно пов'язувати більшу жорстокість покарання з одним лише фактом визнання особи раніше особливо небезпечним рецидивістом без урахування перш за все тяжкості нового злочину. Щодо цього співзвучною є думка видатного криміналіста минулого А. Кистяковського, який писав, що карати власне моральну зіпсованість особи, одну внутрішню сторону злочину не входить до завдань кримінального права, оскільки не можна змішувати право із моральністю¹. В цілому, як зауважують А. Нельсон та Н. Бішоп, слід розцінювати як позитивний момент детальну регламентацію в КК України наслідків впливу злочинів, що були вчинені раніше, на призначення покарання за новий злочин².

Вітчизняна наука кримінального права завжди відрізнялася наявністю багатьох поглядів на проблему визнання ступеня винності та караності рецидиву злочинів. Аналіз основних з них є важливим для розуміння причин формування та утвердження на тому чи

¹ Див.: Кистяковській А. Ф. Вказ. праця. — С. 613.

² Див.: Нельсон А., Бішоп Н. Деякі зауваження до проекту Кримінального кодексу України: Матеріали проекту КК України // Архівні матеріали Інституту вивчення проблем злочинності АПРН України за 2001 рік. — Кн. 4 (1997–1999 рр.). — С. 30.

іншому історичному етапі певної теорії, її втілення у правових нормах. Це важливо і для того, щоб збагнути, чому, наприклад, концептуальні положення однієї з найбільш непопулярних у XIX ст. теорій згодом одержали поширення і закріплення у кримінальному законі на початку XXI ст. Отже, все розмаїття поглядів можна звести до трьох основних концептуальних позицій, які історично склалися у результаті накопичення практичного досвіду, розвитку наукової думки. Сутність першої з них полягає в тому, що рецидив злочинів, з одного боку, є доказом надзвичайної небезпечності для суспільства суб'єкта, який знову вчиняє злочин, а з іншого — є таким явищем, яке має обумовлювати найсуворішу караність з метою залякування злочинця і позбавлення його фізичної можливості заподіяння шкоди суспільству. Тобто, рецидив злочинів розглядається як надзвичайна обставина, що впливає на посилення винності та караності діяння. На її положеннях довгий час базувалася вітчизняна доктрина рецидиву злочинів. Як писав А. Грузд, «стан рецидивної злочинності і практика боротьби з нею свідчать, що...неможливо ефективно боротися з нею без застосування більш репресивних кримінально-правових заходів»¹. У такому підході по суті відображалися уявлення популярної наприкінці XIX — на початку XX ст. антропологічної теорії щодо невинності певної категорії злочинців. Історично це найдавніша теорія. Згідно з іншою теорією рецидив розглядається як обставина, що обтяжує вину і підвищує відповідальність особи, поряд з іншими обставинами служить підставою для збільшення покарання лише в межах встановленого законом максимуму. Третя теорія зовсім відкидає більшу винність та караність рецидиву, вважаючи, що протилежне порушує важливий принцип: не можна за один злочин карати двічі. Таким чином, рецидив злочину не має ніякого правового значення і є явищем неважливим для визнання особи більш винною і такою, що заслуговує на більше покарання.

Історичний досвід практики визнання особи рецидивістом і вирішення питання про межі її винності та покарання, що застосовується до такої особи, показав, що не можна як взагалі ігнорувати певні випадки вчинення нового злочину після засудження особи за попередній злочин, так і дотримуватися крайньої позиції — тактики застосування до неї найсуворішого покарання з метою залякування, нібито на підставі одного лише припущення про її невинність.

¹ Грузд А. В. Признание лица особо опасным рецидивистом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Харьк. юрид. ин-т. — Х., 1986. — С. 7.

Отже, історичними передумовами формування нового бачення рецидиву злочинів є: проведення в Україні масштабної правової реформи з метою створення сучасної системи права європейського рівня і на цій підставі інтеграції з європейською спільнотою; в історичному аспекті — аналіз (з урахуванням закономірностей поступового розвитку теорії та практики) вітчизняного і зарубіжного досвіду розуміння рецидиву злочинів та боротьби з ним; наявність української наукової школи криміналістів з прогресивними поглядами на вирішення проблеми рецидиву тощо.

Особливе місце серед передумов формування нового поняття рецидиву злочинів посідають соціальні передумови. Накопичений соціальний досвід призвів до розуміння того, що треба переосмислити, по-перше, необхідність визнання особи особливо небезпечним рецидивістом; по-друге, «повернути у суспільство корисними членами... людей, які до того визнавалися такими, що безнадійно загинули»¹, тобто вважалися невинуватими; по-третє, вивести з поняття рецидиву злочинів деякі випадки множинності злочинів, які раніше вважалися рецидивом, зокрема стосовно осіб, які вчинили необережні злочини.

Практика визнання особи особливо небезпечним рецидивістом майже завжди приводила до феномена соціальної відчуженості такої людини у суспільстві та її несприйняття цим суспільством. Психологи неодноразово стверджували, що після 6–8 років перебування людини в ізоляції від суспільства в її психіці відбуваються незворотні процеси, що призводять фактично до неможливості її повернення до нормального життя. Маючи такий статус, особа вже не могла розраховувати на полегкість при вчиненні протиправного діяння навіть за обставин, що є значно відмінними від обставин вчинення попередніх злочинів, наприклад, вчинення нетяжкого злочину внаслідок крайньої нужди. Отже, легше було поставити на певній людині клеймо невинуватості, ніж спробувати вирішити проблему зворотної реінтеграції людини у суспільство. При цьому після відбуття такою особою покарання значні сили повинні були покладатися на обов'язковий соціальний контроль у виді адміністративного нагляду. А це, у свою чергу, було пов'язано із значними витратами суспільства на організацію такого контролю, хоча цілком очевидно, що краще було б спрямувати відповідні кошти на адаптаційні заходи щодо звільнених з місць позбавлен-

¹ Фойницький И. Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. — М., 2000. — С. 51.

ня волі. Таким чином, відмова від поняття особливо небезпечного рецидивіста — це акт гуманізації суспільної думки та одночасно перерозподілу суспільних сил з метою акцентувати увагу саме на вирішенні завдань реінтеграції цих осіб у суспільство.

З погляду психологічних передумов формування нового розуміння рецидиву злочинів обумовлено наявністю в особі, яка після засудження знову вчиняє умисний злочин, у більшості випадків стійких рис негативної спрямованості. Такі особи найбільш послідовно, наполегливо протиставляють себе моральним цінностям і суспільним засадам, сприяють заподіяння, в тому числі й психологічної, шкоди суспільству у вигляді «зараження» оточуючих шкідливими ідеями, принципами. Крім того, «поєднання» умисних злочинів до і після засудження часто свідчить про те, що це не випадковість, а результат свідомого слідування саме такому способу життя, спілкування в середовищі собі подібних, підтримання злочинних традицій, цілеспрямоване бажання зробити «злочинну кар'єру», «злочинну біографію» та ін., що підтверджується багатьма дослідниками проблем рецидивної злочинності¹. Й це дійсно так, оскільки підвищена суспільна небезпека рецидиву обумовлена тим, що вчинення умисного злочину двічі або більше разів свідчить про певне, найчастіше настійне, прагнення особи продовжити, поновити злочинну діяльність, незважаючи на вжиті стосовно неї кримінально-правові заходи. Спираючись на свій попередній досвід, рецидивісти діють більш вміло та рішуче, свідомо ігнорують вжиті правові заходи, винесення негативної оцінки їх протиправної поведінки з боку суспільства і держави, а у ряді випадків своїм прикладом і цілеспрямованою організаторською діяльністю сприяють втягненню у злочинну діяльність інших осіб, особливо з числа молоді та неповнолітніх. Застосовуючи загальні принципи призначення покарання, суд враховує факт вчинення правопорушень в минулому, якщо судимість не погашена на законних підставах, як складник особистих і соціальних рис правопорушника². Таким чином, згідно з новим поняттям вважається, що рецидив злочинів обумовлюється внутрішньою психологічною єдністю попереднього протиправного умисного діяння з новим, теж умисним діянням.

Кримінологічні підстави формування нового розуміння рецидиву злочинів перш за все полягають у тому, що поняття рецидиву злочинів повинно бути єдиним для всіх правових наук. Як слушно

¹ Див.: *Даньшин І. М.* Усталені форми злочинності (кримінологічний нарис). — Х., 2002; *Зелинский А. Ф.* Вказ. праця та ін.

² Див.: *Нельсон А., Бішоп Н.* Вказ. праця. — С. 30.

зауважив А. Зелінський, кримінологія якнайтісніше пов'язана з кримінальним правом, і наявність у цих споріднених науках одного й того ж терміна у різному розумінні у принципі є недопустимим¹. Проте у кримінологічній науці поряд з поняттям легального рецидиву використовується й поняття фактичного рецидиву, під яким розуміється повторне вчинення нового злочину особою, яка раніше вчинила злочин, незалежно від наявності у неї судимості². Наявність цього поняття, на нашу думку, слід розцінити як спробу знайти компроміс у неоднозначному розумінні явища рецидиву злочинів серед криміналістів та кримінологів. Визнання науковцями фактичного рецидиву і виділення на цій підставі окремого виду злочинності більше має пізнавальний, інформаційний характер, ніж сприяє створенню істинної картини рецидивної злочинності. Річ у тім, що через поєднання в одну групу злочинних діянь, вчинених особами, до яких раніше вже застосовувалося покарання незалежно від наявності у них на момент вчинення ними нового злочину або злочинів судимості за попередній злочин (злочини), відбувається перекинування загальної структури злочинності, штучно підвищується рівень нібито рецидивної злочинності. Проте «ядро» дійсної рецидивної злочинності у тому значенні, яке їй надає нове поняття, губиться серед інших випадків вчинення повторних злочинів. Як справедливо зазначає в зв'язку з цим І. Даньшин, за широким поняттям «рецидивісти, які вчинили злочин», чітко не простежується якісна характеристика та закономірності структури рецидиву³.

Нове розуміння рецидиву злочинів вплинуло й на державну статистичну звітність органів внутрішніх справ, яка, згідно з визначенням, що міститься у ст. 34 КК України, стала відображати лише кількість осіб, з яких судимість не знята і не погашена на відміну від попереднього обліку, коли враховувалася загальна кількість осіб, які вчинили новий злочин після вчинення у минулому злочинного діяння, незалежно від того, чи є наявною в них не погашена або не знята судимість, чи були вони звільнені від кримінальної відповідальності із застосуванням до них, наприклад, заходів громадського впливу, в зв'язку із зміною обстановки, амністією, помилуванням тощо. Отже, і в цьому аспекті поняття рецидивної злочинності

¹ Див.: *Зелінський А. Ф.* Вказ. праця. — С. 5.

² Див.: *Кримінологія: Особлива частина: Підручник / За ред. І. М. Даньшина.* — Х., 2003. — С. 272.

³ Див.: *Даньшин І. М.* Вказ. праця. — С. 77.

набуло адекватного змісту, що більш повно відповідає дійсній природі цього виду злочинності.

Цілком очевидно, що попередження повторних необережних та умисних злочинів, якщо судимість за них знята або погашена, дещо відмінне від попереджувальної роботи стосовно рецидивних злочинів. Тому це ще один кримінологічний аргумент на користь формування нового підходу щодо розуміння рецидиву злочинів.

Отже, кримінологічними підставами формування нового поняття рецидиву злочинів є: необхідність застосування єдиної законодавчої та наукової кримінологічної термінології з метою виокремлення рецидивної злочинності в дійсному значенні цього слова для подальшого вивчення закономірностей її відтворення та існування; розроблення її специфіки, становлення адекватної правової статистики та розмежування напрямків боротьби з різними видами повторення злочинів.

Неможливо залишити поза увагою й пенітенціарні передумови формування нового поняття рецидиву злочинів. Справа в тім, що на підставі результатів останніх досліджень проблеми соціальної реінтеграції та адаптації засуджених до позбавлення волі після їх звільнення філософія виправлення засуджених, повернення їх повноправними членами суспільства все більше і більше переглядається та переоцінюється. Досвід показує, що не завжди досягається очікуваний результат навіть юридичного виправлення таких осіб. За вчинення нового злочину особою, яка раніше вчинила будь-який злочин, в тому числі й необережний, якщо не сплинули строки погашення або зняття судимості, до сприйняття кримінальним законодавством нинішнього поняття рецидиву злочинів значна кількість осіб автоматично вважалася рецидивістами, що надавало можливість посилювати покарання, зокрема збільшувати строки позбавлення волі. А це, у свою чергу, призводило до збільшення так званого тюремного населення. У 2002 р. у місцях позбавлення волі утримувалося близько 234 тис. осіб¹, серед яких понад 45% — рецидивісти. У світлі нових розробок стає очевидним, що скороченню числа засуджених, які позбавлені волі, сприятиме й виведення певної кількості засуджених за вчинення нових злочинів за межі поняття рецидиву злочинів. Такий підхід в цілому відповідає прагненням міжнародної спільноти вирішити проблему скорочення чисельності засуджених до позбавлення волі, що дозволить частіше застосовувати альтернативні покарання із значно меншим обмеженням природних прав і свобод людини.

¹ Наведено за виданням: Люди щоденного подвигу. — Х., 2003. — С. 4.

Наприкінці слід зауважити, що оскільки йдеться про передумови формування одного й того ж поняття, то всі вони перебувають у певному взаємозв'язку та взаємозалежності. Отже, саме їх сукупність посприяла формуванню нового розуміння рецидиву злочинів в українському кримінальному законодавстві, що, у свою чергу, ставить за необхідне проведення нових кримінально-правових та кримінологічних досліджень з метою розв'язання складних проблем, пов'язаних з означеною тематикою.

Надійшла до редколегії 27.10.03

А. Волобуєв, професор Національного університету внутрішніх справ,
Р. Степанюк, викладач Національного університету внутрішніх справ

Особливості механізму злочинних порушень бюджетного законодавства

У структурі економічної злочинності, під якою розуміються корисливі злочини, що вчиняються особами з використанням легальних форм господарської діяльності чи повноважень по контролю над цією діяльністю, все більш помітне місце посідають зловживання з бюджетними коштами. Зокрема, відзначається, що бюджетні кошти стали одним з найбільш привабливих об'єктів організованої злочинної діяльності, яка включає в себе десятки прийомів і способів вилучення коштів із казни¹.

Після набуття Україною незалежності та реформ в економічній і політичній сферах порушення вимог чинного бюджетного законодавства стали масовими і часто безкарними. Лавина цих правопорушень на різних рівнях державного управління фактично стала національною бідую. Невиплата заробітної плати і пенсій, недофінансування освіти і медичного обслуговування, занепад інфраструктури міст і селищ — яскраві наслідки зловживань розпорядників і одер-

¹ Див.: Бандурка О. М. Бюджетні процеси та «тінізація» економіки в Україні // Проблеми боротьби зі злочинністю у сфері економічної діяльності: Матеріали науково-практичної конференції. — Х., 1999. — С. 15–18; Криміногенная ситуация в России на рубеже XXI века / Под общ. ред. А. И. Гурова. — М., 2000. — С. 5–12.

жувачів бюджетних коштів. Саме це стало основною причиною доповнення у жовтні 1997 р. кримінального законодавства спеціальними нормами, які передбачали відповідальність за злочинні порушення бюджетного законодавства¹. З незначними редакційними змінами ці норми було відтворено і в новому Кримінальному кодексі України (ст.ст. 210, 211).

Як показує аналіз практики, працівникам правоохоронних органів нерідко доводиться стикатися з суттєвими труднощами при виявленні та розслідуванні злочинів, передбачених ст.ст. 210 і 211 КК, що обумовлено особливостями їх механізму, специфічним суб'єктивним складом, проявами активної протидії та відсутністю відпрацьованих методик розслідування. Крім того, потрібно зважити на ту обставину, що порушення бюджетного законодавства тісно пов'язані з розкраданнями бюджетних коштів, які маскуються укладанням різноманітних угод з комерційними структурами. «Перекачування» бюджетних коштів у кишені недобросовісних державних посадовців і підприємців є досить поширеним явищем останнього часу. Показовим є приклад використання не за призначенням 1 млн 980 тис. грн. бюджетних коштів керівниками Міністерства охорони здоров'я України, які були витрачені у 2000–2001 рр. на придбання простроченої протигрипозної вакцини, завезеної з Франції². Значне поширення злочини зазначеної категорії здобули у вугільній промисловості, де тільки за 2002 р. керівниками різного рівня та фінансово-бухгалтерськими працівниками галузі було завдано державі і підприємствам у такий спосіб збитків на суму 22 млн грн. При розслідуванні 289 кримінальних справ було встановлено численні факти перерахування керівниками галузі і окремих державних підприємств величезних сум бюджетних коштів комерційним структурам³. Тому досить типовою є ситуація, коли правоохоронними органами спочатку виявляються ознаки порушення бюджетного законодавства, в ході розслідування якого встановлюється низка інших економічних злочинів. У сукупності вони становлять певну технологію злочинного збагачення, в структурі якої бюджетні правопорушення виступають підпорядкованим злочином. При розслідуванні у таких кримінальних справах виникає необхідність встановлення і доказування зв'язків між окремими злочинами та їх виконавцями.

¹ Див.: Кочерга В., Фесенко Є. Законопроект, який став законом // Право України. — 1998. — № 7. — С. 91–95.

² Див.: Іменем Закону. — 2003. — 3 січ. — № 1(5337). — С. 3.

³ Див.: Шахтарське питання: хто винен? // Міліція України. — 2002. — № 11. — С. 8–9.

Виявлення і успішне розслідування злочинних порушень бюджетного законодавства базується на знанні механізму їх вчинення, яке знаходить своє втілення в криміналістичний характеристиці цих злочинів — системі узагальнених відомостей про типові ознаки предмета і обстановки вчинення злочину, особу злочинця, способи вчинення та сліди злочину.

Предмет злочинних порушень бюджетного законодавства визначається в КК поняттям «бюджетні кошти», до яких згідно з приміткою до ст. 210 КК належать кошти, що включаються у бюджети всіх рівнів незалежно від джерела їх формування. Бюджетні кошти виступають предметом посягання не тільки у ст. 210, а й у ст. 211 КК. В. Навроцький вказує на такі їх ознаки: кошти повинні бути включені до бюджету будь-якого рівня; визначеність цільового використання таких коштів бюджетом держави чи адміністративно-територіальної одиниці або кошторисом підприємства, установи, організації, що фінансується з бюджету; кошти повинні вже фактично надійти до бюджету; розмір коштів, що неправомірно використовуються, досягає встановленого законом рівня¹. З наведеними ознаками бюджетних коштів можна погодитися за винятком ознаки фактичного надходження до бюджету, маючи на увазі передусім ст. 211 КК, адже бюджет є планом формування і використання фінансових ресурсів держави (ст. 2 Бюджетного кодексу України) і службова особа шляхом видання незаконних нормативних актів порушує саме цей план. Тому, на нашу думку, предметом злочинів, передбачених ст.ст. 210 і 211 КК, можуть бути не тільки реально одержані кошти, а й кошти, заплановані як доходи і видатки державного або місцевого бюджету. Як обґрунтовано зазначає П. Андрушко, коли службова особа видає нормативно-правовий акт, що передбачає незаконне списання заборгованості платників за податками, зборами, іншими обов'язковими платежами, до бюджету не надходять кошти, які повинні були надійти, і саме вони виступають предметом злочину².

З урахуванням викладеного можна визначити, що бюджетні кошти як предмет злочинів, передбачених ст.ст. 210 і 211 КК, мають такі обов'язкові ознаки.

1. *Включення коштів до бюджету будь-якого рівня*, тобто вони мають бути внесеними до складу бюджету (фінансового плану) пев-

¹ Див.: *Навроцький В. О.* Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. — К., 2000. С. 126–127.

² Див.: *Андрушко П. П.* Коментар до статті 211 Кримінального кодексу України // *Юридичний вісник України*. Інформаційно-правовий банк. — 2002. — № 3(343) — 19–25 січ. — С. 31.

ної статті доходів або видатків. Такими вони вважаються після запису певних доходів чи видатків у відповідний нормативний або плановий документ (Закон про Державний бюджет на певний рік, рішення місцевої ради про місцевий бюджет, кошторис доходів та видатків тощо), який набрав юридичної сили.

2. *Досягнення суми бюджетних коштів кваліфікуючого розміру*, тобто вони повинні мати великий (у тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян) чи особливо великий (у три тисячі і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян) розмір.

3. *Визначення джерел одержання і напрямів витрачання одним або кількома з чинних документів нормативно-правового або планового характеру* (Бюджетним кодексом України, законами, підзаконними актами, розписами бюджетів, кошторисами доходів і видатків бюджетних установ, планами використання бюджетних коштів одержувачів тощо).

Важливо також враховувати, що кошти, які належать до предмета злочинних порушень бюджетного законодавства, поділяються на дві великі групи:

1) кошти, заплановані в бюджеті, але ще не одержані (планові кошти);

2) кошти, які вже надійшли до бюджету (наявні кошти).

Планові кошти — це записи певних сум доходної або видаткової частини у відповідному нормативно-правовому акті (плановому документі) про бюджет (законі, рішенні місцевої ради, розписі бюджету, кошторисі доходів та видатків тощо), який набрав юридичної сили. Такі кошти існують у вигляді цифрових записів, правових приписів у відповідному правовому акті та інших документах. Безпосередня або опосередкована зміна цих цифр чи записів призводить до ненадходження до бюджету належних коштів.

Наявні кошти характеризуються тим, що вони вже надійшли до бюджету або бюджетної установи, тобто були зараховані на єдиний казначейський рахунок Державного бюджету, рахунки місцевих бюджетів або реєстраційні рахунки розпорядників та одержувачів бюджетних коштів (ч. 5 ст. 50 Бюджетного кодексу України). Ці кошти вже реально існують у вигляді грошових сум або їх еквіваленті (можуть реально витратитися).

Предметом посягання бюджетних злочинів можуть виступати грошові кошти у національній або іноземній валюті чи їх еквівалент (цінні папери, банківські метали), що були включені до бюджетів усіх рівнів. На відміну від більшості інших економічних злочинів предметом зло-

чинних порушень бюджетного законодавства не можуть виступати товарно-матеріальні цінності, а також кошти, які належать окремим юридичним особам на праві власності¹. Переважна більшість бюджетних злочинів учиняються з коштами у безготівковій формі шляхом використання механізму безготівкових розрахунків.

Службовий статус осіб — суб'єктів порушень бюджетного законодавства. Суб'єктом злочинів, передбачених ст.ст. 210 і 211 КК, є службова особа з певними повноваженнями щодо бюджетних коштів. Відповідно при досудовому розслідуванні існує обмежене коло осіб, які внаслідок свого службового становища мають об'єктивну можливість вчинити бюджетний злочин. До них належать певні категорії службових осіб органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації незалежно від форм власності.

З урахуванням конкретного службового статусу і компетенції щодо бюджетних коштів усіх службових осіб, які можуть бути суб'єктами злочинних порушень бюджетного законодавства, доцільно розділити на декілька груп.

1. Розпорядники бюджетних коштів (у державних органах та бюджетних установах):

— головні розпорядники (керівники міністерств та відомств, інших центральних органів — по державному бюджету; керівники місцевих органів — по місцевих бюджетах);

— розпорядники нижчого рівня, до сфери управління яких належать інші розпорядники нижчого рівня (керівники державних виконавчих органів обласного рівня — по державному бюджету; керівники районних органів — по місцевих бюджетах);

— інші розпорядники нижчого рівня (керівники бюджетних установ).

2. Одержувачі бюджетних коштів — керівники підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності, які одержують бюджетні кошти у вигляді різних видів цільової фінансової допомоги — субсидій, субвенцій, кредитів, дотацій, бюджетних позичок, а також для проведення централізованих заходів або виконання передбачених бюджетом програм.

3. Інші службові особи (не керівники) органів державної влади, бюджетних установ, а також установ, підприємств, організацій, які одер-

¹ Див.: *Навроцький В. О.* Вказ. праця. — С. 127; *Дудоров О.* Порушення законодавства про бюджетну систему України: проблеми кваліфікації злочину // *Вісник Академії правових наук України.* — 2002. — № 2 (29). — С. 149–150.

жують цільові бюджетні кошти. До цієї групи належать, передусім головні бухгалтери, керівники фінансово-економічних підрозділів, керівники структурних підрозділів установи, які самі не є розпорядниками (одержувачами) бюджетних коштів.

4. Службові особи Міністерства фінансів України, місцевих фінансових органів Державного казначейства України, які відповідно до законодавства зобов'язані виконувати функції по забезпеченню пропорційного скорочення, пропорційного фінансування видатків бюджетів, обслуговуванню рахунків державного та місцевих бюджетів, бюджетних і небюджетних установ.

Узагальнення кримінальних справ даної категорії показує, що порушення бюджетного законодавства були вчинені: а) керівником — 44 %; б) заступником керівника (керівником структурного підрозділу) — 6 %; в) головним бухгалтером (начальником фінансово-економічного відділу) — 40%; г) керівником та головним бухгалтером за попередньою змовою — 10 %¹. Крім того, в 5 % випадків співучасниками вчинення цих злочинів були неслужбові особи.

Як показав аналіз слідчо-судової практики, 6 % злочинів було вчинено особами віком від 25 до 29 років; 88% — віком від 30 до 59 років; 6 % — більше 60 років. Майже 85% з них мали вищу освіту, а решта — середню спеціальну освіту. Переважну кількість (80 %) злочинних порушень законодавства про бюджетну систему вчинили службові особи, які працювали більше 10 років на займаній посаді. З притягнутих до кримінальної відповідальності 99% раніше не були судимі, 10% — притягалися до дисциплінарної відповідальності за порушення бюджетного законодавства. Такий відносно високий віковий і освітній рівень обумовлений специфічним становищем злочинців цієї категорії, оскільки на керівні посади призначаються, як правило, особи, які вже мають певний досвід роботи.

Способи вчинення злочинів, передбачених ст.ст. 210 і 211 КК, можуть бути визначені як сукупність умисних актів поведінки (дій або бездіяльності) службової особи, спрямованих на порушення вимог чинного бюджетного законодавства при розподілі, перерозподілі, одержанні та використанні бюджетних коштів.

За характером бюджетних коштів способи порушення бюджетного законодавства можуть бути поділені на дві великі групи: способи вчинення злочинів стосовно наявних бюджетних коштів (таких, що вже надійшли до бюджету); способи вчинення злочинів стосовно планових бюджетних коштів.

¹ Всього було вивчено 120 кримінальних справ, порушених за ст.ст. 210, 211 КК.

Способи вчинення злочинів щодо наявних бюджетних коштів (ст. 210 КК). За ознакою напряду використання коштів ця група способів порушення бюджетного законодавства у свою чергу поділяється на дві підгрупи: способи, пов'язані з використанням бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню; способи, пов'язані з цільовим використанням бюджетних коштів, але з порушенням вимог щодо обсягів за окремими статтями видатків.

Способи порушення бюджетного законодавства, пов'язані з використанням бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню (93% проаналізованих кримінальних справ). Примірний перелік нецільового використання бюджетних коштів наведено у п. 3 Порядку забезпечення органами державної контрольно-ревізійної служби повернення коштів державного і місцевих бюджетів та державних цільових фондів, використаних підприємствами, установами і організаціями не за цільовим призначенням та/або не повернених бюджетам чи фондам позик і кредитів (затверджений наказом Міністерства України від 14 листопада 2000 р.)¹. Базуючись на даному переліку, який фактично є результатом узагальнення виявлених правопорушень, і використовуючи матеріали вивчених кримінальних справ, можна навести такі способи вчинення бюджетних злочинів даної підгрупи.

1. Використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню шляхом проведення «простих» нецільових платежів з використанням безготівкових розрахунків.

2. Використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню шляхом проведення «простих» нецільових платежів готівкою.

3. Використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню шляхом порушення спеціальних правил використання бюджетних коштів, установлених чинним бюджетним законодавством на певний період.

4. Використання бюджетних коштів усупереч цільовому призначенню з оформленням їх на видатки за певною передбаченою бюджетом (кошторисом, планом) статтею (кодом) бюджетної класифікації при фактичному витрачанні на цілі, що не відповідають обсягам витрат, які можуть здійснюватись відповідно до цієї предметної категорії видатків.

5. Використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню шляхом надання їх неналежним одержувачам.

6. Використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню шляхом незаконного одержання і відповідно нецільового

¹ Див.: Офіційний вісник України. — 2000. — № 48. — Ст. 2103.

використання бюджетних коштів у вигляді бюджетного фінансування, кредиту, позички або бюджетної компенсації.

Способи вчинення бюджетних злочинів, пов'язані з порушенням вимог щодо обсягів використання бюджетних коштів за окремими статтями видатків (6% кримінальних справ).

1. Використання (витрачання) бюджетних коштів на фінансування певної статті класифікації видатків у обсягах, що перевищують межі витрат, встановлені певними нормативними актами.

2. Недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків за статтями бюджету.

3. Недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету службовою особою шляхом неврахування при здійсненні видатків тимчасових обмежень асигнувань загального фонду відповідного бюджету, встановлених Мінфіном України або місцевим фінансовим органом.

4. Недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету шляхом нескладання та/або ненадсилання головним розпорядником бюджетних коштів (або розпорядником нижчого ступеня) підпорядкованим установам довідок про зміни кошторису доходів та видатків і плану асигнувань, якщо проведено скорочення видатків бюджету.

5. Недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету шляхом невнесення розпорядником бюджетних коштів змін до кошторису доходів і видатків і плану асигнувань у разі одержання від вищої установи довідок про зміни кошторису доходів та видатків і плану асигнувань загального фонду бюджету в бік зменшення.

6. Недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету шляхом внесення таких змін до кошторису доходів і видатків (плану асигнувань), згідно з якими скороченню підлягають не всі, а лише деякі статті видатків.

7. Недотримання вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджету шляхом фінансування одних статей видатків бюджету (кошторису) в повному обсязі при одночасному повному або частковому недофінансуванні інших статей.

8. Недотримання вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджету шляхом нефінансування у встановлені строки всіх або окремих статей видатків бюджету (кошторису) при наявності залишків коштів на відповідних рахунках.

Способи вчинення злочинів щодо планових бюджетних коштів (ст. 210 КК) (1% проаналізованих кримінальних справ).

1. Видання службовою особою нормативно-правових актів, які змінюють доходи і видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку.

2. Видання службовою особою розпорядчих актів, які змінюють доходи і видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку.

Специфіка використання того чи іншого способу порушення бюджетного законодавства значною мірою визначається галуззю господарювання, в якій працює службова особа. Наприклад, в агропромисловому комплексі України основні види порушень бюджетного законодавства пов'язані з незаконним використанням коштів, одержаних з бюджету на фінансування цільових програм селекції, закупівлі племінних тварин, елітного насіння тощо¹.

Сліди бюджетних злочинів. Найбільш характерні сліди бюджетних злочинів містяться в документах. Це пояснюється тим, що при вчиненні злочинів службові особи використовують певні господарські, фінансові та нормотворчі операції. Кожна така операція підлягає обов'язковій реєстрації, що здійснюється за допомогою документів, які є найпоширенішими джерелами доказів у справах про злочинні порушення бюджетного законодавства.

Документи, які використовуються як джерела доказів при розслідуванні бюджетних злочинів, доцільно розділити на декілька різновидів залежно від характеру та значення для справи наявної в них інформації на такі групи: 1) документи, якими визначаються підстави надання, обсяг, розподіл та цільове призначення бюджетних коштів; 2) документи, що визначають посадове становище, компетенцію службової особи, яка є суб'єктом злочину даного виду; 3) документи, що визначають організаційно-правовий статус та джерела фінансування підприємства, на якому вчинено злочин; 4) документи бухгалтерського обліку та фінансової звітності; 5) документи, що свідчать про укладання певних угод та стають підставами для їх оплати; 6) казначейські (банківські) документи, що відображають ті чи інші розрахункові операції; 7) чорнові записи та неофіційне листування службових осіб, що мають значення для кримінальної справи (робочі зошити, записники тощо); 8) нормативно-правові або розпорядчі акти, що змінюють доходи та видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку, видані службовою особою або затверджені її наказом; 9) накази, видані службовою особою, які затверджують нормативно-правові акти, прийняті колегіальним органом,

¹ Див.: Романів М. В. Фінансовий контроль за використанням бюджетних коштів у АПК України // Фінанси України. — 1999. — № 8. — С. 67–75.

якщо ці акти змінюють доходи та видатки бюджету всупереч встановленому законом порядку; 10) документи, пов'язані з прийняттям та реєстрацією нормативно-правових або розпорядчих актів.

У документах знаходять своє відображення такі ознаки (сліди) бюджетних злочинів.

1. Порушення встановленого порядку при використанні бюджетних коштів:

2. Порушення порядку документального оформлення операцій з надання коштів (повна відсутність відповідних документів; суттєві недоліки при їх оформленні; наявність підроблених документів).

3. Порушення правил оформлення і подання звітності про виконання бюджету (недодержання строків подання звітності, її неподання, наявність підроблених звітних документів).

4. Порушення порядку контролю за поверненням коштів у разі виділення зворотної допомоги (надання відстрочок у поверненні фінансової допомоги при відсутності достатніх підстав для цього або навіть відповідних звернень боржника; незаконне погашення боргу, в тому числі шляхом оформлення взаємозаліків).

5. Ознаки, що вказують на власну корисливу зацікавленість службових осіб, які виділяли бюджетні кошти:

а) належність юридичних осіб — одержувачів допомоги службовим особам або їх близьким родичам, знайомим;

б) ознаки, які вказують на одержання хабара: перерахування на особисті рахунки службових осіб грошових коштів від комерційних структур, пов'язаних з одержувачем; придбання цими структурами різних матеріальних цінностей з їх передачею службовим особам чи їх родичам; надання одержувачами бюджетних коштів безоплатних послуг службовим особам, їх сім'ям чи родичам.

б. Недосягнення цілей, профінансованих з бюджету:

а) тривалі затримки у виплаті заробітної плати працівникам;

б) наявність суттєвих заборгованостей у бюджетної установи за різними платежами;

в) неспроможність установи виконувати покладені на неї функції через брак коштів або відповідного обладнання.

7. Ознаки, що вказують на неналежного одержувача бюджетних коштів:

а) невідповідність характеру господарської діяльності одержувача потребам, профінансованим за рахунок бюджетних коштів;

б) фіктивність підприємства-одержувача;

в) стійка фінансова неспроможність підприємства-одержувача.

8. *Невиконання або неналежне виконання бюджету*: реальний дефіцит надходжень до відповідного бюджету за відсутності економічних причин такого становища.

9. *Виявлення контролюючими органами порушень фінансово-бюджетної дисципліни*:

а) зупинення органами ДКУ операцій на реєстраційних рахунках;

б) списання з рахунків бюджетної установи коштів до бюджету;

в) наявність службових розслідувань стосовно службових осіб, притягнення їх до дисциплінарної або адміністративної відповідальності за порушення бюджетного законодавства тощо.

10. *Недотримання вимог чинного законодавства при виданні нормативно-правового (розпорядчого) акта* (порушення належної процедури розробки проекту відповідного акта, оформлення його «заднім числом» або з суттєвими порушеннями порядку тощо).

На ці ознаки вказують перш за все суперечності у відповідних документах. Разом з тим у виявленні слідів бюджетних злочинів велике значення мають свідчення людей. Очевидцями злочинних дій (бездіяльності) можуть виступати: вищестоящі відносно порушника службові особи, з якими узгоджуються або яким доводяться до відома певні дії; підлеглі службові особи, які розробляють, підписують певні документи або з якими обговорюються відповідні рішення (головні бухгалтери, керівники планово-фінансових підрозділів), та ін.

Надійшла до редколегії 10.01.03

Д. Федоренко, начальник відділення з розслідування злочинів у сфері економіки слідчого управління Донецького МУ УМВС України в Донецькій області, кандидат юридичних наук

Про особливості рівня злочинності в урбанізованих регіонах України

Одним з пріоритетних напрямів діяльності правоохоронних органів України є профілактика злочинності. Указом Президента України від 25 грудня 2000 р. затверджено Комплексну програму профілактики зло-

чинності на 2001–2005 роки¹. Світова антикримінальна практика поступово переходить до системного дослідження та впливу на злочинність². Але головне — це регіональні дослідження. Загальний аналіз необхідний завжди, він обов'язковий, але в той же час важливо виявляти особливості злочинів, що вчиняються в різних регіонах³.

Рівень злочинності розрізняється залежно від типу регіону. Порівняльний аналіз злочинності у різних областях України свідчить про те, що коефіцієнт злочинності в них неоднаковий і, залежно від рівня урбанізованості регіону, помітно відрізняється. Виявляється закономірність — коефіцієнт інтенсивності злочинності прямо пропорційний рівневі урбанізованості регіону. Така статистична залежність досить стабільна протягом тривалого часу. На прикладі двох урбанізованих регіонів України — Донецької та Дніпропетровської областей — проаналізуємо рівень зареєстрованої і частково фактичної злочинності.

За рівнем урбанізованості регіони України можна поділити на чотири групи: низькоурбанізовані, де міське населення становить 40–50 % від загальної чисельності населення (Вінницька, Закарпатська області), середньоурбанізовані — 51–68 % (Крим, Одеська, Миколаївська області), високоурбанізовані — 69–85 % (Дніпропетровська, Запорізька, Харківська області), гіперурбанізовані регіони, де ця частка перевищує 86 % (Донецька і Луганська області)⁴.

У 2001 р. коефіцієнт інтенсивності злочинності в Україні становив 99 злочинів на 10 тис. населення, а, наприклад, у Чернівецькій області — 45 (найменший показник), Донецькій — 103, Харківській — 131, Запорізькій та Луганській — 137, Дніпропетровській області — 161 злочин на 10 тис. населення (найвищий показник). Таким чином, за коефіцієнтом зареєстрованої злочинності різниця у рівнях злочинності між областями країни становить майже чотирикратну величину.

Разом з тим поняття «урбанізація» є збірним. Пояснювати більш високий рівень злочинності тільки цим явищем, очевидно, неправильно. Так, найвищий рівень злочинності спостерігається в

¹ Див.: Офіційний вісник України. — 2000. — № 52. — Ст. 2258.

² Див.: *Иншаков С. М.* Зарубежная криминология. — М., 1997. — С. 202–231.

³ *Сахаров А. Б.* Умышленные убийства (криминологические исследования) // Региональная преступность: Материалы конференции. — Вильнюс, 1978. — С. 44.

⁴ Див.: *Шакун В. І.* Урбанізація і злочинність в Україні: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / УАВС — К., 1996. — С. 21.

Дніпропетровській області, хоча кількість міського населення, концентрація великих міст більша в Донецькій, Луганській областях.

Усі явища і процеси, з якими пов'язані зміни і розходження у показниках злочинності, можна умовно розподілити на декілька груп: господарсько-економічні, морально-психологічні, соціально-демографічні. Звідси у найбільш загальному вигляді розходження в рівні, динаміці і структурі злочинності можна пояснити тим, що в різних регіонах: а) різна кількість, «набір» факторів, які входять до кожної із зазначених груп чи хоча б до однієї з них; або б) ці фактори по-різному співвідносяться в сполученнях; в) різна інтенсивність вияву тих самих факторів (факторів того самого роду); або г) спостерігається поєднання двох чи всіх трьох названих ситуацій.

Регіональна злочинність — це породження багатьох взаємозалежних компонентів суспільства, отже, вона детермінується безліччю факторів, роль і вага яких неоднакові. Таким чином, незважаючи на загальну схожість двох регіонів, наприклад, Донецької та Дніпропетровської областей, злочинність може виражатися в різних кількісних показниках. Існування відмінностей злочинності не тільки можна пояснити, а це є безумовною закономірністю. Статистичні показники, відображаючи територіальну диференціацію злочинності, не можуть бути завжди рівновеликими. Злочинність як соціально детерміноване явище залежить від характеру умов соціального життя, що складається в регіонах, і чутливо реагує на їх зміни та відмінності в цих умовах, а умови в регіонах різні¹.

Пояснюючи різний рівень злочинності, необхідно враховувати не тільки самі показники, а й факт суперечності, якого могло не бути в конкретному випадку, і гостроту конфліктності суперечностей. Менш сприятливий стан злочинності спостерігається у тому з порівнюваних регіонів, де матеріальний рівень життя населення за комплексом найбільш значущих показників (середня заробітна плата, грошовий дохід на душу населення тощо) вищий, зате значно помітнішим є розходження в рівні матеріальної забезпеченості окремих соціальних груп. У той же час у регіоні з меншим рівнем злочинності матеріальні умови життя в середньому хоча і трохи гірші, проте однорідніші. Наприклад, за своїми соціально-економічними показниками найменше розвинуті Тернопільська, Черкаська області, однак відносні показники злочинності у них найменші в Україні. І навпаки, у Дніпропетровській, Донецькій областях рівень

¹ Див.: Бабаев М. М. Демографические процессы и проблемы территориальных различий преступности // Вопросы борьбы с преступностью. — 1974. — Вып. 21. — С. 3—4.

економічного розвитку вищий, а коефіцієнт злочинної інтенсивності помітно вищий. Сучасне суспільство розкололося на два класи — бідних і багатих, прірва між якими стрімко розширюється і поглиблюється. Саме формування класу «багатих» поєднане з ланцюгом особливо тяжких злочинів, причому не тільки економічних.

Для урбанізованих регіонів, подібних до Донецької, Дніпропетровської областей, характерні такі криміногенні явища.

1. Підвищена щільність населення, що призводить до часткового погіршення умов життя. Зокрема, концентрація населення спричиняє ускладнення взаємин між людьми, зростання кількості небажаних контактів, що в кінцевому результаті найчастіше призводить до вчинення правопорушень.

2. Міграція населення (з нею пов'язані проблема адаптації новоселів, можливість соціального контролю над ними, виїзд за кордон на постійне місце проживання громадян, що мають високий культурно-освітній рівень і є найбільш правослухняними).

3. Маятникова міграція (що викликає так звану транспортну втому, додаткові матеріальні витрати на проїзд у громадському транспорті, збільшення психологічних навантажень).

4. Плинність кадрів і безробіття, що створює побутову напруженість, соціальний паразитизм, брак коштів для існування тощо.

5. Зростання нервових навантажень на людину, збільшення стресових, конфліктних ситуацій.

6. Промисловий і транспортний травматизм.

7. Послаблення родинних і сусідських зв'язків. У місті менш ефективні форми соціального контролю, стримуюча роль малих груп, сім'ї слабшає. Анонімний спосіб життя породжує у деяких осіб установку на безвідповідальність за вчинені протиправні діяння, безкарність.

8. Підвищене екологічне навантаження на людину (низька якість питної води, забруднення повітря, ґрунту відходами промислових підприємств тощо), що створює реальну загрозу біологічним основам життя, здоров'ю і розвитку людини. Важковирішувані екологічні проблеми великих міст пов'язані з перенасиченістю транспортом, недосконалістю системи каналізації, деградацією міської і приміської рослинності.

9. Випереджувальний прояв нових видів злочинів, значно вищий рівень організованої і професійної злочинності.

10. Велика кількість злочинів, що викликають підвищений суспільний резонанс і вимагають зосередження сил і коштів правоохоронних органів на запобіганні звичайним злочинам.

11. Велика кількість злочинів, які вчиняються у містах, але мають міжрегіональний чи навіть міждержавний характер.

12. Нерівномірність картини злочинності по районах.

13. Вплив на рівень, структуру і динаміку злочинності таких специфічних факторів, як особливості структури населення за віковою та професійною ознакою; підвищена концентрація багатих і дуже багатих людей, з іншого боку — привабливість для фонового контингенту криміналітету жебраків, наркоманів, повій тощо; широкі можливості реалізації фальсифікованих товарів, обману споживачів та інших господарських злочинів¹. Ці фактори загалом пояснюють більш високий рівень злочинності серед високо- і надурбанізованих регіонів країни, в тому числі і в Донецькій області, порівняно з іншими, наприклад, із західними областями країни.

Однак для Донецької області є і специфічні причини, що відрізняють рівень, структуру і динаміку злочинності.

Криміногенним фактором у регіоні є концентрація на його території виправно-трудових установ. Усього на території Донецької області знаходиться 18 ВТУ різних типів. Порівняно з іншими регіонами країни це найбільша кількість пенітенціарних установ, дещо менше їх у Луганській (15), Дніпропетровській (13), Харківській (12), Запорізькій (11) областях.

Донецька область, починаючи з післявоєнного періоду, є найбільш неблагополучною в криміногенному плані. За цей період у Донбасі, порівняно з іншими регіонами, де криміногенна обстановка була більш благополучною, спостерігалася значна міграція населення. На багатьох ділянках відбудовних робіт працювали особи, які відбували позбавлення волі у будівельно-трудових колоніях.

Будівництво і реконструкція шахт вимагали напливу малокваліфікованої робочої сили. Мігранти приїжджали без родин. Маючи сім'ю за місцем постійного проживання, багато з них вступали в інтимні стосунки з жінками, нерідко аморальної поведінки, що призвело до зростання кількості матерів-одиначок. Негативне ставлення до таких сімей з боку місцевого населення призвело до появи у неповнолітніх дітей з них комплексу агресивності, формування потенційно криміногенних установок.

Крім організованого набору робочої сили держава направила до місцевих шкіл, фабрично-заводських училищ потоки неповнолітніх, як правило, саме тих, що за освітою, культурним розвитком

¹ Див.: Філонов В. П., Федоренко Д. В. Преступность в особо крупном промышленном городе: состояние, причины и меры по ее предупреждению. — Донецк, 2002. — С. 20–22.

відставали від ровесників. Характерна риса Донбасу минулих років — установка на тимчасове проживання значної частини мігрантів. У Донецький регіон їхали з метою заробити «великі гроші», а потім повернутися до постійного місця проживання. Населення тривалий час проживало в бараках, гуртожитках. Соціально-культурна сфера не розвивалася. Маючи досить високі заробітки, люди не мали можливості в той період придбати меблі, красивий одяг, автомобілі через дефіцит. У результаті цього гроші, як правило, реалізовувались шляхом придбання спиртних напоїв.

До середини 50-х років ХХ ст. закінчився процес формування населення промислового Донбасу з низьким рівнем культури, моралі та освіти. Закономірним результатом цього процесу була складна криміногенна ситуація, наслідки якої спостерігаються й донині.

Проблема співвідношення рівня злочинності Дніпропетровської і Донецької областей існує давно. Генеральна прокуратура України в документі «Аналіз стану організації роботи щодо розкриття і розслідування умисних вбивств на території України в 1993 році» звернула увагу на те, що в Донецькій області зареєстровано майже удвічі більше умисних вбивств, ніж у Дніпропетровській області. При цьому коефіцієнт інтенсивності загальної злочинності в Донецькій області значно нижчий. Таке «неправильне» співвідношення, яке не є закономірним, спостерігається і зараз. Найбільша кількість умисних убивств, вчинених в Україні у 2001 р., припадає на Донецьку область (703) (порівняймо: Дніпропетровська — 385, Харківська — 349, Луганська — 317). Отже, ця проблема виникла не протягом останніх років.

Образно злочинність є пірамідою, вершину якої займають найбільш тяжкі злочини (вбивства, тяжкі тілесні ушкодження, розбої). Основу цієї піраміди складають менш тяжкі злочини (крадіжки, шахрайство, злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів і зброї, тощо), кількість яких пропорційно зростає. У співвідношенні рівнів в окремих видах злочинності у досліджуваних регіонах спостерігаються перекошення.

Такі види злочинів, як убивства, тяжкі тілесні ушкодження, розбої, є найменш латентними, найбільш повно відображаються у кримінальній статистиці і досить об'єктивно показують картину злочинності. Співвідношення між такими злочинами, як убивства, розбої, крадіжки та ін., повинно бути досить стабільним і визначеним. Неможливо уявити собі, що в якомусь регіоні відбувається більше розбоїв, ніж крадіжок. Якщо така диспропорція спостерігається в статистиці, це свідчить про те, що реєстрація окремих

2002 р. Злочини	Донецька область	Дніпропетровська область	По Україні
Вбивства	615	315	4296
Коефіцієнт інтенсивності вбивств	2,2	1,4	0,86
Тяжкі тілесні ушкодження, що спричинили смерть потерпілого	286	203	1910
Коефіцієнт інтенсивності тяжких тілесних ушкоджень, що спричинили смерть потерпілого	0,5	0,5	0,3
Розбої	987	510	5159
Коефіцієнт інтенсивності розбоїв	2,0	1,4	1,0
Грабежі	2294	2411	21066
Коефіцієнт інтенсивності грабежів	4,7	7,19	4,2
Крадіжки	18336	23923	195951
Коефіцієнт інтенсивності крадіжок	37,8	67,0	39,5
Всього злочинів	45970	50829	450661
Коефіцієнт інтенсивності	94,9	142,4	91,0

видів злочинності ведеться неповно, злочини приховуються від реєстрації.

Ці посилання і аналіз статистичних даних, здавалося б, свідчать не на користь Донецької області. Можна було б припустити, що реєстрація злочинності в Донецькій області здійснюється незадовільно. Однак пояснити більш низький рівень злочинності чи якихось її видів тільки фактами приховування злочинів було б, мабуть, неправильно. Працівники міліції різних областей працюють в одному правовому просторі, приблизно в тих самих умовах, за однаковими критеріями оцінки їх діяльності, і приховування злочинів більшою чи меншою мірою відбувається в усіх регіонах країни.

З табл. 1 видно, що більшість вчинених і зареєстрованих «важко приховуваних» злочинів, таких як убивства, тяжкі тілесні ушкодження, розбої, відбувається у Донецькій області, причому не тільки порівняно з Дніпропетровською областю, а й з усією Україною.

Сам по собі цей показник свідчить не про незадовільну роботу правоохоронних органів, а лише про особливість регіону, ступінь «кримінальної активності» населення тощо. Питання виникає і щодо співвідношення низько- і високолатентних злочинів. У Дніпропет-

тивності» буде майже однаковим. Дійсно, у Донецькій області більша чисельність населення, ніж у Дніпропетровській. Однак чисельність населення похилого віку, тобто тих, що значно рідше скоюють злочини, у відсотковому співвідношенні в Донецькій області більша, ніж у Дніпропетровській і в цілому по Україні. Очевидно, якщо взяти найбільш кримінально активні вікові групи (тобто з 18 до 35 років), то їх співвідношення буде менше, ніж у 1,28 раза.

Динаміка зареєстрованої злочинності залежить від активності боротьби з окремими видами злочинної діяльності. Так, у Дніпропетровській області зареєстровано на 3,4 тис. більше злочинів, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів. На це є об'єктивні і суб'єктивні причини.

Об'єктивні. На обліку в ОВС осіб, що вживають наркотичні засоби, налічувалося: у 2001 р. у Дніпропетровській області — 23,3 тис., у Донецькій — 13,2 тис.; у 2002 р. у Дніпропетровській області — 21,4 тис., у Донецькій — 14,2 тис. Разом з тим чисельність оперативних працівників відділів боротьби з незаконним обігом наркотиків карного розшуку Донецької області на 26,8 % менша.

У Дніпропетровській області функціонують фармацевтичні підприємства, які займаються виготовленням препаратів, що містять наркотики. Крім того, є поля, де промисловим способом культивується опійний високоякісний мак. Дається взнаки також близькість, на відміну від Донецька, до інших регіонів України (Львівської області та ін.), які традиційно є «постачальниками» макової соломки.

У зв'язку з цим вартість склянки маку в Дніпропетровській області значно нижча (приблизно 20 грн. за склянку, проти 30–50 грн. у Донецькій області). Отже, «прилучення» населення до наркотиків у цьому регіоні відбувається швидше, ніж у Донецькій області.

Суб'єктивні. Безпосереднє спілкування з працівниками відділів боротьби з незаконним обігом наркотиків карного розшуку дозволяє стверджувати, що в Донецькій області вони навмисно не виявляють злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів, по-перше, що б підтримувати рівень «минулого року»; по-друге, для підтримки певної різниці між некваліфікованими і кваліфікованими видами злочинів, пов'язаних з наркотиками, виявляти і документувати які значно складніше. Якби не вимога підтримувати рівень «минулого року» і відповідність кваліфікованим злочинам, кількість розкритих злочинів без особливих зусиль і, головне, без штатного збільшення служби відділів боротьби з незаконним обігом наркотиків у Донецькій області можна збільшити приблизно в 1,5 раза.

Говорячи про проблему наркотизації населення і всієї Дніпропетровської області, не можна не відзначити, що сама наркотизація ініціює і створює базу для масового вчинення злочинів, у першу чергу корисливого і корисливо-насильницького характеру для здобування коштів на придбання наркотиків. Значною мірою цим пояснюється більш високий рівень крадіжок порівняно з Донецькою областю.

Про штучне регулювання окремих видів злочинів свідчить такий факт, як провадження протокольної форми досудової підготовки матеріалів. Після посилення вимог у цьому напрямку кількість їх у Донецькій області помітно збільшилася і становила у 2001 р. 2560 проти 947, виявлених у Дніпропетровській області; у 2002 р. 3007 проти 148. Питома вага в Донецькій області (7,3 %) є найбільшою в Україні (у Дніпропетровській — 0,3 %, у середньому по УМВС — 3,1 %). Але це свідчить не про те, що в Донецькій області вчиняється більше злочинів, що підпадають під протокольну форму досудової підготовки матеріалів, а лише про те, що їх виявляють більше, ніж у Дніпропетровській області.

Звертає на себе увагу співвідношення кількості закінчених злочинів і осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності. Так, у 2002 р. у Донецькій області закінчено менше кримінальних справ на 4908, у той же час виявлено осіб за цими злочинами на 3115 більше. Тобто на одну виявлену особу в Дніпропетровській області реєструється непропорційно більше злочинів, ніж у Донецькій (табл. 2).

Т а б л и ц я 2

	Співвідношення закінчених справ та осіб	
	Дніпропетровська область	Донецька область
Лінія карного розшуку	1:1,7	1:1,3
Крадіжки	1:2,49	1:1,50
Грабежі	1:1,58	1:1,2
Вимагання	1:1,7	1:1,5

Реєстрацію виявлених злочинів як додаткових епізодів можна пояснити не завжди обґрунтованим порушенням кримінальних справ слідчими у разі лояльного підходу під час підписання статистичних карток про виявлені злочини з боку прокурорів. Однак визначити обґрунтованість і законність таких додаткових епізодів можна лише під час вивчення кримінальних справ (вивчивши, хоча

б вибірково, багатоепізодні кримінальні справи, за якими вирок вступив у законну силу, відповідно до кількості епізодів за формою 1.1 і кількості злочинів, встановлених судом).

Таким чином, можна стверджувати, що в Дніпропетровській області рівень злочинності об'єктивно знаходиться на більш високому рівні. Разом з тим проведений нами аналіз свідчить про те, що статистична звітність не відображає дійсного стану злочинності.

Надійшла до редколегії 26.03.03

Л. Лобойко, доцент Юридичної академії МВС України (Дніпропетровськ)

Поняття принципу диспозитивності в кримінальному процесі

Закріпивши 21 червня 2001 р. в кримінально-процесуальному законодавстві принцип диспозитивності (ст. 16¹ Кримінально-процесуального кодексу України — далі КПК), законодавець не утруднив себе наведенням в законі легального визначення цього принципу. Це можна пояснити хіба що новизною поняття «диспозитивність» у кримінальному процесі України, для якого протягом не одного століття головним принципом залишався принцип публічності діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду. Необхідність запровадження в кримінально-процесуальне законодавство принципу диспозитивності зумовлена процесами демократизації суспільного життя. Якщо в 1968 р. метр кримінально-процесуальної науки радянського періоду М. Строгович у визначенні поняття принципів кримінального процесу робив акцент на тому, що ці найважливіші і визначальні правові положення характеризують процес як дійовий засіб боротьби проти злочинних посягань на державу і правопорядок¹, то в пострадянський період основна увага при аналізі принципів кримінального процесу зосереджується на забезпеченні прав і свобод людини і громадянина під час провадження у кримінальних справах².

¹ Див.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. — М., 1968. — Т. 1.

² Див.: *Тырчев И. В.* Уголовный процесс / Под ред. П. А. Лупинской. — М., 1995.

Така зміна у ставленні до поняття і значення принципів кримінального процесу зв'язана із трансформацією правових ідей в державі. В СРСР панували ідеї тотального контролю за суспільством з боку держави (і навіть контролю за особистим життям), чому слугувало і право, яке було інструментом такого контролю. Ці ідеї виправдовувалися державою необхідністю патерналістської (батьківської) турботи про кожного члена суспільства. Проголошення в країні необхідності побудови правової держави спонукає запроваджувати в життя принципи, яких не знало так зване радянське право: пріоритет прав людини над державою; взаємна відповідальність держави і особи та ін. Реалізація таких принципів у галузі кримінально-процесуального права має на меті сприяти активності людини і громадянина в ході порушення, досудового розслідування і судового розгляду кримінальних справ. Одним із принципів, які можуть вважатися такими, що сприяють реалізації прав і свобод заінтересованих суб'єктів кримінального процесу, є принцип диспозитивності.

Теоретичні розробки з проблем реалізації принципу диспозитивності в кримінально-процесуальній діяльності на даний час відсутні. За таких умов для з'ясування поняття і витоків диспозитивності в кримінально-процесуальній діяльності слід звернутися до спорідненої галузі процесуального права, в якій цей принцип є основним, а саме до науки цивільного процесуального права.

В теорії цивільного процесу принцип диспозитивності був предметом досліджень і в дореволюційні часи (до 1917 р.)¹ і в радянський період². Не залишається цей принцип поза увагою вчених в галузі цивільного процесу і в наші дні³. Результати проведених досліджень становлять цінність не тільки для цивільного процесу. Більшість з них є надзвичайно корисними також для розуміння сут-

¹ Див.: Яблочков Т. М. К учению об основных принципах гражданского процесса // Сборник статей памяти проф. Г. Ф. Шершеневича. — М., 1915.

² Див.: Боннер А. Т. Принцип диспозитивности советского гражданского процессуального права. — М., 1987; Ванеева Л. А. Принцип диспозитивности советского гражданского процессуального права // Вопросы развития и защиты прав граждан. — Калинин, 1977; Гурвич М. А. Принципы советского гражданского процессуального права // Труды ВЮЗИ. — М., 1965. — Т. 3; Клейнман А. Ф. Сталинская Конституция и принципы диспозитивности и состязательности в гражданском процессе // Ученые записки Московского юридического института НКЮ СССР. — М., 1939. — Вып. 1.

³ Див.: Плешанов А. Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. — М., 2002; Ярошенко Т. В. Принципы диспозитивности в современном российском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1998.

ності принципу диспозитивності в кримінальному процесі. Зокрема це стосується онтології поняття принципу диспозитивності, його витоків, функціонального призначення в процесуальних галузях права та деяких інших його характеристик. Тому було б неправильним не скористатися розробками своїх колег у спорідненій галузі права, тим паче, що ще в ХІХ ст. австрійський вчений К.-Ф. Канштейн зазначав, що термін «диспозитивність» може бути застосованим і в кримінальному процесі¹.

Найповніше процесуальне поняття «диспозитивність» досліджено російським вченим О. Плешановим². За його даними серед вчених, які першими вжили у своїх роботах термін «диспозитивне начало» (*dispositionsmaxime*), були Ветцель і Ендеманн³. О. Плешанов, проаналізувавши роботи німецьких учених, зробив однозначний висновок про те, що «диспозитивне начало тривалий час не розглядалось процесуальною наукою як самостійне. Протягом багатьох десятиліть тривала дискусія з приводу того, що являє собою змагальне начало. Одним із її результатів і стало виокремлення диспозитивності як самостійного процесуально-правового начала»⁴. Отже, диспозитивність зобов'язана своїм виникненням спочатку в процесуальній теорії, а потім і в законодавстві, принципу змагальності. В теорії кримінального процесу про принцип диспозитивності ні до революції 1917 р., ні за радянських часів мова взагалі не йшла. В радянських словниках термін «диспозитивність» тлумачився так: «(від лат. *dispono* — розташовую, розпоряджаюся) — у радянському цивільному судочинстві принцип, згідно з яким сторони можуть вільно користуватися своїми правами та процесуальними особами їх захисту (відмовитись від позову, закінчити справу мировою, оскаржити судові рішення тощо)»⁵. Тлумачення диспозитивності у словниках пострадянського періоду є різними в плані віднесення її як принципу до тієї чи іншої галузі права. Перші з них мало чим відрізняються від визначень радянського часу і пов'язані із розумінням диспозитивності як принципу цивільно-процесуального права, який полягає у можливості розпорядження сто-

¹ Див.: *Canstein*. Die rationalen Grundlagen des Civilprozesses. — 1877. — S. 185–186.

² Див.: *Плешанов А. Г.* Вказ. праця.

³ Див.: *Endemann*. Das deutsche Civilprozesses. — 1879. — Bd. 27; *Wetzel*. System des ordentlichen Civilprozesses. 3. Aufl. — 1878.

⁴ *Плешанов А. Г.* Вказ. праця. — С. 12.

⁵ Український радянський енциклопедичний словник: В 3 т. — К., 1966. — С. 602.

ронами процесуальними засобами захисту¹. У пізніших виданнях тлумачних словників диспозитивність розглядається вже безвідносно до якоїсь галузі права, а точніше як «можливість для тих, хто бере участь у справі, вільно, за активної допомоги суду, розпоряджатися своїми матеріальними і процесуальними правами»². Останнє визначення є свідченням того, що диспозитивність поширює свій вплив на всі галузі права, якими регламентується порядок провадження в юридичних справах, тобто на всі галузі процесуально-го права, в тому числі кримінально-процесуального.

Ключовим словом у всіх наведених визначеннях є слово «розпоряджатися», тобто «діяти стосовно до кого-, чого-небудь на свій розсуд»³. З цього випливає, що розуміння законодавцем принципу диспозитивності як свободи сторін у наданні суду доказів і доведенні перед судом їх переконливості (ст. 16¹ КПК) не повною мірою охоплює свободу суб'єктів кримінального процесу в розпорядженні своїми правами. Акцент тут робиться тільки на праві розпоряджатися доказовим матеріалом, у той час як сфера діяльності заінтересованих суб'єктів процесу є більш широкою. В кримінальному процесі право сторін розпоряджатися правами проявляється в декількох основних аспектах: 1) право на ініціювання кримінального процесу шляхом надання інформації про вчинений злочин органам дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду (поширюється на всі справи, в тому числі на справи приватно-публічного обвинувачення — про згвалтування без обтяжуючих обставин); 2) право розпоряджатися своїми матеріально-правовими вимогами (стосується справ приватного публічно-приватного обвинувачення); 3) право розпоряджатися своїми процесуальними правами (заявляти клопотання, відводи, оскаржувати дії і рішення посадових осіб і органів, які ведуть процес); 4) право розпоряджатися доказовим матеріалом (поширюється на всі кримінальні справи).

Надаючи сторонам можливість розпоряджатися своїми правами, законодавець одночасно покладає на них певну відповідальність за результат провадження у кримінальній справі, бо цей результат прямо залежить від їх активності у відстоюванні прав. Активність сторін — учасників процесу стимулює активність державних органів, які здійснюють розслідування, судовий розгляд і вирішення кримінальних справ.

¹ Див.: Юридичний словник-довідник / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К., 1996. — С. 151.

² Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел. — К., 2001. — С. 224.

³ Там само. — С. 1069.

На відміну від принципу диспозитивності принцип змагальності в кримінальному процесі не відкидався ніколи. Зв'язок цих двох принципів є настільки тісним, що в 2001 р. український законодавець не ризикнув закріпити їх в різних статтях кримінально-процесуального закону, звівши їх в одну — статтю 16¹ КПК. Однак складна назва статті «Змагальність і диспозитивність» одночасно свідчить і про те, що законодавець надає кожному з цих принципів значення самостійної правової категорії. Іншими словами, змагальність і диспозитивність слід розглядати не як дві складові змагального начала, а як два самостійних принципи, які проявляють свою дію в кримінальному процесі.

Правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних з порушенням, розслідуванням і судовим розглядом кримінальних справ, характеризується тим, що домінуючим методом правового регулювання є імперативний (адміністративний), а не диспозитивний. І це зрозуміло, бо кримінально-процесуальне право традиційно вважається галуззю публічного права. Природа ж диспозитивності є приватно-правовою. В теорії цивільного процесу походження і сферу дії диспозитивності визначають, виходячи з позиції автономії особи у сфері цивільних прав. Під такою автономією розуміють властивість власника суб'єктивних цивільних прав вільно ними розпоряджатися¹. З цього випливає, що для того, щоб з'ясувати поняття і природу принципу диспозитивності у кримінальному процесі, потрібно насамперед визначити, наскільки суб'єкти, які беруть у ньому участь, вільні у виборі варіантів розпорядження правами, наданими їм кримінально-процесуальним законом. Для цього слід проаналізувати свободу суб'єктів кримінального процесу в розпорядженні своїми правами, по-перше, щодо вирішення кримінальної справи в цілому, і, по-друге, щодо впливу на окремі елементи процесу з метою реалізації власних інтересів у кримінальній справі.

У кримінальному процесі існує категорія справ, які умовно називаються справами приватного обвинувачення. Доля цих справ повністю залежить від позиції, яку займає потерпілий. Тільки від волі потерпілого залежить, чи буде порушено таку справу і чи дістане вона повне вирішення у суді постановленням вироку або ж буде закрита за примиренням сторін. Встановлення законодавцем такого (приватно-позовного) порядку вирішення справ викликане тим, що не всі злочини мають однакові за ступенем суспільної небезпечності наслідки. У зв'язку з цим кримінальним законом встановле-

¹ Див.: Пleshанов А. Г. Вказ. праця. — С. 26.

но різні санкції за їх вчинення і залежно від розміру (тяжкості) санкцій дано класифікацію злочинів (ст. 12 КК). Саме тому в кримінально-процесуальному законі (ст. 27 КПК), зважаючи на суспільну небезпечність злочинів, а головне — на їх громадське значення, законодавець виділяє деякі з них в окрему категорію і встановлює особливий порядок порушення і вирішення кримінальних справ. Такими злочинами є умисне легке тілесне ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності (ч. 1 ст. 125 КК); умисне завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій, які завдали фізичного болю і не причинили тілесних ушкоджень (ч. 1 ст. 126 КК), а також самоправство, тобто самовільне, всупереч установленому законом порядку, вчинення будь-яких дій, правомірність яких оспорується (ст. 356 КК), якими заподіяно шкоду правам та інтересам окремих громадян. За вчинення цих злочинів найтяжче покарання призначається за ч. 1 ст. 125 та ч. 1 ст. 126 КК — до одного року виправних робіт, а за ст. 356 КК — до двох років виправних робіт або арешт до трьох місяців. Шкода в результаті вчинення зазначених суспільно небезпечних діянь заподіюється громадянами громадянам.

У теорії кримінального процесу традиційно процедура примирення зазначених суб'єктів процесу і закриття на підставі цього справи розцінюються як виключення із принципу публічності. Такий підхід не можна вважати обґрунтованим. У справах приватного обвинувачення повною мірою проявляється дія принципу диспозитивності. Розглядаючи це питання, слід виходити з того, що основною ознакою процесуального принципу є поширення його дії на весь кримінальний процес. Проблемним залишається тільки питання про те, що в даному разі слід розуміти під терміном «кримінальний процес». Яке за обсягом поняття ним охоплюється? Якщо говорити про кримінальний процес як систему, яка поєднує всі види проваджень, врегульованих кримінально-процесуальним правом, то тоді, дійсно, справи приватного обвинувачення є виключенням, а точніше, особливим видом провадження. Особливість провадження означає лише те, що воно відмінне від інших видів проваджень за певними характеристиками. Але правильніше говорити про те, що в реальній кримінальній справі приватного обвинувачення відтворюється увесь кримінальний процес. І в цій справі немає місця для принципу публічності, бо доля її повністю залежить від волі однієї особи — потерпілого, що «в чистому вигляді» є проявом принципу диспозитивності. Тут доречно зауважити, що випадки виокремлення в особливу категорію справ приватного

обвинувачення виходять до розподілу форм кримінального переслідування на приватне переслідування (за так званими неофіційними злочинами), яке здійснювалось потерпілим у його власних інтересах, і публічне, здійснюване в суспільних інтересах. Відповідно до розуміння обвинувачення як кримінального позову визначались і процесуальні права обвинувача, «кримінального позивача», який «мав право *диспозитивності* (курсив мій. — Л. Л.) при підтриманні обвинувачення і навіть визначав саму можливість продовження процесу в справах приватного обвинувачення¹. Після революції 1917 р. про диспозитивність у кримінальному процесі забули і державна влада, і вчені-процесуалісти, які активно критикували буржуазні теорії «приватного обвинувачення», «приватного делікту» тощо². Але все ж таки від терміна «справи приватного обвинувачення» в теорії не відмовлялися, зважаючи на його лаконічність і зручність у використанні. Хоча і наголошувалося, що «необхідно пам'ятати про умовність цього терміна ... і про те, що він означає тільки сукупність процесуальних особливостей розгляду кримінальних справ цієї категорії»³. Це процесуальний аспект проблеми. Основний же акцент у цих справах робився на матеріально-правовому аспекті. У зв'язку з цим Н. Дурманов ще в 1948 р. відмічав, що «діяння, яке тягне за собою державне покарання, не може вважатися таким, що посягає лише на окрему особу. Вже сам факт регламентації переслідування з боку держави і факт встановлення санкції свідчить про те, що держава не є байдужою до діяння»⁴. З цього випливає, що злочини, які розглядаються в порядку приватного обвинувачення, містять у собі посягання не тільки на законні інтереси потерпілого, а й на загальносуспільні інтереси. З цим важко не погодитися. Але небайдужість держави до діянь і встановлення кримінальних покарань за їх вчинення ще не означає, що юридичні процеси по встановленню обставин цих діянь мають бути публічними. Держава не є байдужою і до цивільно-пра-

¹ Див.: *Фойницький И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. — СПб., 1912. — Т. 1. — С. 68.

² Див.: *Гравовская Н. П., Солодкий И. И., Элькинд П. С.* К вопросу о делах частного обвинения // Вопросы уголовного права и процесса. Ученые Записки ЛГУ. — 1956. — № 202. — С. 184—186; *Полянский Н. Н.* Процессуальные права потерпевшего // Сов. государство и право. — 1940. — № 12. — С. 38—40.

³ *Катькало С. И., Лукашевич В. З.* Судопроизводство по делам частного обвинения. — Л., 1972. — С. 31.

⁴ *Дурманов Н. Д.* Понятие преступления. — М., 1948. — С. 157.

вових деліктів, проте цивільний процес, в межах якого встановлюються обставини їх вчинення, все ж таки ґрунтується на диспозитивних началах.

Проміжне становище між справами приватного і публічного обвинувачення займають так звані справи приватно-публічного обвинувачення, які згідно з ч. 2 ст. 27 КПК порушуються не інакше як за скаргою потерпілого, але закрити їх за примиренням потерпілого з обвинуваченим, підсудним не можна. До цієї категорії справ належать справи про зґвалтування, тобто статеві зносини із застосуванням фізичного насильства, погрози його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи (ч. 1 ст. 152 КК). Даним злочином завдається суттєва шкода праву громадян на особисту тілесну недоторканність. Через те, що шкода завдається особистим правам громадян, законодавець ставить порушення справи в залежність від ініціативи потерпілого. Але, зважаючи на підвищену суспільну небезпечність (санкція ч. 1 ст. 152 КК передбачає позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років), кримінально-процесуальним законом передбачено трансформування справи приватного обвинувачення в справу публічного обвинувачення відразу після її порушення. Таким чином, у кримінальних справах про зґвалтування без обтяжуючих обставин принцип диспозитивності діє до моменту прийняття рішення про порушення справи. До цього моменту потерпілий має можливість вільно розпорядитися правом на звернення до органу дізнання, досудового слідства, прокуратури чи суду із заявою про вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 152 КК, тобто діючи в межах принципу диспозитивності. Після порушення справи за такою заявою набирає чинності принцип публічності.

Диспозитивність як можливість вільно розпоряджатися власними правами проявляється також в ситуаціях, пов'язаних із застосуванням положень ст. 8 КПК та ст. 46 КК, в яких закріплено можливість закриття судом кримінальної справи у зв'язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим. І хоча закон встановлює певні умови, за яких справа може бути закрита, виникає питання щодо прояву дії в цій ситуації принципу диспозитивності.

Слід зазначити, що справи про злочини невеликої тяжкості за наявності передбачених у кримінальному та кримінально-процесуальному законі умов займають у кримінальному процесі особливе становище. Проблеми, що виникли у зв'язку із запровадженням у закон цього нового для кримінального процесу України положення, через їх надзвичайно важливе практичне значення мають ста-

ти предметом детального, самостійного теоретичного дослідження. Тут же ми зупинимось лише на особливостях прояву принципу диспозитивності у справах згаданої категорії.

Особливістю кримінально-процесуальної діяльності в таких справах є те, що вони порушуються у звичайному (публічному) порядку, але за наявності наведених вище умов можуть бути закриті. Причому в кримінально-процесуальному законі відсутній перелік статей КК, що передбачають відповідальність за злочини, за якими може відбутися примирення потерпілого з обвинуваченим (підсудним). Це означає, що під зазначену категорію підпадають всі злочини, покарання за вчинення яких не перевищує двох років позбавлення волі. Цікавою тут є та обставина, що закриття справи за примиренням обвинуваченого або підсудного з потерпілим може мати місце за підставами, передбаченими ст. 8 КПК та ст. 46 КК і у справах про злочини, які максимально за об'єктивною стороною наближені до справ приватного обвинувачення, наприклад, умисне легке тілесне ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності (ч. 2 ст. 125 КК). В цих справах, як і в справах приватного обвинувачення, доля справи і притягання до кримінальної відповідальності залежить від позиції потерпілого. Основною умовою закриття справи, звичайно, є факт примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим. Запровадження такого порядку вирішення кримінальних справ свідчить про дедалі більшу питому вагу в кримінально-процесуальному законодавстві диспозитивного методу правового регулювання. Причиною цього, на наш погляд, є відхід нашої держави від патерналістської (а по суті тотальної) турботи про своїх громадян. Уявляється, що такі зміни є позитивними, бо громадяни таким чином звільняються від надмірної опіки державних органів, які прагнуть будь-що довести кримінальну справу до постановлення вироку і навіть всупереч бажанню потерпілого притягти обвинуваченого до кримінальної відповідальності. Такий підхід є правильним і розумним ще й тому, що звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності може мати місце тільки після того, як потерпілій особі буде відшкодовано завдані їй збитки або усунено заподіяну шкоду. Це означає, що інтереси потерпілого в даному разі забезпечуються законом через спонукання обвинуваченого (підсудного) до добровільної діяльності з відшкодування завданих збитків.

Диспозитивність у цьому разі проявляється в тому, що обвинувачений чи підсудний самі визначають, відшкодовувати потерпіло-

му завдані збитки чи усувати заподіяну шкоду або ж не робити цього. В разі примирення цих суб'єктів процесу не ігноруються й інтереси суспільства і держави, бо справа закривається лише тоді, коли злочин і особа, яка його вчинила, не є вкрай небезпечними для суспільства (злочин невеликої тяжкості, а особа є такою, що раніше не вчиняла злочинів). Тому закриття справи і звільнення винної особи від кримінальної відповідальності не зашкодить ні правам потерпілого, ні інтересам суспільства. Врешті-решт таке вирішення справи має задовольнити й інтереси самого обвинуваченого.

Викладене дає підстави для розширення класифікації кримінальних прав залежно від того, як під час провадження в них проявляються принципи диспозитивності та публічності. Крім справ публічного, приватного та приватно-публічного обвинувачення в кримінальному процесі України після запровадження в КК ст. 46 та в КПК нової редакції ст. 8 об'єктивно існують справи публічно-приватного обвинувачення, які порушуються в публічному порядку, а закриваються за примиренням потерпілого з обвинуваченим або підсудним — як справи приватного обвинувачення, за умови використання цими суб'єктами кримінального процесу свого диспозитивного права на примирення.

Розглянуті вище права учасників процесу стосуються їх можливостей впливу на остаточне вирішення кримінальної справи в цілому. Заінтересовані учасники наділені, крім цього, й іншими правами, які дають їм змогу впливати на окремі елементи процесу з метою реалізації власних інтересів у кримінальній справі. Найважливішими серед них є право на заявлення і підтримання цивільного позову; на оскарження дій і рішень посадових осіб державних органів, які ведуть процес; на заявлення клопотань з різних процесуальних питань та інші права, наявність яких гарантує можливість реального впливу на хід процесу і його результати. Принцип диспозитивності дозволяє заінтересованим учасникам процесу або використати надані їм законом права, або ж утриматися від їх реалізації. Примус у використанні цих прав є неприпустимим. Можна і далі продовжувати перелік прав суб'єктів кримінального процесу, але й наведених достатньо для констатації факту наявності в реальному процесі принципу диспозитивності.

Проведений аналіз поняття принципу диспозитивності в кримінальному процесі дає підстави для формулювання визначення цього принципу. Під принципом диспозитивності у кримінальному процесі слід розуміти *правове положення, згідно з яким суб'єктам кримінального процесу надається і забезпечується можливість*

вільно, в межах закону, обирати способи поведінки для захисту своїх матеріальних (кримінально-правових та цивільно-правових) і процесуальних прав, а також впливати на хід і результати кримінально-процесуальної діяльності, головним призначенням якої є забезпечення гнучкості та повноти захисту заінтересованими суб'єктами процесу своїх прав, а також стимулювання їх активності у захисті цих прав.

Важливість цього принципу для реалізації в кримінальному процесі прав і свобод людини обумовлює необхідність легального (законодавчого) його визначення. Це може бути зроблено двома способами: 1) шляхом доповнення ст. 16¹ КПК новою частиною; 2) шляхом доповнення КПК новою статтею. Перший шлях уявляється неправильним, бо закріплення двох самостійних принципів (змагальності та диспозитивності) в одній статті є недоречним як з логічної точки зору, так і з точки зору законодавчої техніки. Крім того, стаття буде великою за обсягом і незручною у користуванні як для теоретиків, так і для практиків.

Оскільки принцип диспозитивності діє в кримінальному процесі таким чином, що постійно обмежує активність державних органів, які ведуть процес, а отже, обмежує і дію принципу публічності, запропоновану статтю слід розмістити відразу після ст. 4 КПК, в якій врегульовано принцип публічності, і присвоїти їй номер 4¹. Таке нормативне врегулювання принципу диспозитивності, по-перше, відповідатиме його загальноновизнаному в теорії і практиці юридичного процесу правовому змісту, а, по-друге, свідчатиме про поширення принципу на всі стадії кримінального процесу, бо він буде закріплений у нормі закону, яка є загальною в системі кримінально-процесуального права.

Зміст цієї статті має бути таким: *«Під час провадження у кримінальній справі всі її учасники, за винятком посадових осіб, у провадженні яких вона знаходиться, мають право на вільний вибір способів захисту своїх прав і свобод, порушених злочином, а також способів реалізації прав, передбачених процесуальним законом.*

Особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суддя зобов'язані роз'яснити особам, що беруть участь у кримінальному судочинстві, всі їх права і забезпечити можливість здійснення цих прав.

За невиконання обов'язку, встановленого у частині другій цієї статті, посадові особи органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду притягаються до юридичної відповідальності».

Надійшла до редколегії 25.01.03

ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

В. Журавель, професор НЮА України

Знову до проблеми систематизації криміналістичних знань (деякі дискусійні питання)

Протягом всієї історії криміналістики погляди на її систему неодноразово змінювались під впливом різноманітних об'єктивних і суб'єктивних чинників. Наукові дискусії навколо вдосконалення системи криміналістики не вщухають і сьогодні. Прагнення вчених розробити оптимальну, еталонну систему криміналістики обумовили появу в літературі різноманітних точок зору як на її структуру, так і на зміст, і в цьому немає нічого дивного, тому що архітектоніка саме цієї частини криміналістики є однією з найбільш рухомих.

Аналіз новітньої криміналістичної літератури дає можливість об'єднати всіх вчених за їх ставленням до проблеми формування системи науки у три групи:

- прибічники збільшення кількості розділів системи криміналістичної науки;
- прибічники повернення до двоелементної системи криміналістики (загальна і особлива частини);
- прибічники чотириелементної системи криміналістики.

Щодо першої концепції, то її прибічники, посилаючись на зростання обсягу сучасних криміналістичних знань, пропонують розширити рамки традиційної системи науки криміналістики за рахунок введення нових елементів. Так, М. Салтєвський до основних розділів системи — методології науки криміналістики, криміналістичної техніки, криміналістичної тактики та криміналістичної методики, вводить новий елемент — криміналістичне слідознавство¹. Г. Зорін і О. Філіпов вважають за необхідне ввести новий, п'ятий елемент у систему криміналістики — розділ, що включає пи-

¹ Див.: *Салтєвський М. В.* Криміналістика: Підручник: У 2 ч. Ч.1. — Х., 1999. — С. 10.

тання організації розслідування злочинів¹. «Чотириелементна система криміналістики, — наголошує Г. Філіпов, — є застарілою, такою, що не відповідає сучасним вимогам. Внесення в неї певних змін — не волюнтаризм, а нагальна потреба. Найкращим варіантом реформування попередньої системи є доповнення до чотирьох існуючих п'ятого розділу, в якому повинні бути зосереджені питання, що належать головним чином до організації розкриття та розслідування злочинів»².

У підручнику з криміналістики за редакцією А. Дулова у системі криміналістики було введено також п'ятий розділ під назвою «Криміналістична стратегія» і розміщено його поміж криміналістичною тактикою та методикою розслідування окремих видів злочину³. Викладена позиція одержала як схвалення, так і критичні зауваження. Зокрема, Р. Белкін у своїй останній роботі відзначав, що криміналістична стратегія «не має загальнокриміналістичного значення, еkleктична за змістом, а сфера її практичного застосування — лише один з етапів процесу розкриття та розслідування злочинів. Фактично це оновлений варіант криміналістичного вчення про планування розслідування з використанням деякої сучасної термінології системно-структурного методу, теорії рефлексії і деяких інших галузей знань»⁴. На думку В. Бахіна, цей розділ може перетворитися на «зібрання необ'єднуваного»⁵. В той же час О. Ексархопуло вважає криміналістичну стратегію «нововведенням, що має сенс»⁶.

Деякі вчені пропонують більш дрібне компонування основних розділів системи науки криміналістики, називаючи їх досить складними термінами, наприклад, мікрооб'єктологія, субстанціологія⁷,

¹ Див.: Зорин Г. А. Теоретические основы криминалистики. — Минск, 2000. — С. 23.

² Філіпов А. Г. О системе отечественной криминалистики // Государство и право. — 1999. — № 8. — С. 41.

³ Див.: Криминалистика / Под ред. А. В. Дулова. — Минск, 1996. — С. 272–289.

⁴ Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. — М., 2001. — С. 80.

⁵ Бахин В. П. Предмет науки криминалистики. Лекция. — К., 1999. — С. 10.

⁶ Криминалистика / Под ред. Т. А. Седовой и А. А. Ексархопуло. — СПб., 2001. — С. 23–24.

⁷ Див.: Кириченко О. А., Кириченко І. Г., Васильєв Г. І. та ін. Криміналістика. Навчально-методичне забезпечення. — Одеса, 2000. — С. 19–35.

ейдологія, фактологія, евристика, феноменологія¹, гомологія², адвакотологія³ та ін.

Характерною особливістю сучасного періоду розвитку криміналістики слід також визнати бажання деяких вчених реанімувати двоелементний підхід до розбудови системи криміналістики. Так, на думку В. Степанова, система криміналістики повинна складатися із: 1) вступу в науку; 2) загальної частини, що включає в себе організацію роботи по розслідуванню та попередженню злочинів, криміналістичну ідентифікацію, логічні основи розслідування, криміналістичну тактику; 3) особливої частини, що включає в себе методику розслідування окремих видів злочинів⁴. Л. Драпкін також пропонує виділити у системі криміналістики загальну частину, яка об'єднує загальну теорію, загальні положення криміналістичної техніки, тактики і методики, та особливу частину, яка розкриває специфіку застосування цих загальних положень у розслідуванні окремих видів і груп злочинів⁵. Н. Кліменко переконана, що поділ науки криміналістики на загальну і особливу частини є найбільш доцільним, оскільки підкреслює їх єдність та залежність один від одного. «Можна сперечатися, — констатує вона, — тільки щодо змісту загальної і особливої частин»⁶.

Оригінальну концепцію формування системи криміналістики за принципом «загальна — особлива частини» запропоновано В. Образцовим. У рамках загальної частини він пропонує такі розділи, як «Вступ до криміналістики» та «Пошуково-пізнавальна діяльність у кримінальному судочинстві як об'єкт криміналістичного забезпечення». Особлива частина складається, на його думку, з таких розділів: «Особливості криміналістичного забезпечення досудового кримінального провадження», «Організаційно-тактичні особливості

¹ Див.: Зорин Г. А. Вказ. праця. — С. 23.

² Див.: Образцов В. А. Криминалистическая дидактика: еще раз об изменении научной парадигмы // Российское законодательство и юридические науки в современных условиях: состояние, проблемы, перспективы. — Тула, 2000. — С. 57.

³ Див.: Баев О. Я. Криминалистическая адвокотология как подсистема науки криминалистики // Профессиональная деятельность адвоката как объект криминалистического исследования. — Екатеринбург, 2002. — С. 17.

⁴ Див.: Степанов В. В. О системе советской криминалистики // Теория и практика криминалистики и судебной экспертизы. — Саратов, 1982. — С. 7.

⁵ Див.: Драпкин Л. Я. Ситуационный подход и система криминалистики // Предмет и система криминалистики в свете современных исследований. — М., 1988. — С. 82.

⁶ Клименко Н. И. Криминалистика как наука. — К., 1997. — С. 27.

підготовки та провадження слідчих дій», «Методико-криміналістичне забезпечення попереднього розслідування»¹.

Відмінну за змістом концепцію пропонує і В. Корноухов, за якою загальна частина криміналістики складається з двох розділів: закономірності, що відображають злочинну діяльність в обстановці вчинення злочину, і теорії розслідування злочинів. У перший розділ він включає: а) теорію слідознавства (в якій розкривається механізм відображення злочину в обстановці з урахуванням основних сфер діяльності людини і наводиться загальна класифікація слідів злочину); б) вчення про навички; в) вчення про спосіб; г) вчення про протидію. Другий розділ, на думку В. Корноухова, складають вчення про об'єктивні зв'язки між подією і наслідками, про засоби пізнання, про оперативно-розшукове і інформаційне забезпечення розслідування, а також теорія профілактики. Особлива частина системи криміналістики за концепцією В. Корноухова включає до себе методики розслідування окремих видів злочинів².

На окрему увагу заслуговує позиція А. Волобуєва, який вважає, що зміст криміналістики доцільно систематизувати відповідно до структури її предмета за принципом «від загального до особливого». Зазначений підхід передбачає поділ криміналістики на загальну і особливу частини.

У загальній частині А. Волобуєв пропонує виділити такі структурні елементи:

1) положення наукознавчого характеру — відомості про криміналістику як науку (вчення про предмет, систему, методи, історію розвитку, зв'язки з іншими науками тощо);

2) розділ про найбільш загальні закономірності механізму вчинення злочинів і формування інформації щодо них (вчення про спосіб злочину, місце, час і обстановку, особу злочинця, особу потерпілого, механізм утворення слідів і їх класифікацію та деякі інші, що належать до цієї частини предмета криміналістики);

3) розділ про методи загального характеру, що застосовуються при розкритті та розслідуванні злочинів (вчення про ідентифікацію і діагностику, засоби фіксації інформації, версії, прогнозування, взаємодію слідчого з оперативними апаратами, використання спеціальних знань і деякі інші положення, що належать до даної частини предмета криміналістики);

¹ Див.: Криміналістика / Под ред. В. А. Образцова. — М., 1977.

² Див.: Корноухов В. Е. Введение в курс криминалистики // Криминалистика. Общая часть / Под ред. В. Е. Корноухова. — М., 2000. — С. 20.

4) розділ про технічні засоби, тактичні прийоми, що використовуються при підготовці і проведенні слідчих дій (огляду, допиту, обшуку, виїмки, пред'явлення для впізнання та ін.).

В особливій частині криміналістики пропонується зосередити положення методичного характеру, в котрих розглядаються особливості механізму вчинення злочинів окремих видів або груп (криміналістичні характеристики) і специфіка їх розслідування. «Саме за таких умов, — підсумовує А. Волобуєв, — криміналістика здатна сформувати класичну структуру, що застосовується в галузях права та інших юридичних науках. Вона більш адекватно відображає предметну галузь криміналістики і набуває логічної стрункості»¹.

Наведені концепції багато в чому є дискусійними, на що зверталась увага на сторінках криміналістичних видань², і тому, безсумнівно, потребують більшої аргументації, уточнення, а можливо, й докорінного реформування.

І нарешті, третю, найбільш чисельну групу вчених становлять прихильники чотириелементної будови системи науки криміналістики. Незважаючи на те що зазначена система вважається на сьогодні найбільш сталою³, в ній також залишаються невирішеними деякі проблеми і насамперед ті, що пов'язані з її загальною теорією. В цьому плані можна погодитись із зауваженням С. Лаврухіна стосовного того, що «концепцію загальної теорії криміналістики до цього часу ще не розбудовано, оскільки немає єдиного підходу до формування цієї теорії (не визначено її еталонних ознак), явно недостатньо досліджені вузлові проблеми об'єктів, природи і предмета науки»⁴.

Викладене не могло не позначитися на остаточному визначенні засад формування архітекτονіки науки криміналістики. Так, деякі вчені, розкриваючи зміст її системи, взагалі уникають вживати термін

¹ Волобуєв А. Ф. Концепция Р. С. Белкина о предмете криминалистики и ее влияние на систему науки // Роль и значение деятельности Р. С. Белкина в становлении современной криминалистики: Материалы международной научной конференции (к 80-летию со дня рождения Р. С. Белкина). — М., 2002. — С. 93–94.

² Див.: Головин А. Ю. Криминалистическая систематика. — М., 2002. — С. 72–95.

³ Див.: Криминалистика (актуальные проблемы) / Под ред. Е. И. Зуева. — М., 1988; Баев О. Я. Введение в курс криминалистики // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 1. — Воронеж, 2000 та ін.

⁴ Лаврухин С. В. Система криминалистики // Государство и право. — 1999. — № 8. — С. 31.

«загальна теорія криміналістики», вважаючи за краще говорити про «загальнотеоретичні та наукознавчі питання», «теоретичну та практичну криміналістику». Ця структурна частина криміналістики, на їх думку, включає до себе розділи, які в сукупності дають певне уявлення про теоретичні та методологічні основи криміналістики, її методи та понятійний апарат, загальні теоретичні питання планування і організації розслідування та історичний розвиток криміналістики¹.

Інші вчені, навпаки, віддають пріоритетне значення в системі науки криміналістики теоріям (вченням) різних рівнів, а також внутрішнім науковим зв'язкам між ними. Прибічники даної концепції вважають, що теоретичні побудови різняться за колом об'єктів, які вони охоплюють. С цієї точки зору можна говорити про загальну та окремі наукові теорії. Загальна теорія конкретної науки — це і є та система основних ідей даної галузі знання, яка охоплює максимально повне відображення предмета науки в його зв'язках і опосередкуваннях. «Загальна теорія криміналістики, — зазначав Р. Белкін, — це система її світоглядних принципів, теоретичних концепцій, категорій та понять, методів і зв'язків, визначень і термінів, наукове відображення всього предмета криміналістики. Загальна теорія слугує методологічною основою криміналістики»². При цьому формування загальної теорії відображає сучасний рівень розвитку самої науки криміналістики. Окремі наукові теорії, в свою чергу, досліджують тільки певне коло закономірностей об'єктивної дійсності з числа тих, які вивчає криміналістика в цілому. Генетично вони можуть передувати загальній, а можуть, навпаки, породжуватися останньою³. Продовжуючи цю думку, О. Ексархопуло пише, що «в кожній окремій криміналістичній теорії (вченні) розкриваються закономірні зв'язки не всіх «абстрактних» об'єктів ідеалізованої моделі, а лише деякі з них, що, власне, і дозволяє говорити про їх різноманітність. У системі ж криміналістичних теорій відображається предмет криміналістики в цілому — і тим більш адекватно, чим більше розвинута ця система»⁴.

¹ Див.: Криміналістика: Учебник / Под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. — М., 1994. — С. 17; Криміналістика: Учебник / Под ред. Н. П. Яблокова. — М., 1995. — С. 12–14.

² Белкин Р. С. Курс криминалистика: В 3 т. Т. 1: Общая теория криминалистика. — М., 1997. — С. 41.

³ Див.: Белкин Р. С. Курс криминалистика. В 3 т. Т.2: Частные криминалистические теории. — М., 1997. — С. 19.

⁴ Эксархопуло А. А. Криминалистическая теория: формирование и перспективы развития в условиях НТР: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 1993. — С. 12.

Незважаючи на досить одноманітне розуміння сутності загальної та окремих криміналістичних теорій, прибічники даної концепції висловлюють багато в чому протилежні судження щодо структури цих теорій як елементів системи криміналістики, а також характеру внутрішніх наукових зв'язків між ними. Так, О. Ексархопуло в структурі загальної теорії криміналістики виділяє три розділи: теоретичні основи криміналістичної науки, криміналістичні теорії злочину, криміналістичні теорії пізнання події злочину в процесі його розкриття, розслідування та попередження¹. На думку Р. Белкіна, елементами загальної теорії криміналістики є такі: вступ у загальну теорію криміналістики; вчення про методи криміналістики; вчення про мову криміналістики; криміналістична систематика; окремі криміналістичні теорії (вчення)².

Своєрідну структуру загальної теорії криміналістики запропоновано З. Кірсановим, в котрій окремі криміналістичні теорії розподіляються на два рівні: які є елементами загальної теорії та які вивчаються в різних розділах криміналістики. До перших він відносить вчення про механізм злочину та його відображення; вчення про організацію діяльності щодо виявлення, попередження і розкриття злочинів та вчення про загальні методи криміналістики³. О. Головін дійшов висновку про те, що найбільш прийнятною структурою загальної теорії криміналістики є така: наукознавчі основи криміналістики; методологічні основи криміналістики; система окремих криміналістичних теорій (вчень)⁴.

Наведені позиції, безумовно, далеко не всі з числа тих, які висловлені в літературі щодо системи криміналістики, свідчать про те, що дана проблема залишається однією з найбільш дискусійних наукознавчих проблем. У зв'язку з цим уявляється за доцільне висловити деякі вихідні положення щодо формування структури та змісту системи криміналістики.

По-перше, розширення сфери наукового пошуку, нагромадження нових знань, потреба в їх упорядкуванні об'єктивно обумовлюють необхідність у коригуванні існуючої системи науки криміналістики. Дійсно, наукові новації (теорії, вчення), що пропону-

¹ Див.: Ексархопуло А. А. Вказ праця. — С. 20.

² Див.: Криминалистика: Учебник. Т.1: История, общая и частные теории / Под ред. Р. С. Белкина, В. Г. Коломацкого, И. М. Лузгина. — М., 1995. — С. 39—41.

³ Див.: Кирсанов З. И. Система общей теории криминалистики. — М., 1992. — С. 8—10.

⁴ Див.: Головин А. Ю. Вказ праця. — С. 77.

ються, не завжди вписуються у традиційні рамки системних утворень, залишаються поза визначеними структурними елементами або породжують зайві дискусії щодо їх місця у системі наукових знань.

Разом з тим реформування, тобто не просто збільшення або зменшення елементного складу системи криміналістики, а докорінна зміна концепції щодо її формування, можливе тільки за умов досягнення наукою криміналістикою певного рівня свого розвитку. Йдеться насамперед про загальну теорію і рівень її розвитку, а також наявність відповідного наукового арсеналу, впорядкувати який передбачається за новими принципами. При цьому слід враховувати, що нагромадження наукового матеріалу, теоретичних розробок — це складний еволюційний процес, який постійно триває. Ось чому важливо якомога точніше визначитись з часом здійснення такого реформування, оскільки квапливість може негативно позначитися на реалізації навіть вельми слушної пропозиції. Так, на нашу думку, перспективною концепцією, такою, що в недалекому майбутньому може набути статусу панівної, є пропозиція А. Волобуєва щодо переходу до класичної двоелементної будови системи криміналістики. Але чи готова сама наука криміналістика до реформування на запропонованих А. Волобуєвим засадах? У нас виникають певні сумніви, тому що процес нагромадження необхідного для цього наукового матеріалу, відповідних теоретичних розробок ще не завершено. Якщо на цьому етапі відмовитись від існуючої чотириелементної системи, то в новій конфігурації залишиться значна кількість «білих плям», заповнити які просто не видається можливим. Висловлені зауваження ні в якому разі не означають, що треба відмовитись від ідеї реформування, навпаки, необхідно зробити все, щоб цей процес був менш болючим, максимально підготовленим і не викликав безлічі непотрібних критичних зауважень.

По-друге, вдосконалення системи криміналістики повинно здійснюватись із врахуванням існуючих наукових парадигм щодо її предмета, оскільки система науки і є певним чином структуроване знання про її предмет. Сучасний стан криміналістики характеризується наявністю і співіснуванням низки парадигм, орієнтованих на вивчення її предмета. Більше того, спостерігається бажання деяких вчених значно розширити, «розмити» предмет криміналістики. Так, Т. Волчецька визначає криміналістику як науку «про закономірності механізму юридичного факту, виникнення інформації щодо юридично значущої ситуації та її учасників, специфіки збирання, дослідження, оцінки і використання до-

казів»¹. Зазначена тенденція, на жаль, не сприяє вирішенню завдань систематизації криміналістичних знань, що викликає нагальну потребу в уніфікації сучасних поглядів на предмет науки криміналістики. Інакше, якщо залишити поза увагою вирішення даної проблеми, то це закономірно тягтиме за собою появу різноманітних побудов її системи.

По-третє, систематизація криміналістичних знань повинна здійснюватись за певними, чітко визначеними критеріями. Так, якщо визнати панівною концепцію, за якою предмет криміналістики становлять закономірності, що проявляються як при вчиненні злочинів, так і при їх розслідуванні, то саме ці закономірності в їх структурованому вигляді і можуть виступати критерієм систематизації криміналістичних наукових знань, тобто системі закономірностей, що входять до предмета криміналістики, повинна відповідати система наукових знань.

По-четверте, найбільш істотними ознаками придатності тієї чи іншої системи слід вважати логічність розташування наукових знань і характер стосунків між її елементами. Якщо буде визнано, що тільки певна модель — чотириелементна чи двоелементна — здатна забезпечити реалізацію змістовних, функціональних, субординаційних, координаційних зв'язків між її елементами, то саме цю модель треба визнати оптимальною за даних умов. При цьому в такого роду моделі поряд із існуючими елементами доцільно визначити і ті, яких немає, але бажано мати, що надавало б змогу розглядати цю модель як своєрідний орієнтир здійснення наукового пошуку. Дійсно, аналіз моделі відразу б надавав можливість бачити прогалини, які необхідно заповнювати відповідними науковими розробками.

По-п'яте, незважаючи на численні пропозиції щодо конфігурації системи науки криміналістики, все ж таки головними її елементами, у тій чи іншій інтерпретації, виступають: загальна теорія, криміналістична техніка, криміналістична тактика та методика розслідування окремих видів злочинів. У той же час самі зазначені елементи являють собою системні утворення більш низького рівня. Так, загальна теорія як розділ науки криміналістики включає в себе теорії загальнокриміналістичного рівня і окремі наукові теорії, тоді

¹ Волчезкая Т. С. Криминалистические проблемы реализации принципа состязательности сторон в уголовном судопроизводстве // Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации — проблемы практической реализации: Материалы Всероссийской научно-практической конференции. — Краснодар, 2002. — С. 44.

як криміналістична техніка, тактика та методика складаються із загальних положень та окремих підрозділів (трасології, балістики та ін.). При цьому диференціація теоретичних побудов на загальнокриміналістичні та окремі наукові обумовлена передусім ступенем загальності відображуваних ними елементів об'єкта пізнання, яким виступає або сама криміналістична наука, або подія злочину, або діяльність по розкриттю і розслідуванню злочинів.

По-шосте, відносини підпорядкованості цілого і частини, що існують між предметами загальної теорії криміналістики та окремих криміналістичних теорій, виступають тим критерієм, який дозволяє віднести ту чи іншу теоретичну побудову до теорії певного рівня.

По-сьоме, загальні положення, якими розпочинаються такі розділи системи, як криміналістична техніка, криміналістична тактика та методика, доцільно розглядати як сукупність теоретичних побудов, що складають резерв для формування самостійних окремих криміналістичних вчень. Причому, якщо теоретичні побудови достатньо чітко співвідносяться з предметом кожної із галузей криміналістики — техніки, тактики чи методики, то створені на їх базі окремі криміналістичні теорії можуть мати і міжгалузеву спрямованість. Так, категорію «тактична операція» одні вчені включають до загальних положень криміналістичної тактики, інші — до загальних положень криміналістичної методики. Створена ж на основі консолідації певних знань самостійна криміналістична теорія прийняття та реалізації тактичного рішення може розглядатися як більш комплексне утворення, що дозволяє реалізовувати функції тактичної операції як в криміналістичній тактиці, так і в методиці.

По-восьме, теоретична база криміналістики безпосередньо видозмінюється, поповнюючись теоріями різного ступеня зрілості, наукової та практичної значущості. Разом з тим заяви та твердження про вже сформовану ту чи іншу нову теорію або необхідність створення такої повинні бути максимально аргументованими з огляду на те, що далеко не всі теоретичні побудови можуть претендувати на рівень окремих наукових теорій, навіть якщо вони є результатом монографічного дослідження. Більш того, всі нововведення, які претендують на статус «окремої криміналістичної теорії», повинні співвідноситись з тими критеріями, які розроблені у криміналістиці. Нехтування ж цими критеріями призводить до суто суб'єктивної, інколи без достатньої наукової аргументації оцінки результатів наукового пошуку до штучно механічного переносу в загальну теорію таких теоретичних побудов, яким надано статус

окремої криміналістичної теорії за власними бажаннями того чи іншого вченого. Чого варті такі теоретичні конструкції, як «криміналістична ейдологія» (Г. Зорін), «криміналістична кадаврологія» (О. Протасевич), «криміналістичне зброєзнавство» (В. Образцов), «теорія розпізнання» (В. Корноухов), «ордологія» (О. Кириченко) та ін.?

Отже, система криміналістики є складною побудовою ієрархічно розташованих елементів, котрі, перебуваючи у відносній динаміці, відображають певну еволюцію щодо уявлень про предмет цієї науки.

Надійшла до редколегії 25.06.03

В. Тищенко, доцент Одеської НЮА

Визначення структури криміналістичної характеристики корисливо-насильницьких злочинів

Дати достатньо повну криміналістичну характеристику тієї чи іншої категорії злочинів можливо лише в тому разі, коли будуть вірно виділені структурні елементи такої характеристики, які в своєму взаємозв'язку визначають її специфічний зміст.

З моменту появи поняття «криміналістична характеристика злочинів» визначенню його структури приділялося багато уваги. Аналіз літературних джерел показує, що єдиного підходу до вирішення цього питання не спостерігається. Думки стосовно змісту та обсягу елементів, властивих криміналістичній характеристиці злочинів, вкрай різняться між собою. У ряді випадків авторами взагалі не встановлюються ознаки, за якими доцільно включати до неї ті чи інші елементи, що наповнює її зміст невизначено широким колом елементів як криміналістичного, так і кримінально-правового, кримінально-процесуального і кримінологічного значення¹. Протилежною думкою є доцільність її обмеження мінімальним обсягом елементів — даними про властивості суб'єкта злочину,

¹ Див.: *Танасевич В. Г.* Значение криминалистической характеристики преступлений и следственных ситуаций для методики расследования преступлений // Актуальные проблемы советской криминалистики. — М., 1980. — С. 85.

особливості способу його вчинення і своєрідність обстановки злочинного посягання¹.

Це свідчить про відсутність єдиного критерію, який дозволив би виділити стабільну сукупність елементів криміналістичної характеристики злочинів, що утворюють її як систему.

Деякі вчені, які займалися даною проблемою, вважають, що таким критерієм можуть бути склад злочину і його елементи². Така позиція здається досить привабливою і логічною, оскільки склад злочину, як і криміналістична характеристика, можуть бути подані у вигляді інформаційної моделі певного виду злочинів, що утворюється в результаті узагальнення ознак усіх злочинів даного різновиду³. Однак не слід забувати, що склад злочину виконує саме кримінально-правові, а не криміналістичні функції. Інакше поняття кримінально-правової і криміналістичної характеристик будуть змішані, що спостерігається у В. Образцова⁴.

Більш прийнятною видається думка Г. Матусовського про те, що структура криміналістичної характеристики будується перш за все на базі системи обставин, які входять до предмета доказування⁵. Але це може призвести до усунення принципів відмінностей між останніми категоріями, що теж спостерігається в літературі⁶. Обставини, що підлягають доказуванню, і криміналістична характеристика злочинів — різнопланові поняття, які виконують різні функції і мають окремі специфічні призначення, що вже обґрунтовувалось у літературі⁷.

Основні функції криміналістичної характеристики злочинів відображаються в її понятті, що найбільш вдало визначається В. Коноваловою та О. Колесніченком як система відомостей

¹ Див.: *Аленин Ю. П.* О структуре методики расследования преступлений // Юридична освіта і правова держава. — Одеса, 1997. — С. 247.

² Див.: *Селиванов Н. А.* Советская криминалистика: система понятий. — М., 1982. — С. 130.

³ Див.: *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. — М., 1972. — С. 156–157.

⁴ Див.: *Криминалистика* / Под ред. В. А. Образцова. — М., 1997. — С. 34–46.

⁵ Див.: *Матусовский Г. А.* Экономические преступления: криминалистический анализ. — Х., 1999. — С. 56.

⁶ *Криминалистика* / Под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. — М., 2000. — С. 343.

⁷ Див.: *Тищенко В. В.* Криминалистическая характеристика преступлений в структуре методики расследования // Юридична освіта і правова держава. — Одеса, 1997. — С. 254.

(інформації) про криміналістично значущі ознаки злочинів певного виду, що відбиває закономірні зв'язки між ними і служить побудові та перевірці версій для вирішення завдань розслідування¹.

Гадаємо, що визначити склад елементів і конструктивно дослідити їх взаємозв'язки, виключивши не властиві йому ознаки, можна лише спираючись на зміст і структуру людської діяльності взагалі і діяльності з вчинення злочинів зокрема. Візьмемо до уваги й той факт, що «зміст усякого складного поняття являє собою синтез елементів, їх схожість, а особливість цієї схожості характеризує структуру поняття»².

Тому для визначення кола елементів криміналістичної характеристики злочинів необхідно дотримуватися, принаймні, двох умов.

Перша — набір її елементів має бути системним, що забезпечує повноцінне функціонування розглядуваного поняття й відображає основні закономірності у механізмі такого функціонування.

Друга — виділені елементи повинні мати здатність нести інформацію про зміст і значення слідів-відображень та механізм їх утворення, відображати можливості побудови моделі події в цілому чи окремих її обставин за дефіциту інформації, що стосується окремих елементів, особливостей взаємозв'язку і відносин між ними, показувати таким чином шляхи та способи пізнання розслідуваної події.

Першу умову можливо забезпечити шляхом формування складу елементів криміналістичної характеристики злочинів на основі структури людської діяльності, в тому числі і антигромадської, злочинної, що включає в себе суб'єкта, мету і мотиви, об'єкт (предмет), процес чи механізм (способи, знаряддя, засоби та ін.), результат. При цьому необхідно враховувати обстановку, просторово-часові умови її створення. Цей погляд на формування системи елементів криміналістичної характеристики злочинів знаходить усе більшу підтримку і в криміналістичній літературі³.

Другої умови можна дотримати, створюючи криміналістичні характеристики окремих категорій злочинів, виділяючи при цьому типові й особливі ознаки, властиві саме розглядуваній категорії злочинів. Характер і зміст злочинної діяльності окремої особи чи

¹ Див.: Коновалова В. Е., Колесниченко А. Н. Теоретические проблемы криминалистической характеристики // Криминалистическая характеристика преступлений. — М., 1984. — С. 16.

² Формальная логика. — Л., 1977. — С. 24–25.

³ Див.: Криминалистика /Под ред. Н. П. Яблокова. — М., 1995. — С. 44; Салтевский М. В. Криминалистика. — Х., 1996. — С. 86–89; Біленчук П. Д. та ін. Криміналістика. — К., 1998. — С. 105.

групи осіб у відповідних об'єктивних умовах і повинні знайти відображення в ознаках, що описуються, та їх взаємозв'язках.

Названий підхід дозволяє, на нашу думку, врахувати і проаналізувати всі криміналістично значущі сторони як одиничного, конкретного злочину, так і сукупності злочинів певної категорії.

Отже, у загальній структурі криміналістичної характеристики злочинів можна виділити такі елементи: 1) дані про суб'єкта (суб'єктів) злочину (злочинної діяльності); 2) дані про цілі та мотиви діяльності по вчиненню злочинів; 3) дані про об'єкти злочинного посягання, певні суспільні відносини, матеріальні об'єкти, предмети і саму людину (потерпілого); 4) дані, що характеризують обстановку, в якій відбувається процес злочинної діяльності (місце, час, інші умови, які впливають на дії злочинця і механізм слідоутворення); 5) дані про процес (механізм) злочинної діяльності, включаючи відомості про дії з підготовки, вчинення, приховування окремих злочинів і злочинної діяльності в цілому, дані про знаряддя та засоби, а також про утворені при цьому сліди (їх види, характер, місця перебування); 6) дані про наслідки вчинених злочинів (заподіяння збитків, шкоди здоров'ю, позбавлення життя, потенційні джерела інформації, особливості постримінальної поведінки злочинця тощо).

Виділення наведеної сукупності ознак не ставить перед собою за мету дати повну і всебічну характеристику злочину. Мета такої характеристики полягає в системному відображенні даних про злочинну діяльність, що мають інформаційно-пізнавальну спрямованість і дозволяють у зв'язку з цим здійснювати ретроспективне і перспективне моделювання розслідуваної злочинної діяльності, прогнозування її розвитку і відповідно планування ходу подальшого розслідування.

Звичайно, інформаційно-пізнавальне значення названих елементів у криміналістичній характеристиці тих чи інших категорій (видів, різновидів, груп) злочинів різне.

Як відзначається в літературі, при криміналістичному аналізі злочинів беруться до уваги всі елементи злочинної діяльності. У той же час «одні елементи, їх окремі параметри, частини, сторони і сукупності, інформативні в криміналістичному відношенні для одних груп і підгруп категорії злочинів, що досліджуються, виявляються неінформативними чи слабо інформативними в інших групах і підгрупах. Усе це не може не позначатися на змістовній стороні криміналістичної характеристики»¹.

¹ *Викторова Е. Н., Донцов В. В., Образцов В. А.* Сравнительный криминалистический анализ отдельных групп убийств, совершенных в связи с завладением социалистическим имуществом // Криминалистическая характеристика преступлений. — М., 1984. — С. 88.

Це зауваження можна віднести не тільки до різних груп, а й до різних видів злочинів.

Так, у криміналістичній характеристиці вбивств дані про їх мету і мотив відіграють одну з провідних ролей, оскільки дозволяють обґрунтовано будувати версії про осіб, зацікавлених у смерті потерпілого, — можливих організаторів та виконавців розслідуваного вбивства. В той же час у криміналістичній характеристиці розкравдань наведені дані в пошуково-пізнавальному сенсі не мають настільки істотного значення, оскільки вони в такій категорії злочинів однакові чи однотипні і лише в деяких випадках можуть вказувати на можливе коло підозрюваних, наприклад, неповнолітніх.

У криміналістичних характеристиках деяких видів злочинів окремі з названих елементів можуть бути відсутні внаслідок самої конструкції складу злочину. Наприклад, склад контрабанди (ст. 201 КК) не містить ознак, що вказують на потерпілого.

Зазначений нами набір елементів повною мірою є притаманним криміналістичній характеристиці злочинної діяльності, а також діяльності по вчиненню злочину з задалегідь обдуманим умислом. В інших випадках (при вчиненні окремих злочинів з умислом, що раптово виник, вчинених з необережності, а також залежно від характеру і змісту того чи іншого виду злочину) можуть виділятися не всі названі елементи. Крім того, за своїм змістом вони можуть являти собою підсистеми різного ступеня складності.

Таким чином, з урахуванням викладених положень стосовно загальної структури криміналістичної характеристики злочинів можна визначити структуру криміналістичної характеристики корисливо-насильницьких злочинів, яка включає такі елементи: 1) дані про особу злочинців та їх угруповання; 2) дані про потерпілих та предмет посягання; 3) дані про обстановку таких злочинів; 4) моделі механізму цих злочинів; 5) відомості про їх результати і наслідки.

Зазначені елементи та їх зв'язки, на наш погляд, доцільно розглядати в наведеній послідовності, оскільки вона логічно відображає принцип системно-діяльнісного підходу до вивчення та аналізу поведінки злочинця в напрямку від суб'єкта до об'єкта його спонукань — майна і потерпілої особи з урахуванням реальної чи прогнозованої ним обстановки шляхом відповідного вибору механізму досягнення поставленої мети.

Слід зазначити, що така структура відповідає двом рівням даних, які становлять криміналістичну характеристику корисливо-насильницьких злочинів: 1) загальним даним, що створюють їх модель в цілому як систему однотипних злочинів, тобто злочинну

діяльність; і 2) даним, на основі яких розроблюються моделі окремих видів і груп корисливо-насильницьких злочинів, в яких міститься опис їх криміналістично значущих особливостей.

Такий погляд на структуру криміналістичної характеристики корисливо-насильницьких злочинів сприятиме більш повному і точному опису змісту, типових і специфічних зв'язків і залежностей елементів, що її складають, а отже, їх продуктивному використанню в розслідуванні та розкритті зазначеної категорії злочинів.

Надійшла до редколегії 15.07.03

Б. Романюк, кандидат юридичних наук, перший заступник Керівника Міжвідомчого НДЦ з проблем боротьби з організованою злочинністю

Дослідження слідчим предметів і документів

Процесуальний закон вимагає від слідчого безпосередньо самому проводити слідчі дії у справі, яку він розслідує. За його дорученням окремі слідчі дії у цій самій справі можуть проводити, але також особисто (ст.ст. 114, 118, 119 КПК України), лише інші слідчі або працівники органу дізнання. У необхідних випадках слідчі дії має право проводити прокурор (ст. 227 КПК). Інші суб'єкти, не уповноважені законом, не мають права проводити у справі які-небудь слідчі дії за будь-яких обставин.

Це пов'язано з тим, що слідчий, який несе персональну відповідальність за правильне вирішення кримінальної справи (ст. 114 КПК), зобов'язаний (ст. 67 КПК) особисто оцінювати докази за своїм внутрішнім переконанням для правильного та обґрунтованого прийняття процесуальних рішень.

Розслідування у кримінальній справі — складний процес пізнання події злочину, який вимагає всебічного і глибокого дослідження всіх наявних матеріальних об'єктів, що мають слідову інформацію про обставини, в яких вона відбувалася. Процес дослідження таких об'єктів як речових доказів є складовою частиною процесу пізнання цих обставин і містить у собі не тільки чуттєве відображення, що виступає в трьох формах: відчуття, сприйняття та уявлення, але й формулювання та обґрунтування висновків з урахуванням конкретних обставин, що встановлені у справі.

Тому поняття дослідження не можна визначати лише як вузьку діяльність експерта або вченого. *Дослідження — це робочий процес будь-якого суб'єкта, який прагне пізнати певні явища природи чи суспільного життя.* Це повною мірою стосується слідчого, який з метою пізнання події злочину в результаті проведення різного комплексу слідчих дій досліджує обставини його вчинення та докази, що їх підтверджують.

Дослідження містить у собі низку компонентів: від постановки завдань, огляду, аналізу, узагальнення тощо до формулювання і обґрунтування висновків.

Для цього слідчому недостатньо лише фахових знань і доводиться здобувати різноманітні залежно від предмета дослідження спеціальні знання у різних галузях науки, техніки, мистецтва та ремесла, а іноді — й навички їх застосування.

У більшості випадків слідчі при розслідуванні злочинів застосовують свої правові та інші спеціальні знання для виявлення, фіксації та вилучення доказів. Значно менше вони використовують спеціальні знання для їх дослідження у процесі проведення огляду предметів та документів, які мають значення для справи.

Однією з причин цього є відсутність єдиної думки про компетенцію слідчих щодо дослідження матеріальних об'єктів.

До сьогодні в науці точиться дискусія стосовно правомірності та допустимості застосування слідчим спеціальних знань, особливо при дослідженні ним речових доказів, а також щодо процесуального значення такого дослідження, розмежування компетенції слідчого та інших суб'єктів-фахівців, які цими знаннями володіють і залучаються до розслідування у кримінальній справі.

Вчені єдині лише в тому, що слідчому обов'язково потрібні спеціальні знання, які він безпосередньо повинен застосовувати у процесі розслідування кримінальної справи, — таку діяльність регламентовано кримінально-процесуальним законодавством¹.

¹ Див.: *Грамович Г. И.* Тактика использования специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений. — Минск, 1987. — С. 12, 15, 16–21; *Лисиченко В. К., Циркаль В. В.* Использование специальных знаний в следственной и судебной практике. — К., 1987. — С. 51–58; *Його ж.* Использование данных естественных и технических наук в следственной и судебной практике. — К., 1979. — С. 21–22; *Арсеньев В. Д., Заблочкий В. Г.* Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. — Красноярск, 1986. — С. 4–5; *Коновалов Е. Ф.* Соотношение специальных знаний следователя и специалиста-криминалиста // Применение специальных познаний в борьбе с преступностью. — Свердловск,

Деякі дослідники процесу застосування спеціальних знань висловлюються стосовно того, що слідчий без обмежень може використовувати свої спеціальні знання лише для правильного вирішення організаційних питань, тактики проведення слідчих дій та збирання доказів, у тому числі за допомогою науково-технічних засобів¹.

Такі пропозиції істотно обмежують компетентного слідчого і його практичну діяльність зі збирання доказів у справі та пізнання події злочину.

Ми чітко стоїмо на тій позиції, що слідчий може особисто застосовувати будь-які науково обґрунтовані спеціальні знання, якщо він ними володіє та їх вимагає розслідування у справі, крім випадків, спеціально передбачених у законі².

Але існує й інше спірне питання щодо межі застосування слідчим своїх спеціальних знань. Це стосується і названого нами процесу дослідження предметів і документів, а також викладення своїх висновків за його результатами у процесуальних документах.

1983. — С. 24–26; *Маркс Н. А.* Процессуальные и непроцессуальные формы использования специальных познаний при освидетельствовании // Там само. — С. 38–40; *Сорокотягин И. Н.* Системно-структурная характеристика специальных познаний и формы их использования в борьбе с преступностью // Там само. — С. 7–9; *Денисюк А. М.* Суть і форми використання спеціальних медичних знань у кримінальному судочинстві // Проблеми правознавства. — К., 1990. — Вип. 51. — С. 92; *Гончаренко В. И.* Научно-технические средства в следственной практике. — К., 1984. — С. 22–23, 32, 35; *Прищепя В. М., Сегай М. Я.* Процессуальные и криминалистические основания идентификационных действий следователя // Криминалистика и судебная экспертиза. — 1969. — Вып. 6. — С. 92–97; *Клименко Н. И.* Предварительное исследование рукописных текстов органами расследования и судом для ограничения круга возможных исполнителей // Там само. — С. 100–103; *Шаркова Т. Ф.* О самостоятельных исследованиях вещественных доказательств, проводимых следователем // Там само. — С. 88–91.

¹ Див.: *Грамович Г. И.* Вказ. праця. — С. 17–21; *Лисиченко В. К., Циркаль В. В.* Вказ. праця. — С. 51; *Зуйков Г. Г.* Общие вопросы использования специальных познаний в процессе предварительного расследования // Криминалистическая экспертиза. — 1966. — Вып. 1. — С. 113–117; *Коновалов Е. Ф.* Вказ. праця. — С. 24–26; *Селиванов Н. А.* Основания и формы применения научно-технических средств и специальных знаний при расследовании преступлений // Вопросы борьбы с преступностью. — 1968. — Вып. 7. — С. 120–126; *Гончаренко В. И.* Вказ. праця. — С. 27–30, 32, 35; *Криминалистика* / Б. Е. Богданов, А. А. Васильев, В. А. Притузова и др. — М., 1971. — С. 25–26.

² Див.: *Романюк Б. В.* Використання спеціальних знань слідчими на стадії досудового слідства // Право України. — 2002. — № 3. — С. 137–142.

В. Арсен'єв і В. Заблоцький розглядають слідчого лише як констататора певних даних навіть у тих випадках, коли він проводить огляд речових доказів з використанням науково-технічних засобів. На їх думку, особи, відповідальні за ведення процесу, не повинні втручатися у сферу компетенції інших обізнаних осіб, роблячи які-небудь висновки¹.

Досить жорстку позицію з цього питання займає і Є. Коновалов. Він допускає застосування слідчим будь-яких спеціальних знань, але лише для правильної організації роботи у справі та проведення слідчих дій, категорично виступає проти будь-яких висновків слідчого, як і їх фіксації у процесуальних документах, якщо вони базуються на власних спеціальних знаннях у різних галузях науки і техніки².

С. Сірков і Г. Меженцев прямо називають дослідження матеріальних слідів злочину слідчим «позапроцесуальним застосуванням спеціальних знань, відповідних методів і технічних засобів» для оперативного використання їх результатів у пошуку доказів³.

Більшість науковців схиляються до того, що слідчий все-таки може проводити дослідження доказів у справі, але висувають низку застережень, які, з нашої точки зору, не мають ні нормативного, ні практичного обґрунтування. Зокрема, М. Селіванов пише, що слідчий може проводити дослідження речових доказів, застосовувати для цього криміналістичну техніку, але такого роду дослідження не є експертизою, і висновки за його результатами не мають ніякого доказового значення. Вони не повинні фіксуватися у процесуальних документах, а ознаки досліджуваного предмета, завдяки яким він став речовим доказом, повинні зберігатися для подальшого проведення експертизи. Таке дослідження він вважає позапроцесуальним і попереднім, яке має лише допоміжне, оперативно-тактичне значення. Він розглядає дослідження як більш складну форму вивчення доказів, ніж огляд⁴.

¹ Див.: Арсен'єв В. Д., Заблоцький В. Г. Вказ. праця. — С. 55—56.

² Див.: Коновалов Е. Ф. Вказ. праця. — С. 24—26.

³ Див.: Сірков С. М., Меженцев Г. Н. Предварительное исследование орудий взлома на месте кражи. — М., 1985. — С. 4—5.

⁴ Див.: Селіванов Н. А. Основания и формы применения научно-технических средств и специальных знаний при расследовании преступлений // Вопросы борьбы с преступностью — С. 120—126; його ж. Привлечение специалистов к расследованию (Обзор практики по материалам следственных органов прокуратуры). — М., 1973. — С. 8, 24—25.

В. Прищеп, М. Сегай, М. Терзів та інші науковці також допускають, що слідчий може проводити попереднє дослідження речових доказів без призначення експертизи. Але висновки слідчого мають оперативнo-тактичне значення і процесуальній регламентації не підлягають¹. Зокрема, В. Прищеп і М. Сегай мотивують це тим, що відповідно до ст. 66 і 67 КПК до функцій слідчого входять лише збирання і оцінка доказів. Наділення його повноваженнями експерта суперечить принципам законодавства і перш за все ст. 60 КПК².

Останнє є вірним, але у тому разі, коли особа спочатку виступала б у справі як експерт, а відтак, стала розслідувати справу як слідчий.

У науковій літературі існує ще одна точка зору відносно меж застосування спеціальних знань слідчим при проведенні слідчих дій, фіксації їх ходу та результатів.

В. Лисиченко, В. Циркаль, Г. Грамович поділяють матеріальні сліди злочинів на дві групи, як і згадуваний вище М. Селіванов. Але вони, на відміну від останнього, дотримуються думки, що слідчий самостійно може проводити криміналістичне дослідження як матеріальних об'єктів з явно вираженими певними ознаками (документ з підчисткою тощо), так і об'єктів, властивість яких, механізми дії тощо потребують оцінок і висновків експерта³. У першому випадку В. Лисиченко і В. Циркаль називають такі дослідження неідентифікаційними, у другому — ідентифікаційними. Якщо у результаті дослідження виявляються окремі ознаки (сліди злочину) на об'єкті дослідження, то його результати оформляються протоколом огляду. В ньому описується весь процес застосування науково-технічних методів і засобів, а також одержані результати. Досліджуванний об'єкт стає джерелом доказу. Слідчий за наявності спеціальних знань і володіння методикою може проводити й ідентифікаційні криміналістичні дослідження. Але такі дослідження будуть попередніми, а висновки не матимуть доказового значення і не можуть відобразитися у процесуальних актах.

Г. Грамович уточнює деякі свої позиції щодо останньої форми дослідження: коли слідчий при такому дослідженні зробить свій

¹ Див.: Прищеп В. М., Сегай М. Я. Вказ. праця. — С. 92–97; Терзиев Н. В. Идентификация и определение родовой (групповой) принадлежности: Лекции по криминалистике. — М., 1961. — С. 12; Порошин Г. Н. О пределах применения криминалистических знаний следователем в процессе предварительного расследования // Использование специальных знаний на первоначальном этапе расследования // Волгоград, 1983. — С. 30.

² Див.: Прищеп В. М., Сегай М. Я. Вказ. праця. — С. 92–97.

³ Див.: Грамович Г. И. Вказ. праця. — С. 18–21; Лисиченко В. К., Циркаль В. В. Вказ. праця. — С. 51–54.

висновок, то він стане доказовим фактом, а джерелом доказів — сам слідчий, що суперечить закону. При ідентифікаційному дослідженні джерелом доказів може бути тільки експерт¹.

«Якщо результати застосування слідчим криміналістичної техніки, — пише В. Колдін, — не є очевидними і допускають різні тлумачення або вимагають для їх пояснень спеціальних знань, необхідно призначати експертизу»². Схожої думки дотримуються також Б. Зотов, О. Ейсман та ін.³

¹ Див.: Грамович Г.И. Вказ. праця. — С. 18.

² Криміналістика / Б.Е. Богданов, А.А. Васильев, В.А. Притузова и др. — С. 25–26.

³ Див.: Грановский Г. Л. Основы трасологии (Общ. часть). — М., 1965. — С. 104; Зотов Б. Л. Криміналістическа експертиза на предварительном следствии. — М., 1956. — С. 10–17; Эйсман А. А. Критерии и формы использования специальных познаний при криміналістическом исследовании в целях получения судебных доказательств // Вопросы криміналістики. — М., 1962. — № 6–7. — С. 35, 39–40; Дулов А. В. Разграничение пределов использования криміналістической техники следователями и экспертами // Материалы науч. конф. (28 июня — 2 июля 1960 г). «Вопросы судебной экспертизы». — Л., 1960. — С. 80–81; Лісовий А., Поліщук І. Участь судово-медичного експерта по дослідженню речових доказів в огляді місця події // Рад. право — 1974. — № 3. — С. 46–47; Мельникова Э. Б. Участие специалистов в следственных действиях. — М., 1964. — С. 18–19, 22–23, 49, 58; Сенчик М., Стасюк Е. Спеціаліст на попередньому слідстві // Рад. право. — 1974. — № 1. — С. 40; Кравченко О.А. Суб'єкт застосування спеціальних знань в кримінальному судочинстві // Вісник Національного університету внутрішніх справ. — 2001. — Спецвипуск. — С. 170–171; Сырков С.М., Фефилатьев А.В. Проведение предварительных исследований материальных следов на месте происшествия. — М., 1986. — С. 3, 9, 12, 22–25; Лопушной Е. Я. Участие специалиста-криміналіста в следственных действиях (по УПК Казахской ССР): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.715 / Казах. гос. ун-т. — Алма-Ата, 1971. — С. 16–18; Закатов А. А., Орпей Ю. Н. Использование научно-технических средств и специальных знаний в расследовании преступлений. — К., 1980. — С. 81–82; Карнович Г. Некоторые вопросы экспертизы вещественных доказательств // Соц. законность. — 1957. — № 8. — С. 25–26; Дворкин А. И. Предварительное исследование вещественных доказательств при расследовании преступлений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Всесоюз. ин-т по изучению причин и разработке мер предупр. преступности. — М., 1974. — С. 5–15; Власов В. П. Следственный осмотр и предварительное исследование документов. — М., 1961. — С. 11–13, 30; Осмотр места происшествия: Справочник следователя / И. Е. Быковский, Е. Н. Викторова, Ю. А. Горина и др. / Под ред. А. А. Леви. — 2-е изд. — М., 1982. — С. 107; Колмаков В. П. Следственный осмотр. — М., 1969. — С. 12–18, 30–31, 175; Нестеров Н. И. Об использовании специальных познаний при установлении групповой принадлежности // Использование специальных знаний на первоначальном этапе расследования. — Волгоград, 1983. — С. 21–25.

Але ми поділяємо висновки тих авторів, розглядаючих слідчого як процесуально незалежну фігуру, котрий відповідно до закону має право самостійно приймати процесуальні рішення у справі та проводити слідчі дії із застосуванням своїх професійних та інших спеціальних знань.

Тому більш правильною, на наш погляд, є позиція В. Гончаренка, Т. Шаркової, Н. Клименко, З. Соколовського, Ю. Федорова та ін., які стверджують, що слідчий сам або за участю фахівця може проводити за певними методиками і за допомогою науково-технічних засобів низку досліджень, у тому числі ідентифікаційного виду¹. Зокрема, Т. Шаркова і Ю. Федоров розглядають дослідження як слідчу дію, хід і результати якої повинні оформлятися протоколом із залученням до нього відповідних фототаблиць, приміток, схем, документів, планів, слідів і предметів, що досліджувалися².

Повністю сприйняти позицію цієї групи авторів також не можна, оскільки вони вважають, що слідчий може проводити лише нескладні дослідження доказів у справі: холодної зброї, цілого за його частинами, документів, почерку, автотранспортної трасології тощо. У цих науковців немає єдиної чіткої думки і стосовно доказового значення досліджень матеріальних слідів. Вони вважають його попереднім, що не може замінити експертизи.

Ю. Федоров, визнаючи за слідчим право проводити низку криміналістичних досліджень, зауважує, що він «... не має права самостійно вирішувати питання, які вимагають спеціальних знань, ос-

¹ Див.: *Клименко Н.И.* Криминалистика как наука. — К., 1997. — С. 48, 63; *Клименко Н.И.* Предварительное исследование рукописных текстов органами расследования и судом для ограничения круга возможных исполнителей. — С. 100—103; *Федоров Ю. Д.* Специальные познания и формы их использования при расследовании преступлений // Тр. Ташкент. высш. шк. МВД СССР. — Ташкент, 1976. — Вып. 9. — С. 19, 21—25; *Гончаренко В.И.* Вказ. праця. — С. 27—30, 32, 35; *Шаркова Т.Ф.* О самостоятельных исследованиях вещественных доказательств, проводимых следователем // Криминалистика и судебная экспертиза. — 1969. — Вып. 6. — С. 88—91; *Абдумаджидов Г.А.* Использование научно-технических средств и помощи специалистов (процессуальный аспект) // Тр. Ташкент. высш. шк. МВД СССР. — Ташкент, 1976. — Вып. 9. — С. 10—11, 13—15; *Соколовский З.М.* О применении следователем криминалистических знаний при исследовании вещественных доказательств // Сов. государство и право. — 1957. — № 1. — С. 72—73; *Кисляков В., Корниенко Н.* Предварительные исследования в работе следователя // Соц. законность. — 1972. — № 4. — С. 64—66.

² Див.: *Шаркова Т.Ф.* Вказ. праця. — С. 88—92; *Федоров Ю.Д.* Вказ. праця. — С. 21—25.

кільки процесуальний закон забороняє поєднувати функції слідчого і експерта»¹.

Не відповідає праву твердження цих правників і стосовно того, що дослідження слідчим речових доказів не має доказової сили, оскільки начебто тільки висновок експерта є джерелом доказів. Джерелом доказів (ст.65 КПК) є і протоколи слідчих дій. Якщо слідчий у процесі огляду бухгалтерських документів чи предметів виявить які-небудь ознаки слідів злочину, зробить певні висновки і задокументує все це у протоколі та у відповідних додатках до нього, то це слугуватиме джерелом доказів.

У зв'язку із зазначеним невірним є твердження деяких із наведених авторів про те, що слідчий у такому разі може сам стати джерелом доказів.

По-перше, про джерела доказів також існують різні думки.

По-друге, слідчий безпосередньо сприймає при огляді місця події обстановку вчинення злочину, при допиті — показання свідків тощо, але від цього його статус не змінюється. Він залишається, як це визначено законом, суб'єктом розслідування, хоча і є носієм фактичних даних у справі.

А. Дулов, З. Ковальчук, Г. Порошин, Г. Грановський та ін., визнаючи право слідчого проводити дослідження деяких об'єктів, висувають умови, які зводяться до того, що досліджені ознаки цих об'єктів мають бути очевидними не тільки для слідчого, а й для всіх інших учасників процесу, в першу чергу понятих². На доведення свого висновку вони не викладають будь-яких переконливих аргументів. Тому виникає питання: чому дослідження слідчого повинно бути, як вони висловлюються, «очевидним», а дослідження експерта або фахівця неочевидним для всіх інших учасників про-

¹ Федоров Ю. Д. Вказ. праця. — С. 21—25.

² Див.: Дулов А. В. Права и обязанности участников судебной экспертизы. — Минск, 1962. — С. 34; Ковальчук З. А. К вопросу о разграничении компетенции следователя и эксперта при исследовании вещественных доказательств // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 1964. — Вып. 1. — С. 43; Порошин Г. Н. Вказ. праця. — С. 30; Грановский Г. Л. Вказ. праця. — С. 104; Грамович Г. И. Вказ. праця. — С. 20; Гольдман А. М. Правовые основания и формы применения специальных познаний в советском уголовном процессе // Вопросы экспертизы в работе защитника. — Л., 1970. — С. 31, 33—38; Кисляков В., Корниенко Н. Вказ. праця. — С. 64—66; Винберг А. И. Некоторые актуальные вопросы советской криминалистики // Сов. государство и право. — 1962. — № 5. — С. 48—49.

цесу? Що, останні дослідження мають менш важливе значення для цих учасників процесу?

Якщо при проведенні слідчих дій присутні поняті, то відповідно до ст. 127 КПК до них ставляться тільки дві вимоги: вони не повинні бути зацікавлені у справі і мають своїми підписами засвідчити відповідність записів у протоколі виконаним діям. Виходячи з цього, слідчий лише повідомляє їм, які дії будуть проводитися за їх участю. За свій висновок слідчий несе особисту відповідальність. Він не належить до дії і не потребує засвідчення понятих. Законодавець у ст. 127 КПК спеціально говорить про дії, а не про їх сутність, результати та висновки. В іншому разі при огляді, освідуванні тощо потрібно було б залучати як понятих відповідних фахівців, оскільки навіть при самому простому огляді може застосовуватися різна криміналістична техніка для виявлення невидимих слідів злочину. Крім цього, сьогодні взагалі доречно ставиться питання про обмеження участі понятих у слідчих діях¹.

Зважаючи на те, що абсолютна більшість науковців схиляється до єдиної точки зору, згідно з якою слідчий може проводити дослідження матеріальних об'єктів та документів, але воно не визнається ними процесуальною дією, зупинимось детальніше на останньому.

Перше. Чому слідчому потрібно самому проводити дослідження предметів та документів? Це пов'язано не тільки з необхідністю безпосереднього сприйняття слідчим слідів злочину та їх оцінки і одержання оперативної інформації для визначення тактики проведення подальших слідчих дій, що, безумовно, має місце, але у деяких випадках таке дослідження дозволяє здобути нову інформацію про докази, що не потребують експертного дослідження. Немало випадків, коли таке дослідження предметів чи інших доказів повинно бути проведено негайно і на місці події (продукти і речовини, що швидко псуються, випаровуються або змінюються під дією атмосферних чинників; знаходяться на проїжджій частині дороги з інтенсивним рухом транспорту, на пожежі тощо). Для того щоб вилучити серед однорідних предметів або документів ті, які несуть сліди злочину, також має проводитися їх дослідження і т.д.

Друге. Чи можна говорити про те, що слідчий, досліджуючи матеріальні сліди злочину, може проводити цю дію поза процесу-

¹ Див.: *Маляренко В. Т., Вернидубов І. В.* Про інститут понятих у кримінальному процесі України // *Вісник Верховного Суду України.* — 2001. — № 3. — С. 27.

альним порядком? Ні, це порушення процесуальної форми кримінального судочинства. З моменту порушення кримінальної справи провадження здійснюється тільки за правилами КПК (ст. 1, 3). Нині й оперативно-розшукова діяльність регулюється Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», а не відомчими наказами та інструкціями, як було раніше. Крім цього, з метою об'єктивності слідчий може (п. 6 ст. 142 КПК) провести таке процесуальне дослідження за участю обвинуваченого.

Найбільш оптимальним є дослідження при проведенні такої слідчої дії, як огляд (ст. 190 КПК). *Огляд — це обстеження з метою виявлення чого-небудь*¹. Дослідження не можна уникнути при виїмці документів, обшуку та деяких інших слідчих діях.

У ч. 1 ст. 190 КПК передбачено, що слідчий проводить огляд місцевості, приміщення, предметів та документів з метою виявлення «слідів злочину та інших речових доказів...», які мають значення для справи. Не завжди можна виявити сліди злочину та інші речові докази лише при простому спогляданні. Слідчий огляд має пошуковий, дослідницький і творчий характер, оскільки він, як сказано законодавцем, має за мету виявити сліди злочину та інші речові докази. Недаремно його називають «слідчим оглядом», який виписаний у законі окремою нормою від огляду, що проводить суд (ст.ст. 313, 314, 315 КПК), де не йдеться про виявлення доказових фактів. Процес огляду, як і будь-якого іншого методу пізнання, містить в собі органолептичні засоби, мислення, а за необхідності — й науково-технічні засоби. Він узгоджується з дослідженням як активним впливом слідчого на об'єкт пізнання. Мислення є вищою і невід'ємною формою пізнання в процесі огляду і значно залежить від обсягу професійних і спеціальних знань слідчого. «Застосування кожного елемента поодиночі, — пише М. Салтевський, — не принесе бажаного результату»². Огляд, проведений слідчим, дозволяє йому одержати фактичні дані, які слугують доказами у процесі пізнання події злочину. В. Колмаков дає таке визначення: «... під слідчим оглядом необхідно розуміти процесуальну дію слідчого, в якій він за участю зазначених у законі осіб виявляє, безпосередньо сприймає, досліджує, оцінює й фіксує стан, властивість і ознаки матеріальних об'єктів, пов'язаних з подією, що розслідується, з

¹ Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К., 2002. — С. 658.

² Салтевский М. В. Органолептические средства в следственной и экспертной деятельности: понятие и сущность // Использование специальных знаний на первоначальном этапе расследования. — Волгоград, 1983. — С. 4.

метою виявлення фактичних даних (доказів) та з'ясування обставин, що мають значення для встановлення істини у справі»¹.

Отже, дослідження є обов'язковою складовою процесу слідчого огляду і воно повинно бути детально описане в протоколі.

У разі необхідності слідчий має право залучати до огляду предметів чи документів необхідного фахівця, який допоможе йому кваліфіковано провести їх дослідження, у тому числі із застосуванням науково-технічних засобів. Фахівець не має права, як це часто буває на практиці, самостійно проводити дослідження вилучених предметів і документів, порушуючи процесуальний порядок роботи з речовими доказами. Вони завжди повинні досліджуватися фахівцем під керівництвом слідчого на місці події, а якщо це потрібно, то і в лабораторних умовах зі складанням процесуального документа — протоколу огляду.

Не слід орієнтувати слідчих, як це роблять названі та інші автори², на проведення непроцесуальних дій та складання довідок попереднього дослідження, що є не чим іншим, як непроцесуальним сурогатом експертизи і посяганням на права експерта. Таке дослідження і довідки є прийнятними тільки на стадії оперативної розробки, яку здійснюють оперативні працівники стосовно певних осіб чи фактів ще до передачі матеріалів слідчому, або на стадії порушення кримінальної справи. Інше суперечить процесуальному статусу слідчого та процесу пізнання об'єктивної дійсності.

У деяких випадках дослідження слідчого дійсно можуть бути попередніми, але тоді, коли він дійде висновку, що через певні причини речові докази потребують більш кваліфікованого дослідження експерта, або проведення експертизи є обов'язковим. Першою такою причиною, яка може спонукати слідчого до призначення експертизи речових доказів, що досліджені ним самим, є розуміння свого недостатнього рівня підготовки, досвіду і навичок, у тому числі у володінні відповідними технічними засобами дослідження.

¹ Колмаков В. П. Вказ. праця. — С. 18.

² Див.: Зуев Е. И. Непроцессуальная помощь сотрудника криминалистического подразделения следователю. — М., 1975. — С. 28–30, 38–39; Гончаренко В. И. Вказ. праця. — С. 26–30, 35; Григорян А. С. Расследование поджогов. — М., 1971. — С. 41; Турчин Д. Специалист в уголовном процессе // Соц. законность. — 1970. — № 10. — С. 44; Лысов Н. Н. Справка специалиста как источник доказательств // Актуальные проблемы обеспечения следственной практики научно-техническими достижениями. — К., 1987. — С. 53–58; Фридман І., Смітійенко З. Використання спеціальних знань при розслідуванні правопорушень у сфері економіки України // Право України. — 1998. — № 11. — С. 129.

Дуже важливим, з нашої точки зору, є те, що вирішення цього питання повинно залишитися за слідчим як головним суб'єктом досудового слідства, якого і наділяє таким правом законодавець.

Третє. Про висновки слідчого. Якщо слідчий може досліджувати матеріальні сліди злочину, але не має права робити висновки, то не може відбутися повною мірою і сам процес їх пізнання та встановлення об'єктивної істини у справі. Без цього слідчий не може прийняти будь-яке законне рішення у справі, в тому числі про залучення експерта та постановку питань, які потребують розгляду. Відтак, слідчий не зможе оцінити результати експертного дослідження. Врешті-решт не слід ще раз доводити, що пізнання істинних обставин злочину не може відбуватися лише шляхом простого емпіричного споглядання слідчим. З іншого боку, навіть при простому огляді будь-якого предмета слідчий робить певний висновок, наприклад, зазначаючи у протоколі його конфігурацію, колір, відображаючи виявлені сліди злочину тощо.

Законом слідчому не заборонено робити та викладати висновки, адже логічне мислення без висновку — ніщо. Навпаки, у деяких нормах законодавець прямо зазначає, що слідчий, досліджуючи певні обставини, повинен викласти свої висновки у процесуальних документах. Наприклад, оцінка слідчим доказів у справі (ст. 67 КПК) має ґрунтуватися на всебічному, повному та об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, а незгода його з висновком експерта (ст. 75 КПК) повинна бути мотивована у відповідній постанові. Хіба можна зробити оцінку або викласти мотивацію без певних висновків?

Слідчий і в багатьох інших випадках під час огляду робить свої власні висновки, які викладає письмово у відповідних процесуальних документах.

Ще Л. Владіміров вважав, що слідчий під час огляду має право висловлювати свої висновки. Він писав: якщо слідчий вважає за потрібне зробити будь-яке припущення, що має значення для роз'яснення істини, то «... з протоколу повинно бути ясно, де йдеться про факт і де — про припущення»¹.

Прийняття будь-якого процесуального рішення слідчим у справі є результатом його розумової діяльності з оцінки доказів, аргументів і певних висновків, які відображаються у тексті відпо-

¹ *Владимиров Л. Е.* Учение об уголовных доказательствах. Части: Общая и Особенная. — 3-е изд. — СПб., 1910. — С. 187.

відної постанови. Власне, постановляюча частина самої постанови як процесуального рішення слідчого є відображенням відповідного висновку. Не можна прийняти рішення без логічного мислення і висновку. Будь-яке рішення у справі, та взагалі всі матеріали справи, зібрані, сформовані у певній послідовності та оцінені слідчим, є результатом його мислення і висновків. Інше можна розцінити як заборону слідчому мислити. Такими великими узагальнюючими висновками слідчого у кримінальній справі є постанова про притягнення як обвинуваченого та обвинувальний висновок.

Пізнання у кримінальній справі необхідне не тільки для самого слідчого, а й усіх інших учасників процесу, тому його результати (висновки) повинні бути процесуально оформлені протоколом слідчої дії, як цього вимагає закон (ст. 84 КПК).

Четверте. Порушення процесуального порядку огляду та дослідження речових доказів призводить до їх втрати, невизнання допустимості їх судом тощо. Наприклад, слідчий, як пропонують названі автори, «з оперативною метою» оглянув вилучені у справі предмети, документи і виявив невидимі сліди злочину чи іншу інформацію, яка свідчить про те, що до його вчинення причетна конкретна особа, у житлі якої необхідно терміново провести обшук. Для того щоб одержати згоду прокурора та рішення суду на проведення обшуку, необхідно представити докази, а ними може бути лише процесуальний документ — протокол огляду з відповідним описом дослідження, його результатами та певними висновками слідчого (не проводити ж прокурору та суду власне дослідження цих доказів). І таких прикладів можна навести безліч.

Отже, слідчий при огляді предметів і документів не тільки споглядає їх зовнішні обриси, а й досліджує. Результати цієї дії зі своїми висновками, як правильно зазначають О. Протопопов та Г. Майоров¹, він повинен відобразити в протоколі огляду чи іншої слідчої дії.

Надійшла до редколегії 25.12.02

¹ Див.: Протопопов А. Л., Майоров Г. В. Некоторые аспекты использования микроскопического люминесцентного анализа микрочастиц при расследовании преступлений // Актуальные проблемы обеспечения следственной практики научно-техническими достижениями: — К., 1987. — С. 85.

О. Дрюченко, кандидат технічних наук,
старший науковий співробітник Інсти-
туту вивчення проблем злочинності
АПН України

Застосування методу порівняльних моделей для розшифровки змісту «тяжких» фонограм

Розшифровка змісту спотвореної, зашумленої, нерозбірливої мови, записаної до того ж у приміщенні на значній відстані від осіб, що говорять, пов'язана майже без винятків із надзвичайно великими труднощами. При цьому далеко не завжди експерту може допомогти і його зорієнтованість щодо предмета розмови. Причина тут полягає в тому, що слуховий аналізатор людини реагує на звукові стимули не пасивно як фізичний прилад, а активно, ніби намагаючись привести те, що можна чути, у відповідність із своїм слуховим досвідом і підсвідомо сформованими наразі гіпотезами про можливий зміст. Через те, що наш мозок є саме не пасивним приймачем інформації, який реєструє її подібно фізичному вимірювальному приладу, а активно переробляє, є безліч прикладів. Наскільки далекими можуть бути в результаті цього слухові відчуття від характеру дійсного звукового стимулу, можна показати на прикладі явища, відомого під назвою «зникаюча основа». Якщо звукові сигнали з частотою 400, 600 і 800 Гц звучать одночасно (до того ж кожний із них звучить чітко і достатньо гучно!), то чується не багатозвуччя, а один чистий тон, еквівалентний частоті 200 Гц, незважаючи на те, що у фізичному стимулі взагалі немає цієї частоти. Уітфілд, який займався дослідженням цього феномена, вважав його і подібні йому результатом набутого і збереженого в пам'яті підсвідомого звукового досвіду: досвід учить, що звичайно такі тональні ряди виникають тільки як обертони до основної частоти. Тому, коли навіть найнижча з частот (200 Гц) у даному випадку відсутня, мозок діє як логік, котрий вважає, що такого не може бути і що такий звукоряд треба замінити на один тон із частотою 200 Гц. Чи можемо ми уявити собі, які правила заміни він застосовує, опрацьовуючи нечітку, спотворену і зашумлену мову? Сприймаючи таку мову, людина почасти свідомо, але здебільшого підсвідомо прогнозує те, що вона має чути. Вона скоріше передбачає очікуване відчуття (суто акустичне або вербальне), ніж просто виявляє його в звучанні. Припущення і передбачення найвищою мірою харак-

терні для сприйняття людиною як слухових, так і зорових образів. Яскравий приклад такого феномена ми знаходимо в «Старосвітських поміщиках» М. Гоголя, де *«...дверь в столовую хрипела басом, но та, которая была в сенях, издавала какой-то странный дребезжащий звук, так что, вслушиваясь в него, очень ясно наконец слышалось: «батюшки, я зябну!»*. Для людини джерелом різного роду інформації в акті мовної комунікації є не тільки звуки, які вона співвідносить з певними фонемами, а й динаміка тонально-енергетичної компоненти в часі і багато чого іншого, що не належить до фонем.

Нижче на декількох конкретних прикладах ми покажемо, наскільки далекими можуть бути слухові відчуття при сприйнятті (розшифровці) змісту короткого фрагмента нечіткої, спотвореної і зашумленої мови аудиторами з різною кваліфікацією в галузі аналізу мови, а також розглянемо деякі прийоми об'єктивного інструментального визначення змісту «тяжких» фонограм.

Фонограма, яку ми пропонуємо дослідити як приклад, була записана на швидкості руху магнітної стрічки 2,4 см/с. Якість запису низька. Фонограма надто зашумлена. З метою підвищення розбірливості мови для визначення точного текстового змісту матеріал фонограми було піддано різноманітним видам попередньої обробки в Центрі мовних технологій (ЦМТ) Х.: адаптивній квазіградієнтній фільтрації, інверсній фільтрації, оптимальному обмеженню, згладжуванню і вирівнюванню спектра, оптимальній обробці в часовій і амплітудній області. Крім того, експертами ЦМТ було застосовано низку інших високопрофесійних засобів, прийомів і процедур для забезпечення максимальної достовірності результатів розшифровки змісту запису. Виконання комплексної фонографічної експертизи проводилося за допомогою комп'ютеризованого АРМ експерта-фонографіста «ИКАР-1» STC Н118 виробництва ЦМТ Х, призначеного для аналізу, шумоочищення і розшифровки фонограм, розробленого на замовлення правоохоронних служб МВС і ФСБ РФ та НДІ Спец. Техніки МВС РФ.

Наведемо як приклад розшифровку короткого фрагмента фонограми, виконану експертами ЦМТ Х, і спробуємо розібратися, наскільки вона бездоганна.

Р о з ш и ф р о в к а 1 (ЦМТ Х):

1736 (ж): Нет, я! А мне скажешь?

1738 (ч): Он (видно) более (правильно /нцз) (хочет /скажи /чем я.)?

1740 (ж): Выключай /Не сейчас.

1740 (ч): В(ы)ключаю (обратно).

1741 (ж): (Нельзя) /(Все верно).

1741 (ч): Ты уже не маленькая.

Тут числа 1736–1741, що стоять зліва, — показання секундоміра; (ж), (ч) — відповідно мова жінки і чоловіка; слова, взяті в круглі дужки, — вірогідно сприйняте слово; коса риска вказує на «або те, або те»; нцз — нецензурне слово.

Як можна бачити з розшифровки фрагмента розмови, він позбавлений будь-якого логічного змісту, а досить значна кількість не достеменно розпізнаних слів і конкуруючих при цьому альтернатив перетворюють його на малоприслатний для практичного використання артіфакт.

Зі свого боку ми, експерти Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України (ІВПЗ АПРН України), вважаємо за необхідне зауважити в зв'язку з цим таке.

Всі перелічені вище способи очищення, фільтрації і згладжування звукових сигналів у разі їх обґрунтованого і добре продуманого застосування, безсумнівно, можуть бути ефективними. Проте вони застосовуються для обробки сигналів протягом всієї фонограми або на хоча і менших її ділянках, але таких, тривалість яких усе ж оцінюється як значна. Для фонограм мови з дуже низькою якістю звучання такі засоби малоефективні, хоча і призводять до того, що в аудитора складається враження про краще звучання.

Проведені нами ще в 80-ті роки ХХ ст. дослідження показали, що продуктивний внесок окремих звуків мови в мовному сигналі в процесі сприйняття семантичної і ектосемантичної (змістовної та функціональної) інформації значною мірою залежить від способу і ступеня його очищення і фільтрації. Кожний окремий звук, зокрема голосний, як основний носій інформації в спотвореному і зашумленому мовному сигналі, слід очищати, фільтрувати і згладжувати (назвемо це попередньою обробкою) повністю певним чином залежно від його фонетичної належності, його фонетичного оточення і позиції відносно наголошеного складу. Нами був розроблений метод автоматичної оптимізації процедури такої попередньої обробки. (Розгляд питання про те, яким саме чином і за якими об'єктивними критеріями здійснюється процедура оптимізації, виходить за рамки даної статті.) Покажемо лише як приклад результат такої оптимізації на довільно взятій фразі «Система управління» (таблиці 1, 2). У табл. 1 наведено дані для випадку однократного очищення, у табл. 2 — для випадку двократного очищення.)

Тут числа, що стоять у першому (верхньому) рядку кожної таблиці, вказують номер програми очищення, в результаті застосування якої було одержано найвищу продуктивність інформаційного внеску відповідного голосного звука, зазначеного в другому рядку

Таблиця 1

	2			1		1		2			4			4		5	-
С	И	С	Т	Е	М	А		У	П	Р	А	В	Л	Е	Н	И	Я
	27			14		27		38			57			46		57	-

Таблиця 2

	1			1		2		2			1			2		3	-
С	И	С	Т	Е	М	А		У	П	Р	А	В	Л	Е	Н	И	Я
	24			8		24		35			27			43		62	-

таблиці. Числа, що стоять у третьому (нижньому) рядку кожної таблиці, є максимальними значеннями (в умовних одиницях) показника інформаційного внеску відповідного голосного звука, досягнутого в процедурі оптимізації.

Отже, робота над розшифровкою змісту спотвореної, зашумленої, нерозбірливої мови може бути почата тільки після зазначеної процедури оптимізації, тобто тоді, коли із мовного сигналу будуть гранично вибірно вилучені всі паразитні компоненти, або, щонайменше, їх максимальна кількість.

Наші дослідження показали також, що для випадку розшифровки змісту вкрай нерозбірливого запису мови великий досвід роботи аудитора («слухача») не може вже служити достатньою передумовою того, що зміст, який він сприймає на слух, є достеменним. Гірше того, у деяких випадках достеменність такого змісту не стає «більш достеменною», якщо навіть із ним згодні інші аудитори, які мають досвід роботи з мовними сигналами і уважно прослухали дану фонограму. Проте зміст, сприйнятий у таких випадках, безсумнівно, може бути найбільш пріоритетним як робоча гіпотеза для наступного формально-об'єктивного аналізу.

В чому полягає формально-об'єктивний аналіз? Якщо якийсь мовне повідомлення відобразити, наприклад, у вигляді графіка (осцилограми) зміни енергії сигналу в часі, то, незалежно від індивідуальних особливостей мови, на такому графіку можна виявити характерні ділянки, що містять ознаки групової фонетичної належності звуків за місцем і способом утворення. Так, можна судити, наприклад, чи є даний звук змичним, вибуховим, сонорним, щільним і т.под. Крім того, досить корисними можуть виявитися такі ознаки, як симетрія/асиметрія ділянок локальних максимумів інтенсивності голосних звуків, ступінь крутості фаз екскурсії

і рекурсії, їх монотонність чи зламаність і деякі інші. Оскільки такі ознаки є елементами глобальної, а не тонкої структури мовного сигналу, то вони досить добре зберігаються й у тих випадках, коли сигнал піддався значним спотворенням у процесі запису.

Звернемося до тексту розшифровки змісту запису, наведеного вище в розшифровці ЦМТ Х. Візьмемо як приклад тільки одну коротку репліку з 1736 (ж): «Нет, я!» Скористаємося методом порівняльних моделей, відомим також у техніці автоматичного розпізнавання мови під назвою «аналіз через синтез». Будемо керуватися тим, що якщо в графіку зміни енергії в часі у вимовленні якоїсь фрази одною людиною можна виявити характерні ознаки звуків за їх груповою фонетичною належністю за місцем і способом утворення тощо, то й у вимовленні такої ж фрази іншою людиною можуть бути виявлені такі ж саме ознаки.

Зазначимо, що ми, експерти ІВПЗ АПрН України, сприйняли цю репліку («Нет, я!») інакше, а саме: 1736 (ж): «Как, так?» або «Як, так?» (що на змістовному рівні те ж саме). На рис. 1 наведено осцилограму (графік) зміни енергії в часі фрагмента сигналу, записаного на фонограмі-оригіналі, що містить цю вірогідну репліку «Как, так?».

На рис. 2 наведено уніполярний графік тієї ж репліки «Как, так?», що була виділена з фонограмі-оригіналу і попередньо оброблена власною програмою ІВПЗ АПрН України. На рис. 3 наведено уніполярний графік зміни енергії репліки «Как, так?», вимовленої для одержання порівняльної моделі одним із наших експертів у тому ж темпі і з тією ж мелодикою, що й у 1736. Наведений графік (тут він дещо укорочений наприкінці: відтята ділянка вже не є інформативною) не містить у собі завад і спотворень — він чистий. Аналізуючи всі три графіки, наведені на рис. 1–3, можна перекоонатися в тому, що ознаки аспірації 2 і 4, показані на порівняльній моделі (рис. 3), із достатнім ступенем точності збігаються з аналогічними ознаками на графіках сигналу-оригіналу (рис. 1, 2) як за місцем положення, так і за відносною інтенсивністю. Більш того, на правому схилі локального максимуму 3 на всіх трьох графіках добре збігаються два «уступи» — ознаки перехідних процесів, викликаних коартикуляцією *а-к*. Примітна також і крутість лівого схилу у верхній частині локального максимуму 3 — екскурсія *а* після *к* (2).

На рис. 4 наведено аналогічний графік репліки «Нет, я!»... (тобто варіант розшифровки ЦМТ Х), вимовленої одним із наших експертів для одержання порівняльної моделі. На нашу думку, зайво коментувати те, що за своєю топологією він не схожий на графіки, наведені

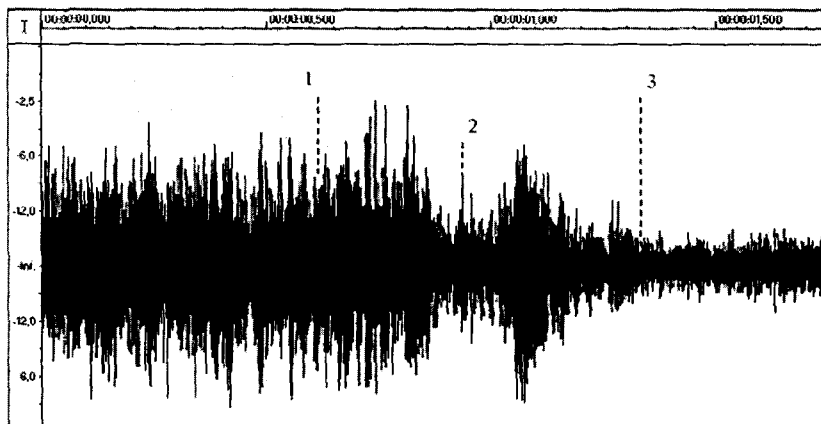


Рис. 1. Осцилограма фрагмента мовного сигналу-оригінала тривалістю 1,65 с, на якому записана репліка, вірогідно «Как так?» (ділянка 1–3). Ділянка сигналу від початку кадру до маркера 1 відповідає початковій паузі. Тут підсилювач записуючого пристрою працює з максимальним коефіцієнтом підсилення; рівень шуму в паузі максимальний. Далі за маркером 1 починається ділянка першого голосного звука *а* (ділянка 0,51–0,53 с за секундоміром). З цього моменту на збільшення енергії сигналу реагує система АРПЗ. Область локального максимуму інтенсивності звука *а* добре видно, але її абсолютний рівень не набагато перевищує рівень шуму початкової паузи. В точці 2 видно область аспірації після прориву змички другого звука *к*. Далі в точці, що відповідає показанню секундоміра 1,1 с, міститься локальний максимум інтенсивності другого звука *а*. Перед маркером 3 добре видно область аспірації третього звука *к*. За нею починається кінцева пауза. З урахуванням того, що постійна часу АРПЗ більше 0,1 с (АРПЗ продовжує утримувати менший коефіцієнт підсилення), рівень шуму в кінцевій паузі значно менший, ніж на початку сигналу.

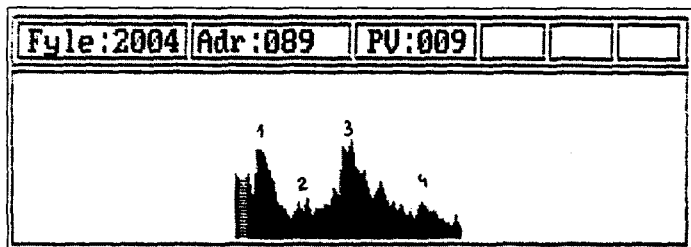


Рис. 2. Уніполярний графік зміни енергії в часі в репліці фрагмента 1736 (ж), вірогідно «Как, так?» (див. рис. 1, ділянка 1–3). Тут 1, 3 – відповідно локальні максимуми інтенсивності голосних звуків *а*; 2, 4 – ділянки аспірації. Графік одержано програмою аналізу власної розробки ІВПЗ АПрН України.

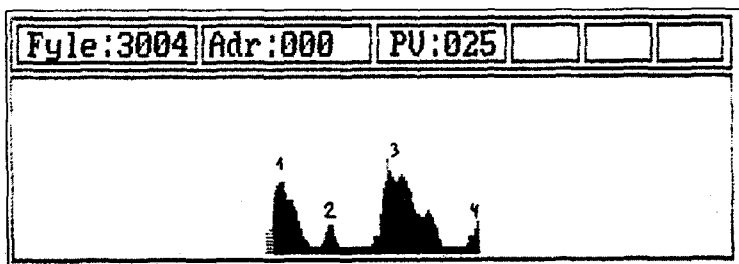


Рис. 3. Уніполярний графік зміни енергії в часі в репліці «Как, так?», промовленої під час дослідження одним з експертів для одержання порівняльної моделі. Тут 1, 3 – відповідно локальні максимуми інтенсивності голосних звуків *a*; 2, 4 – ділянки аспірації (пор. з рис.1, 2). Графік одержано програмою аналізу власної розробки ІВПЗ АПРн України.

на рис. 1–3. Отже, репліка, графік якої наведено на рис. 1, 2, не є реплікою «Нет, я!», а швидше за все є реплікою «Как, так?» Примітна тут і мелодика. Вона дещо незвична за своєю експресією, але однозначно відповідає мелодиці не окличного (як вважають експерти ЦМТ Х), а питального речення в ситуації, коли той, хто запитує, хоче переконатися, чи так він зробив те, про що його просили, наприклад, чи стільки він налив кави в чашку або чи стільки поклав цукру і т. под.

Аналогічним способом формально-об'єктивному аналізу були піддані всі репліки ділянки фонограми, обмеженої показаннями секундоміра 1736–1740. В результаті зміст діалогу, записаного на цій ділянці, нами був розшифрований так, як наведено нижче.

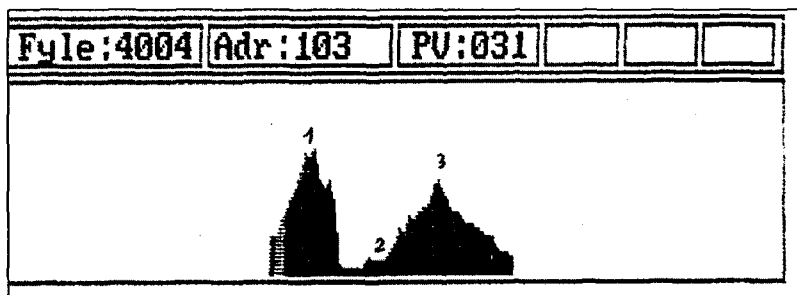


Рис. 4. Уніполярний графік зміни енергії в часі в репліці «Нет, я!», промовленої під час дослідження одним з експертів для одержання порівняльної моделі. Тут 1, 3 – локальні максимуми інтенсивності відповідно голосних звуків *e* і *a* (в *я*); 2 – область слабкої аспірації після розриву змички в *т*. Характерна фаза рекурсії звука *e* (крутий задній фронт), а також монотонний і симетричний характер фаз екскурсії і рекурсії звука *a* (в *я*).

Розшифровка 2 (ІВПЗ АПрН України):

- 1736 (ж): Как, так?...А мне сказал?
 1737 (ч): О, гад...
 1738 (ж): Вин кричав вчера — приходи.
 1740 (ч): И ты вже мала прыйты...

Зміст набрав логіки і рис реальності.

Для того щоб продемонструвати, який може бути взагалі діапазон розходження сприйняття змісту даного фрагмента фонограми при дво-триразовому прослуховуванні (без попередньої обробки), ми запропонували його декільком співробітникам Інституту, що мають різний досвід роботи з фонограмами запису мови. Результати їх прослуховування наведено нижче.

Розшифровка 3:

- (ж): Я с удовольствием.
 (ж): НРБ
 (ч): На мой взгляд...
 (ч): Может.
 (ж): Пятьдесят.
 (ч): Чай/чая.
 (ж): НРБ
 (ч): Клубничное мороженое.

Розшифровка 5:

- (ж): НРБ
 (ж): Объектная картка.
 (ч): Фольксваген.
 (ж): Пятьдесят.
 (ч): Шестьдесят.
 (ж): НРБ
 (ч): Тревожная малая.

Розшифровка 7:

- (ж): Нет, я. А вы (девстве)... раздаш.../
 рассказ...
 (ч): Я б с удовольствием отда(ш) /На-
 та(ш).

Розшифровка 4:

- (ж): ...?
 (ч): ...брать ... часть малые/мало.
 (ж): Пятьдесят.
 ...?

Розшифровка 6:

- (ж): Сектор /секта. Аудиция.
 (ч): НРБ. Оптика вольтра/вольстра.
 (ж): Пятьдесят че(тыре).
 (ч): Научный маметр /мометр.

(ж): (Выключай).

- (ч): Обе(ш)аю.
 (ж): Сейчас (тебе) ... /тихо, непонят-
 но/
 (ч): Ты уж не (м)аленьк(ая).

У розшифровках 3–7 трикрапка означає вірогідне недомовлення; трикрапка з ? — несприйняття змісту аудитором; курсивом у косих рисках даються примітки і коментар аудитора; НРБ — нерозбірливо.

Надійшла до редколегії 25.11.02

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

О. Дашковська, доцент НЮА України

Філософсько-правові аспекти принципу рівності в історії правової думки

Співвідношення понять права і рівності здавна цікавили західноєвропейських та вітчизняних філософів. Поняття рівності має багатоаспектний характер і може виступати у трьох вимірах: як фактична рівність, як правова рівність і як рівність можливостей. Одним із різновидів рівності є гендерна рівність, яка повинна бути побудована з урахуванням усіх цих вимірів, але у правовій сфері вона має виключно формальний характер.

Філософи часто використовували ідеї рівності тільки стосовно чоловічої половини людства. І хоча Дж. Локк доводив, що все «людство» є «рівним і незалежним», проте учасниками суспільного договору визнавав лише чоловіків. Аристотель і Руссо також вважали, що жінки від природи не здатні виконувати обов'язки громадян демократичної держави. Проте Платон увів в обіг ідею гендерної рівності, обстоюючи думку, що чоловіки і жінки однаковою мірою наділені чеснотами, необхідними для управління державою, але для реалізації рівних можливостей вони повинні відмовитися від сім'ї. Згідно з теорією Дж. Мілля гендерна рівність не обмежує свободу громадян створювати сім'ю, і до жінок слід ставитися так само, як і до чоловіків в усіх сферах суспільного життя. І сьогодні більшість держав, не втручаючись у сферу сімейних відносин, несе відповідальність за забезпечення рівних можливостей особам, що виконують сімейні обов'язки.

Рівність здавна сприймалася філософами як характерна ознака справедливості. Піфагорійці, трактуючи рівність як належну міру у вигляді пропорції, виражали справедливість числом чотири, обґрунтовуючи це тим, що чотири — перше число, отримане від множення [числа два] самого на себе, а сутність справедливості полягає у

відплаті рівним за рівне¹. З цього приводу Аристотель пізніше писав, що Піфагор, зводячи чесноти до чисел, робив помилкові висновки, адже справедливість не є числом, помноженим на себе².

На думку Аристотеля, рівність може бути двоякого роду — числова і пропорційна (одна керується принципами арифметичної, а друга — геометричної пропорції), тому і справедливість поділяється на два види: зрівняльну і розподільну. Числова справедливість застосовується у правовідносинах, коли відплачується рівним за рівне (наприклад, зобов'язальні відносини або вчинення правопорушення), а розподільна справедливість регулює поділ суспільних благ згідно із заслугами або достоїнством кожного члена суспільства³.

Застосування справедливості, як вважав Аристотель, потребує наявності чотирьох елементів: двох осіб і двох предметів, причому рівність предметів повинна відповідати рівності осіб, оскільки рівність предметів тільки тоді є справедливою, коли стосується рівних осіб. Присвоєння рівних предметів нерівними особами є несправедливістю. Отже, і нерівне може бути справедливим, коли воно відповідає нерівним особам.

У вченні Аристотеля ясно, вірно і глибокодумно розглядаються основні поняття рівності і справедливості. Принцип рівності має різне значення залежно від того, в якій сфері він реалізується. У цивільних правовідносинах панує рівність числова, тут люди розглядаються як вільні і рівні перед законом особи. В політичних відносинах, навпаки, принцип рівності повинен бути пропорційним, блага розподіляються відповідно до заслуг громадян.

Зміст і значення принципу рівності яскраво продемонстровано в законодавчих пам'ятках Французької буржуазної революції. Декларація прав людини і громадянина проголошує, що всі люди народжуються і залишаються вільними і рівними в своїх правах, будь-які суспільні відмінності можуть бути засновані тільки на загальній користі; закон є вираженням загальної волі, усі громадяни мають право особисто або через представників брати участь у його складанні; закон повинен бути один для всіх, і тоді, коли він охороняє, і тоді, коли він карає; усі громадяни мають однаковий доступ до всіх громадських посад згідно з їх обдарованістю і без будь-якої іншої різниці, крім їх чеснот і талантів⁴.

¹ Див.: *Маковельский А.* Досократики. — Казань, 1919. — Ч. 3. — С. 16.

² Див.: Там само. — С. 69.

³ Див.: *Аристотель.* Політика. — М., 1911. — С. 154.

⁴ Див.: Декларація прав человека и гражданина // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. — Т. 3. Европа. Америка. VII—XIX вв. — М., 1999. — С. 246.

Проте ці принципи було піддано критиці з боку І. Бентама, який, аналізуючи положення Декларації прав людини і громадянина, говорив, що безумовної рівності, яка тут проголошується, бути не може. Люди мають різні властивості, що виходять із свободи і видозмінюють рівність прав, і це повинно враховуватися законодавцем¹.

Щоб оцінити принципи, проголошені Французькою буржуазною революцією, потрібно відрізнити числову рівність від пропорційної. Коли в Декларації прав людини і громадянина проголошується, що суспільні відмінності можуть бути засновані тільки на загальній користі, тим самим визнається, що рівність у політичній сфері є відносною (пропорційною). Хоча всі громадяни і мають рівний доступ до громадських посад, однак посади обіймаються відповідно до чеснот і здібностей кандидатів. У цивільних правовідносинах чесноти і здібності суб'єктів не враховуються, усі громадяни розглядаються як рівноправні суб'єкти.

Рівноправність становить необхідний принцип суспільних відносин, проте кожна особа має різну правосуб'єктність і тому не може в однаковій мірі реалізувати всі свої суб'єктивні права. Неповнолітній і божевільний не можуть користуватися своїми правами нарівні з іншими особами. Важливим принципом правопорядку є рівність усіх перед законом. Тому здобутки Французької буржуазної революції стали величезним кроком уперед у розвитку демократичних принципів громадянського суспільства.

Інакше розглядав принцип рівності Ж.-Ж. Руссо, який у своїх «Роздумах про походження і причини нерівності людей» зазначав, що в додержавному стані панували абсолютна свобода і досконала рівність, оскільки потреб у людей майже не було². Фізичні сили людей при однаковому способі життя мали однаковий розвиток, а розумові здібності, що є джерелом усіх людських бід, були ще зовсім не розвинені. Цей період Руссо називав добою цілковитого блаженства людського роду. Перехід до землеробства спричинив появу приватної власності, яка призвела до розбіжностей між багатими і бідними, які Руссо вважав першим джерелом нерівності серед людей. Звідси виникли розбрати, які привели до нової нерівності. Для забезпечення правопорядку і охорони власності були встановлені уряди, а разом з ними з'явилися розбіжності між правителями і підданими. Але і ця нова нерівність, замість того щоб усталити

¹ Див.: Бентам І. Архаические софизмы // Избранные произведения. — СПб., — 1867. — С. 347.

² Див.: Руссо Ж.-Ж. Размышления о происхождении и причинах неравенства людей // Сочинения: В 2 т. — М., 1991. — С. 219.

спокій, стала джерелом нових заколотів. Внаслідок чого замість первісного народного правління виник деспотизм, а разом з ним з'явилася і третя розбіжність між людьми — розбіжність хазяїв і слуг. Невтримним перебігом подій природна сутність людини поступово спотворювалася. Встановлений природою порядок замінився об'єднаннями людей зі штучними нахилами, пристрастями і відносинами¹.

Руссо вважав неможливим повернення до первісного стану. У своєму суспільному договорі він прямо визнавав, що рівність, яка є метою законодавця, не означає однакової міри влади і багатства. Потрібно, щоб влада ніколи не вдавалася до насильства, а міра багатства була такою, щоб ніхто не міг підкупити іншого і нікому не було потреби продавати себе. Руссо прагнув замінити особисту свободу свободою політичною, а тому і рівність для нього мала передусім політичне значення.

Аналізуючи співвідношення свободи і рівності, Г. Маблі визнавав рівність неодмінною властивістю людини, а у свободі вбачав засіб для її охорони. На думку філософа, вступаючи в суспільство, люди пожертвували своєю свободою, тоді як рівність залишилася незмінною, і тільки в рівності людина може знайти внутрішнє і зовнішнє порозуміння і щастя, в той час як нерівність породжує шкідливі людські потреби і пороки. Нерівність, вважав філософ, криється у самій природі людини, бо всі народжуються з різними уподобаннями, силами і здібностями. Встановлення урядів, що засновані на виборних засадах, не може закріпити постійної нерівності між людьми, тому що кожен громадянин має однакові права з іншими, однаково бере участь у верховній владі і може обіймати будь-які громадські посади. Одна тільки приватна власність неминуче веде до нерівності, але її встановлення не є обов'язковим для суспільства².

Г. Бабоф, вважаючи рівність станів ідеалом суспільного життя, запропонував встановити її штучним шляхом. Для того щоб рівність не залишилася порожнім словом, недостатньо однієї рівноправності. Потрібно знищити будь-які переваги однієї людини над іншими. Тому не тільки матеріальні засоби повинні бути в усіх рівними, що досягається зрівнянням станів, а й розумовий

¹ Див.: Руссо Ж.-Ж. Вказ. праця. — С. 234.

² Див.: Маблі Г. О правах и обязанностях граждан // Избранные произведения. — М.; Л., — 1950.

рівень повинен бути однаковий в усіх. З цією метою всі повинні одержати однакове виховання, що обмежується найнеобхіднішим: вмінням читати, писати і рахувати, знати основні події історії та закони батьківщини, — ось усе, що потрібно громадянинові. Все інше — розкіш, що призводить до розвитку штучних потреб і перекручення природних властивостей людини. Свобода думки, зрозуміло, не допускається, людські потреби зводяться до мінімуму. Промисловість обмежується землеробством і деякими ремеслами, праця стає обов'язковою. Одним словом, встановлюється загальна, примусова мірка, пристосована до невігадливих потреб маси, і усе, що піднімається над цим рівнем, відтинається як зло¹.

Більш послідовного проведення принципу рівності неможливо уявити. Але в результаті виявляється, що для цього необхідно придушити свободу. Якщо формальна рівність, або рівність перед законом, становить логічний наслідок однакової для всіх свободи, то рівність матеріальна є прямим запереченням свободи. Оскільки сили і здібності людей нерівні, то і плоди людської діяльності будуть різними. Сильний здобуває більше, ніж слабкий, розумний більше, ніж глупуватий, працьовитий більше, ніж ледачий.

Г. Маблі і Г. Бабёф вважали, що матеріальна рівність неможлива, якщо надати людині свободу; щоб забезпечити матеріальну рівність, потрібно не тільки зрівняти майно, обмеживши право людини розпоряджатися придбаним, віднявши в неї усяку власність і перетворивши її роботу в обов'язок, але й придушити в людині все, що піднімається над загальним рівнем потреб і прагнень.

Г. Маблі запевняв, що не свобода, а рівність становить природний закон для людини, свобода є тільки засобом для охорони рівності. Але з таким твердженням важко погодитись, оскільки всі конкретні властивості людей надто різноманітні, люди рівні між собою тільки як абстрактно взяті суб'єкти суспільних відносин. Отже, саме свобода є умовою рівності, а не навпаки. Рівність впливає з свободи, яка полягає в тому, що кожний діє на власний розсуд, а не за чужою вказівкою. Людині належить не право на користування життєвими благами, а право на вільну діяльність для придбання цих благ. Людині притаманна рівність формальна, а не матеріальна.

Соціалізм XIX ст. переніс питання про розподіл життєвих благ з ґрунту приватного на ґрунт суспільний. Він шукав мірила, на

¹ Див.: *Бабёф Г.* Общая защитительная речь Г. Бабёфа перед Верховным судом в Вандоме // Сочинения: В 4 т. — М., 1982. — С. 175.

підставі яких суспільство повинно здійснювати цей розподіл між своїми членами. Сен-сімоністи в основу свого суспільного устрою покладали не числову, а пропорційну рівність згідно з формулою: «кожному за здібностями»¹. Цей принцип більш застосовний для промислової діяльності і веде до знищення свободи, оскільки визначення здібностей надається суспільній владі, яка користується необмеженим правом розподіляти життєві блага на власний розсуд. Ще більше віддалявся від числової рівності Ш. Фур'є, який замінив формулу Сен-сімоністів на іншу: «кожному за його працею, капіталом і талантом»². Комунізм звів рівність до абсолютного догмату, виводячи її із загального братерства людей, що нагадує ідеї християнства, яке визнає усіх синами Божими і братами між собою. Але комуністи відкидали релігійні засади цього вчення і використовували тільки висновок, що перекручує справжній зміст. Християнство проголошує загальне братерство людей як морально-релігійний принцип, обов'язковий для совісті, але аж ніяк не примусовий. Жодна християнська держава ніколи не намагалася перетворити любов на право і зробити її вимогою громадського порядку.

На думку П. Прудона, неминучим наслідком такого порядку є повне придушення свободи, скасування будь-якої приватної власності. Члени суспільства повинні бути рівними не тільки в правах і обов'язках, а й у праці та втіхах. Суспільство більшістю голосів вирішує всі питання стосовно їжі, одягу, житла, шлюбів, сім'ї, виховання дітей, праці тощо. При цьому приймається як догмат, що ніхто не відчуває жодної неприємності, підкоряючись закону, виданому в інтересах більшості. Вважається також, що в суспільстві не буде ні п'яниць, ні злодіїв, ні ледарів, хоча не зрозуміло, чого б їм не бути, якщо у такому суспільстві вони безперешкодно могли б користуватися плодами чужої праці. Прудон справедливо зауважував, що під ім'ям рівності комунізм встановлює найбільшу нерівність: він узаконює експлуатацію сильного слабим³.

Прудон намагався поєднати принцип свободи і рівності в комуністичному суспільстві настільки ж невдало, як і його попередники. На противагу комуністам він відкидав рівність у користуванні життєвими благами, що залежить від свободи особистості і визнавав рівність у розподілі засобів виробництва. Цю рівність він

¹ Див.: Сен-Симон К. Избранные сочинения: В 2 т. — М.; Л, 1948.

² Див.: Фурье Ш. Избранные сочинения: В 2 т. — М.; Л., 1951.

³ Див.: Прудон П. Что такое собственность? Исследование принципа права и власти. — СПб., 1907. — С. 205.

виводив із самої сутності громади. Всі люди, на його думку, є товаришами, тому що їх зв'язують загальні потреби, закони виробництва, математичне начало міни. Суть правди, вважає Прудон, є визнанням у кожному рівної особистості. Праве, за давнім висловом, є рівним, а неправе — нерівним. Отже, діяти справедливо — значить, дати кожному рівну частку благ за умов рівної праці¹.

Визнання в кожному рівної особистості настільки ж мало доводить застосування принципу рівності щодо предметів власності, як і рівність статі, віку, фізичної сили, зросту, краси, розумових здібностей тощо. Рівність може бути числовою і пропорційною, і відплата рівним за нерівне зовсім не є вимогою правди, а навпаки. Це визнавав і Прудон, коли говорив, що несправедливо давати однакову плату працювотому і ледачому. Тому неможливо посилатися на давній вислів, не розібравшись у поняттях².

Рівноправність означає встановлення для всіх рівних прав, тобто підпорядкування всіх єдиному закону, а не дарування всім однакових матеріальних засобів, однакових розумових здібностей, освіти, тощо.

Формальна рівність, або рівність перед законом, становить вигоду свободи, а матеріальна рівність суперечить свободі. Будь-яка людина як вільна особа діє незалежно від інших, оскільки матеріальні та розумові здатності людей, умови і обставини, серед яких вона розвивається, є нерівними, тому і результати її діяльності не можуть бути однаковими. Свобода неминуче веде до нерівності. Звідси зрозуміло, що знищити нерівність можна тільки придушивши свободу, з якої вона виходить. Викорінивши в людині власний (індивідуальний) центр життєдіяльності і перетворивши її на знаряддя суспільної влади, можна встановити тотальну рівність, але рівність не свободи, а рабства.

Природа всюди встановила нерівність сил, властивостей і можливостей, бо тільки так виявляється вся нескінченна багатоманітність життя. Протягом всієї історії нерівність та відмінності людей становили основний закон людського життя.

Історична еволюція змісту, обсягу і сфери дії принципу формальної рівності підтверджує значення даного принципу як відмінної особливості права, яке можна вважати нормативною фор-

¹ Див.: Прудон П. Вказ. праця. — С. 279.

² Див.: Там само. — С. 280.

мою вираження свободи людей у суспільних відносинах за допомогою принципу формальної рівності¹.

Завдяки праву хаос нерівностей перетворився на правовий порядок рівностей і нерівностей, погоджених єдиним принципом і загальною нормою. Визнання різних індивідів формально рівними — це визнання їх рівної можливості набувати ті чи інші права на відповідні блага. Але це не означає рівності вже набутих конкретних прав на індивідуально-визначені блага. Формальне право — це абстрактна можливість набути індивідуально-визначене право на певний об'єкт відповідно до загального масштабу правового регулювання. При формальній рівності та рівній правоздатності різних людей їх реально набуті права неминуче будуть нерівними. Розходження в набутих правах у різних осіб є необхідним результатом саме додержання принципу формальної рівності цих осіб, їх рівної правоздатності.

Скрізь, де діє принцип формальної рівності, там панує правовий спосіб регулювання суспільних відносин. Формальна рівність вільних індивідів є найбільш абстрактним визначенням права, загальним для будь-якого суб'єктивного права і специфічним для права взагалі. Саме на загальнолюдських принципах рівності, свободи і справедливості ґрунтується будь-яка розумна спільнота і будь-яка освічена громада.

Надійшла до редколегії 20.10.03

М. Погорецький, доцент НЮА України

Розшук за Статутом кримінального судочинства 1864 року

Для з'ясування сутності оперативно-розшукової діяльності (далі — ОРД) при вирішенні проблеми використання її матеріалів у кримінальному процесі важливе значення має історично-правовий аналіз еволюції як самого розшуку, так і його місця в кримінальному судочинстві на різних етапах історичного розвитку, в тому числі й напередодні прийняття Статуту кримінального судочинства 1864 р. (далі — СКС)² й опісля, оскільки саме правові акти цього

¹ Див.: *Нерсесянц В. С.* Філософія права. — М., 1997. — С. 20.

² Див.: Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны, изданные государственной канцелярией. — Ч. 2. Устав уголовного судопроизводства. — Изд. 2-е. — СПб., 1867.

часу, в тому числі й СКС, відіграли важливу роль у розвитку розшуку та визначенні його місця в кримінальному процесі.

Проблемам історії становлення і розвитку розшуку в зазначений період та використання його результатів у кримінальному судочинстві присвячено праці дореволюційних вчених у галузі кримінального процесу, криміналістики, поліцейського (адміністративного) права, таких, як: І. Андрієвський, С. Вікторський, В. Даневський, М. Духовської, О. Квачевський, А. Коні, П. Люблінський, С. Познишев, М. Полянський, М. Розін, В. Случевський, М. Снігирьов, І. Тарасов, І. Фойницький, В. Фукс та ін.¹; а також наших сучасників, серед яких: А. Бастрикін, В. Вапнярчук, В. Єлінський, І. Крилов, З. Перегудова, Є. Самойленко, А. Скрипільов, С. Федоров, О. Ярмиш та ін.² Проте, незважаючи на значну кількість наукових праць на цю тему, в них висвітлено лише окремі аспекти розшуку. Сучасні дослідники, звертаючись до цього періоду, нерідко вживають терміни «роз-

¹ Див.: *Андрієвський І. Е.* Полицейское право: В 2 т. — Т. 1. Введение и часть I: Полиция безопасности. — СПб., 1871; *Викторский С. И.* Русский уголовный процесс. — Новое изд. перепеч. с изд. 1912 г. — М., 1997; *Даневский В.* Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. — М., 1895; *Духовской М. В.* Русский уголовный процесс. — М., 1905; *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1964 года. — Ч. II. О дознании и розыске. — СПб, 1867; *Коні А. Ф.* История развития уголовно-процессуального законодательства в России // *Собрание сочинений.* — М., 1967 — Т. 4.; *Люблінський П. И.* Следователь, как судебный орган // *Судебное обозрение.* — 1905. — № 50. — С. 1341–1342; *Познишев С. В.* Уголовный процесс. — М., 1913; *Полянський Н. Н.* Уголовный процесс. Лекции. — М., 1911; *Розин Н. Н.* Уголовное судопроизводство. Пособие к лекциям. — 3-е пересмотр. издание. — Пг., 1916; *Случевский В. К.* Учебник русского уголовного процесса. Судоустройство-судопроизводство. — Изд. 4-е, доп. и испр. — СПб, 1913; *Снигирев Н. М.* О сыске. — Касимов, 1908; *Тарасов И. Т.* Учебник полицейского права. Вып. 1. — М., 1891; *Фойницький И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2-х т. — Печат. по 3-му изд. — СПб., 1910. — СПб., 1996; *Фукс В.* Суд и полиция: В 2 ч. — М., 1889.

² Див.: *Вапнярчук В. В.* Особливості процесуального становища особи, яка провадить дізнання. — Х., 2001; *Єлінський В. И.* Становление и развитие уголовного сыска в России (X — нач. XX вв.) — М., 1997; *Крылов И. Ф., Бастрин А. И.* Розыск, дознание, следствие. — Л., 1984; *Перегудова З. И.* Политический сыск России (1880 — 1917 гг.) — М., 2000; *Самойленко Е. А.* Киевская розыскная полиция в XIX — начале XX вв. — К., 2000; *Скрипильев А. Е.* История полиции России (1718-1917гг.). Вып. 2. — М., 1992; *Федоров С. Е.* Политический розыск в царской России в начале XX века: средства и методы: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 1992; *Ярмиш А. Н.* Карательный аппарат самодержавия на Украине (1895 — 1917 гг.): Дис. ... д-ра. юрид. наук. — Х., 1991.

шук» і «оперативно-розшукова діяльність» для позначення категорій, які не повністю відповідають їх змісту. З огляду на це, в статті, враховуючи її обсяг, ставиться за мету з'ясувати сутність та місце розшуку в кримінальному процесі для використання історичного досвіду в сучасних теорії, законодавстві та практиці.

Слід зазначити, що напередодні прийняття СКС дореформене законодавство, теорія і практика не знали розшуку як визначеного поняття. В цей період розшук був злитий з дізнанням і слідством воедино. Попереднє провадження (слідство) здійснювалося, як правило, міською чи земською поліцією, а в деяких випадках — спеціально уповноваженими особами¹.

Слідство поділялося на попереднє і формальне. Завданням попереднього слідства було встановлення події злочину, а також особи, що до нього причетна. Формальне ж слідство являло собою сукупність усіх слідчих дій, що спрямовувалися проти встановленої особи, поставленої в стан обвинуваченого, для остаточного вирішення, чи дійсно та як саме ця особа вчинила злочин, чи є підстави для її покарання². Вади поліцейського слідства на той час були настільки очевидними³, що змусили уряд приступити до його реорганізації задовго до видання СКС. Так, Указом Імператора Олександра II від 8 червня 1860 р. було затверджено «Наказ поліції про провадження дізнання у подіях, що можуть містити в собі злочин чи проступок»⁴, яким слідча частина відокремлювалася від поліції. Це визначило нові засади співвідношення між поліцією і юстицією⁵. Вказаним нормативним актом за поліцією зберігалось попереднє слідство, а формальне, якому надавалося значення судового, передавалося новому органу, створеному в складі судового відомства, — судовим слідчим⁶. Імператорським Указом від 25 грудня 1862 р. було затверджено «Тимчасові правила про устрій поліції в містах і повітах губерній»⁷, які всі види місцевої поліції об'єднали в один, залишивши тільки в деяких містах особливу міську полі-

¹ Див.: *Квачевский А.* Вказ. праця. — С. 100–107.

² Докладніше про це див.: *Фукс В.* Вказ. праця. — Ч. 1. — С. 238–256.

³ Докладніше про це див.: *Кони А. Ф.* Вказ. праця. — С. 320.

⁴ Див.: Полное собрание законов Российской империи. Собрание 2-е. — Т. XXXV. — Отд. 1-е 1860. — СПб., 1862. — С. 725–727. — № 35892.

⁵ Докладніше про це див.: *Тарасов И. Т.* Вказ. праця. — С. 29;

⁶ Див.: *Фойницкий И. Я.* Вказ. праця. — Т.1. — С. 443–444.

⁷ Див.: Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. — Т. XXXVII. — Отд. 2-е. Сентябрь-декабрь 1862. — СПб., 1865. — С. 745. — № 39087.

цію. Реорганізація поліцейських органів зберегла змішання зовнішньої і розшукової поліції¹.

Із затвердженням 20 листопада 1864 р. СКС формальне слідство стало іменуватися попереднім слідством, а те, що іменувалося раніше попереднім, — дізнанням. Отже, дослідження обставин вчиненого злочину поділялося на три частини: дізнання, попереднє слідство і слідство остаточне (судове). СКС установлював, що дізнання здійснюється під керівництвом прокурора загальною поліцією, корпусом жандармів, а також посадовими особами деяких адміністративних установ, які виконують поліцейські функції в окремих галузях державного управління (ст. 261), і передбачав два його види:

а) негласне поліцейське розвідування (розшук), під час якого з метою встановлення ознак злочину збиралися відомості шляхом використання опитувань та негласних спостережень (ст.ст. 254, 312);

б) проведення невідкладних слідчих дій (оглядів, освідкувань, обшуків, виїмок) чинами поліції замість тимчасово відсутнього судового слідчого, якщо до його прибуття на місце події могли бути втрачені сліди злочину (ст. 258 СКС).

Термін «розшук» вжито в СКС лише один раз у ст. 254, і причому в множині — «розшуки». В інших статтях те саме поняття закон позначав різними термінами, наприклад, у ст. 312 він називає його «негласним поліцейським розвідуванням». Зі ст.ст. 254, 312 випливає, що розшук не протиставлявся дізнанню і не був його підготовчою стадією, а входив до самого поняття дізнання.

Слід зазначити, що хоча СКС і не здійснив спробу визначити поняття розшуку, та за багатьма міркуваннями його укладачів, розшук, як зазначав відомий юрист того часу А. Соколов, продовжував розумітися як «діяльність, спрямована на виявлення і викриття злочинця і на відшукання та збирання доказів його винності в учиненні злочинного діяння, наявність якого посвідчувалася дізнанням. Це ясно видно зі ст. 208 і 448 СКС, в яких йдеться про місцевий розшук, що збирає докази винності чи невинуватості підсудного, статей 510–542 СКС, які вказують на суто розшукову діяльність слідчого по збиранню доказів, що можуть слугувати викриттю підозрюваного при провадженні слідства у справі, а також із змісту статей 482 і 545 СКС»².

¹ Докладніше про це див.: *Тарасов И. Т.* Вказ. праця. — С. 27; *Фойницький И. Я.* Вказ. праця. — Т.1. — С. 447 — 448; *Фукс В.* Вказ. праця. — Ч. 2. — С.212.

² *Соколов А.* О дознании и розыске // Журнал гражданского и уголовного права. — СПб., 1890. — Кн. 9. — С. 9–10.

З огляду на відсутність законодавчого закріплення поняття розшуку в юридичній науці того часу існували істотні розбіжності щодо його визначення, а також щодо співвідношення розшуку, дізнання і попереднього слідства.

З цього приводу О. Квачевський писав, що дізнання іноді називають розшуком. Проте, зазначав автор, розшук є лише складовою дізнання. В широкому розумінні дізнання — це все первинне провадження, включаючи розшук, у вузькому — збирання ознак лише злочину без вказівки на злочинця¹. Цю думку поділяли й інші науковці та практики. Так, судовий слідчий П. Макалінський писав: «Дізнання і розшук вживаються часто в одному значенні, але поняття «дізнання» ширше за поняття «розшук»; останній являє собою ніби частину першого, спрямовану на виявлення чого-небудь прихованого, не легко доступного; він передбачає швидкість дій і тому згадується тоді, коли говориться про справи або обставини загадкові чи важливі, такі, що потребують особливої діяльності з боку поліції»². М. Розін, характеризуючи дізнання, яке, на його думку, включало в себе і розшук, зазначав, що процесуальні дії по розслідуванню події, яка містить ознаки злочину, охоплюються за СКС загальною назвою дізнання. Під дізнанням, як зауважував він, розуміють заходи, які виконують зазначені в законі органи для встановлення «по гарячих слідах» події злочину, його юридичних ознак і передбачуваного винуватця. Заходи ці повинні зібрати той матеріал, на який може спертися виникаюче обвинувачення. Від наступної стадії — попереднього провадження — дізнання відрізняється за його юридичним характером, якістю, глибиною і докладністю даних, що збираються, за органами його провадження, за приводами, порядком і обсягом заходів, наданих органам дізнання. За загальним правилом дізнання передує переслідуванню; слідує за ним чи супроводжує його лише в окремих вказаних законом випадках (ст.ст. 47, 52, 271, 1035²⁹ СКС). Скрізь воно має значення інформаційне, за винятком дізнання у державних злочинах, юридичне значення якого майже зрівняне законом із попереднім слідством. У зв'язку з цим, підкреслював автор, є деяка поверховість даних, зібраних дізнанням, чим пояснюється обережне ставлення до них суду (ст. 269 СКС) і навіть недопущення читання актів дізнання в суді, за винятком тих, які складені у

¹ Див.: Квачевский А. А. Вказ. праця. — С. 5–7.

² Макалинский П. В. Практическое руководство для судебных следователей. — Изд. 6-е. — СПб., 1907. — С. 30.

порядку ст.ст. 258 і 259 СКС, тобто з дотриманням правил провадження, встановлених для попереднього слідства¹. Вважаючи розшук складовою дізнання, І. Фойницький зазначав, що «перебуваючи на початковій стадії кримінального процесу, дізнання виробляє матеріал, з якого розвиваються інші частини провадження; від більшої чи меншої удачі його, як від усякого почину, нерідко залежить доля всієї справи. Дізнання пов'язане з кримінальним переслідуванням, добуваючи йому докази, необхідні для правильного і успішного пред'явлення обвинувачення перед судом. Воно знаходиться в тісному зв'язку з попереднім слідством, тому що засвідчує дійсність розслідуваного злочину, дає матеріал до початку слідства, встановлює погляд слідчого на способи подальшого розкриття істини, на спосіб його дій щодо обставин справи і до осіб, які беруть у ній участь. Але за завданнями і за обсягом засобів, що знаходяться в його розпорядженні, і за його органами воно істотно відрізняється від попереднього слідства. Дізнання виробляє тільки відомості і вказівки, що не мають судового характеру; вся роль його обмежується відшукуванням даних для діяльності слідчого, сприянням їй, полегшенням її; воно не має справи із судовими формами і обрядами, не оцінює фактів, не постановляє ніяких ухвал про них, не робить з них ніяких рішучих висновків і тому є діяльністю несудовою»². С. Вікторський вказував, що дізнання «не обставлено ніякими формальностями, не має судового характеру і завжди повинне бути провадженням таємним»³. На думку А. Вульфферта, «дізнання спрямоване на дослідження винуватця та його вини»⁴. М. Полянський зазначав, що в ході провадження дізнання поліція може «для отримання потрібних їй відомостей вживати всіх заходів розшуку, які не завдають клопоту громадянам і не обмежують їх свобод»⁵. С. Познишев вважав, що дізнання необхідне для того, щоб щадити сили і час органів судової влади, тому закон покладає на поліцію попереднє з'ясування підстав для початку судового провадження⁶. В. Случевський зазначав, що метою дізнання є тільки виявлення злочинного характеру події, а «подальші дії з розшукування і викриття злочинця» повинні належати слідчому⁷.

¹ Див.: Розин Н. Н. Вказ. праця. — С. 461—462.

² Фойницький И. Я. Вказ. праця. — Т.2. — С. 374.

³ Викторский С. И. Вказ. праця — С. 346.

⁴ Вульфферт А. К. Реформа предварительного следствия. — М., 1881. — С. 29.

⁵ Полянский Н. Н. Вказ. праця. — С.133 — 135.

⁶ Див.: Познышев С. В. Вказ. праця. — С. 96.

⁷ Див.: Случевский В. Вказ. праця. — С. 516.

Останню думку розділили й укладачі СКС, вважаючи, що коли ознаки злочину чи вини сумнівні або коли про подію, що містить ознаки злочину, поліція сповіститься по слуху (народній поголосії) чи взагалі з джерела не цілком достовірного, то у всякому разі раніше повідомлення про те за належністю вона повинна упевнитися через дізнання: чи дійсно подія та має місце і чи є в ній ознаки злочину або вини (ст. 253 СКС). П. Люблінський не вбачав істотних процедурних відмінностей між діяльністю поліцейських чинів та судових слідчих по розслідуванню злочинів, яка в усіх випадках відбувалася під керівництвом прокурора, та пропонував злити дізнання з попереднім слідством в одну форму попереднього провадження, у так зване «прокурорське дізнання»¹.

Розшукова діяльність поліції, крім СКС, регламентувалася й іншими законодавчими і підзаконними актами, серед яких слід назвати «Правила про порядок дії чинів корпусу жандармів по дослідженню злочинів» від 19 травня 1871 р.², що були внесені до СКС (ст. 58¹, 261¹⁻¹², 488¹⁻⁵ і 1035¹⁻¹¹) і залучали жандармерію до числа учасників кримінального процесу, надавши їй право проведення дізнань у державних і загальнокримінальних злочинах, перетворивши тим самим корпус жандармів на «орган судового дослідження протиправних діянь». Правила отримали неоднозначну оцінку сучасників. Окремі з них вважали цей акт відступом від засад розмежування поліцейських і судових функцій, закладених Указом від 8 червня 1960 р. і Судовими статутами 1864 р.³ Деякі вчені радянської доби називали його «судовою контрреформою»⁴. Статут «Про попередження і припинення злочинів», затверджений у 1890 р.⁵, передба-

¹ Див.: *Люблінський П. И.* Вказ. праця. — С. 1341–1342.

² Див.: Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. — Т. XLVI. — Отд. 1-е 1871. — СПб., 1874. — С. 591–594. — № 49615.

³ Див.: *Кизеветтер А. А.* История России в XIX в. — М., 1916. — Ч. II. — С. 123; *Тарасов И. Т.* Учебник полицейского права. — Вып. 1. — М., 1891. — С. 29; *його ж.* Реформа русской полиции // *Юридический вестник*, 1885. — № 9. — С. 26; *його ж.* Личное задержание как полицейская мера безопасности. — Ярославль, 1886. — Ч. II. — С. 222.

⁴ Див.: *Виленский Б. В.* Судебная реформа и контрреформа в России. — Саратов, 1969; *Зайончковский П. А.* Российское самодержавие в конце XIX столетия. — М., 1970. — С. 246, 256, 257; *Кузнецова Е. И.* Контрреформы 80–90-х годов XIX в. в России (Государственно-правовая характеристика) / Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1977. С. 13.; *Скрипилев А. С.* Вказ. праця. — С. 119–123.

⁵ Див.: Свод законов Российской империи: В 16 т. — Т. XIII–XVI. — Т. XIV. — М., 1910. — С. 95–150.

чав «розшук злодіїв, розбійників і ними створюваних зграй; заходи по припиненню пустощів і марнотиняння; переслідування і впіймання бурлаків і втікачів; припинення і попередження всякого роду недозволених і звабних збіговиськ і протизаконних співтовариств; попередження і припинення злочинів проти безпеки осіб і майна; спостереження за особами, відданими під нагляд поліції; здійснення дізнання у всяких подіях і надання про них відомостей губернатору».

Закон Російської імперії від 6 липня 1908 р. «Про організацію розшукової частини»¹ розглядав розшукову роботу як допоміжні заходи у виконанні завдань кримінального судочинства. На виконання зазначеного Закону було затверджено низку інструкцій та циркулярів Департаменту поліції щодо організації розшуку, переважно із застосуванням негласних заходів, які не передбачалися в СКС, або хоча й передбачалися, але детально не регламентувалися. Ще до прийняття цього Закону в § 89 Інструкції чинам Київської розшукової поліції від 3 січня 1905 р.² вказувалось на необхідність «пропускати через фільтр дізнання будь-які одержувані у справі агентурні відомості, якими б вони дивними не здавалися, і ті з них, що виявляться достовірними, класти в основу дізнання»³. В «Інструкції чинам розшукових відділень» від 9 серпня 1910 р., вказувалося, що розшукові відділення мають за мету своєї діяльності негласне розслідування і провадження дізнання у вигляді попередження, усунення і розслідування злочинних діянь загальнокримінального характеру. Для виконання цих завдань через своїх чинів вони здійснювали систематичний нагляд за злочинними і порочними елементами шляхом залучення негласної агентури і зовнішнього спостереження (§§ 1, 2, 7, 9)⁴. Циркуляром від 18 листопада 1911 р. чинам розшукових відділень було приписано займатись «тільки кримінальним розшуком», але їх робота часто перекрещувалась і з політичним розшуком⁵.

¹ Див.: Собрание узаконений и распоряжений правительства, издаваемое при правительствующем сенате. 1908. Отдел 1-й. 2-е полугодие. — СПб., 1908. — С. 1580–1584. — № 730.

² Див.: *Самойленко Є. А.* Вказ. праця. — С. 125–166.

³ Там само. — С. 145.

⁴ Див.: *Елинский В. И.* Вказ. праця. — С. 62–64.

⁵ Докладніше про це див.: *Ярмыш А. Н.* Вказ. праця. — С. 98; Наказ по Корпусу жандармів про роботу щодо революційного руху від 3 серпня 1910 року // *Ченцов В.* Свідчать документи. Політичний розшук у царській Росії. Жандармерія і охрнка // 3 архівів ВУЧК–ГПУ–НКВД–КГБ. — 2001. — № 2. — С. 76–77.

Заходи розшуку залежали від його суб'єктів та їх правового статусу. Основними заходами політичного розшуку в пореформені часи були внутрішнє і зовнішнє спостереження, перлюстрація кореспонденції, а основними методами — агентурне проникнення та провокація¹. Серед заходів кримінального розшуку вказувалися: огляди особи і речей, публікації в газетах, обходи нічліжних притулків; переслідування злочинця «по гарячих слідах» і використання даних криміналістичних обліків, словесні розпити (опитування) та негласне спостереження².

Перлюстрація кореспонденції передбачалась Законом від 30 жовтня 1878 р. «Про огляд і виїмку кореспонденції осіб, проти яких порушено кримінальне переслідування»³ за рішенням окружних судів, слідчих, міністра внутрішніх справ і юстиції при провадженні дізнання чинами Окремого корпусу жандармів у державних злочинах щодо осіб, проти яких порушено кримінальне переслідування. Правові норми, які докладно регулювали перлюстрацію, викладено в Циркулярі Міністра внутрішніх справ від 5 січня 1893 р.⁴ Відомості, отримані в процесі перлюстрації, вважалися агентурними і не могли бути використані як докази в кримінальному процесі. На них заборонялося посилалися в бесідах з агентами, особами, які знаходилися під слідством. Виняток робився лише для даних, яким надавався офіційний характер, тобто легалізованих, наприклад, листів, виявлених у ході обшуку, арешту, «випадково» загублених тощо⁵.

Дані візуального спостереження могли бути використані в кримінальному процесі при допиті агентів чи філерів. Циркуляром за № 2821 від 20 березня 1903 р. начальника губерньських жандармських управлінь і охоронних відділень приписувалося, щоб чини корпусу жандармів: 1) допускали залучення «спостережних агентів» як свідків до справ, що ведуться в управліннях, тільки у виключних випадках за умови крайньої в тому необхідності; 2) допит «спостережних агентів» проводили не інакше, як у приміщеннях тієї

¹ Докладніше про це див.: *Перегудова З. И.* Вказ. праця. — С. 171–174, 195–216, 275–288; *Федоров С. Е.* Вказ. праця — С. 17–98, 99–147; *Жаров С. Н.* Обеспечение законности оперативно-розыскных мероприятий в Российской империи // *Правоведение.* — 2001. — № 5. — С. 189–200; *Спиридович А. И.* Записки жандарма. — М., 1991. — С. 133.

² Див.: *Фойницкий И. Я.* Вказ. праця. — Ч. 1. — С. 290.

³ Див.: Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. — Т. LIII. — Отд. 1-е 1878. — СПб., 1880. — С. 212–213. — № 58967.

⁴ Див.: *Жаров С. Н.* Вказ. праця. — С. 198.

⁵ Див.: *Федоров С. Е.* Вказ. праця. — С. 89–90.

розшукової установи, де такі агенти перебувають на службі; 3) при допиті «спостережних агентів» не допускали висування до них з боку осіб, що проводять дізнання, вимог пояснення щодо способів здійснення зовнішнього спостереження, можливого відношення їх до внутрішньої агентури, а також пояснень щодо їх службового стану»¹. У Циркулярі Департаменту поліції № 126034 від 2 березня 1908 р. зазначалося, що «плідності розшуку в розумінні можливості судового переслідування сприятиме уважне ставлення агентури до виявлення осіб, які можуть бути допитаними як свідки»². В Циркулярі Департаменту поліції № 102 від 16 січня 1914 р.³ вказувалося, що використання філерів як свідків може мати місце лише в тому разі, коли обвинувачення ґрунтується виключно на даних ними показаннях, але потреба ця відпадає, якщо супроводжувана ними особа розшукується за циркуляром Департаменту поліції чи вимогою інших установ або посадових осіб⁴.

Використання результатів розшукової діяльності в кримінальному процесі залежало від виду розшукових заходів, їх форми і правового статусу суб'єктів, що їх отримали. За СКС результати розшуку («повідомлення поліцейських») були одним із привидів до порушення кримінальної справи (п. 2 ст. 42, п. 2 ст.ст. 297, 1030, 1031 (ст. 1035 в редакції від 1 червня 1904 р.) як підстави до проведення окремих слідчих дій (наприклад, ст. 357). Для отримання доказів такі результати загальнокримінальної поліції мали інформаційно-орієнтовне значення в кримінальному процесі, а політичної, з огляду на те, що дізнання у державних злочинах прирівнювалися до судового слідства, будучи легалізованими, використовувалися іноді як докази. Про складність їх використання в доказуванні у кримінальних справах та недосконалість такого доказування яскраво свідчить виступ у 1906 р. у справі петербурзької групи РСДРП («Процес 44-х») присяжного повіреного В. Новікова, який почав свою промову словами: «Панове судді! Адже це не новий факт, що жандармське дізнання, хоча б і проведене в порядку Статуту кримінального судочинства, не є вірогідним і що наша політична поліція не стоїть на висоті свого призначення, і дізнання, проведене

¹ Ченцов В. Свідчать документи. Політичний розшук у царській Росії. Жандармерія і охрнка // З архівів ВУЧК— ГПУ—НКВД—КГБ, 2001. — № 2. — С. 210.

² Див.: Жаров С. Н. Вказ. праця. — С. 193.

³ Див.: Ченцов В. Вказ. праця. — С. 210–212.

⁴ Див.: Там само. — С. 211.

нею, не має ніякої цінності. Майже на кожній сторінці обвинувального акта є фраза: «За отриманою охоронним відділенням інформацією», «до відома охоронного відділення дійшло». Що це за фрази? Що це за інформація?»¹.

Вже перші післяреформені роки показали вади в організації розшукової діяльності, поліцейського дізнання і досудового слідства, серед яких вченими та практиками того часу називалися: відсутність правильної організації розшуку, невизначеність ролі поліції в попередньому слідстві, тобто відношення поліції до юстиції, змішання поліцейських і судових функцій в особі судового слідчого². Деякі автори навіть писали, що «поліцейського розшуку зовсім не існує і діяльність цього роду або добровільно приймає на себе судовий слідчий, або слідство взагалі обходиться без неї»³. Член Орловського окружного суду В. Федотов-Чеховський, підкреслюючи важливість розшуку, в 1897 р. зазначав: «Без поліпшення розшуку ніякі реформи слідства не принесуть Росії суттєвої користі. Очікувати від одного лише судового слідчого позитивних результатів у слідчій справі так само безпідставно, як чекати від художника картини без пензля, фарб і полотна»⁴. На важливість розшуку в розкритті злочинів вказував і М. Селіванов, зазначаючи: «Якщо між закінченням злочину і початком розшуку минуло порівняно невеликий проміжок часу і очевидність доказів зникає, з'являється туманна галузь здогадних припущень, і в дев'яти із десяти випадків доводиться задовольнятися сподіванням, що винні піддадуться карі Божій, а справу здадуть до архіву»⁵. Ця думка по-

¹ Див.: Молодая адвокатура. — СПб., 1908. — С. 236.

² Див.: Александров П. Я. О желательных и возможных улучшениях в положении обвиняемого на предварительном следствии // Юридическая летопись — 1892. — № 2. — С. 204; Даневский В. Вказ. праця. — С. 6; Соколов А. Вказ. праця. — С. 9; Духовской М. В. Вказ. праця. — С. 105; Обнинский П. Н. Предстоящая реформа в нашей следственной части как средство устранения замечаемых в ней недостатков // Юридический вестник. — 1891. — Т. VII. — Кн. 1. — С. 81-82; Пушкин Е. По поводу предстоящей реформы следственной части // Юридический вестник. — 1882. — Т. IX. — № 3-4. — С. 481; Селиванов Н. Судебно-полицейский розыск у нас и во Франции // Юридический вестник. — 1884. — № 2. — С. 293;

³ Пушкин Е. По поводу предстоящей реформы следственной части // Юридический вестник. — 1882. — Т. IX. — № 3-4. — С. 474, 480 — 494; Соколов А. Вказ. праця. — С. 9-10.

⁴ Цит. за: Статкус В. Ответ «реформаторам» // Новое время. — 1900. — № 33. — С. 29.

⁵ Селиванов Н. Вказ. праця. — С. 292.

ділялася й іншими фахівцями¹. Отже, існуючі вади призвели до того, що вже в проєкті комісії з реформи кримінального судочинства (1894–1899 рр.) розрізнялися розшук, дізнання і попереднє слідство (ст.ст. 101–417 проєкту СКС). Під розшуком розумілося збирання негласним шляхом відомостей про злочинні дії за допомогою словесних розпитів, довідок і спостережень (ст. 106 проєкту СКС); провадження їх покладалося на всіх чинів поліції (ст. 102 проєкту СКС). Дізнання полягало у провадженні за правилами, прийнятими для попереднього слідства, але відрізнялося від останнього за обсягом слідчих дій².

Таким чином, аналіз норм СКС та нормативно-правових актів того часу, які регулювали розшукову діяльність, свідчить про відсутність в них законодавчого визначення поняття розшуку, що призводило до ускладнень у розмежуванні розшуку, дізнання і попереднього слідства, а також до змішування поліцейських функцій з судовими в особі судового слідчого. Це негативно позначалося на правозастосовній діяльності. Як видно із аналізу наукових праць, що були предметом дослідження в даній роботі, тоді не було й чіткого наукового визначення поняття розшуку. Тим часом аналіз правових норм і висловлених з цього приводу наукових думок дає підстави вважати, що сутність розшуку полягала в проведенні негласних розшукових заходів, які передбачалися як СКС, так і іншими нормативними актами та проводилися поліцією в ході дізнання, негласною складовою якого й був розшук. Окремі розшукові заходи проводилися також судовим слідчим як самостійно, так і через поліцію.

Проблема визначення поняття розшуку і таких похідних від нього категорій, як «розшукові заходи», «розшукові дії», «оперативно-розшукові заходи», «оперативно-розшукові дії», «оперативні заходи», є актуальною і в сучасних науці, законодавстві і практиці та потребує подальшої розробки. Особливо це є нагальним напередодні прийняття нового КПК України.

Надійшла до редколегії 15.10.03.

¹ Див.: *Закревский И.* О желательных изменениях в судебных уставах // Журнал гражданского и уголовного права. — 1882. — Кн. — 11. — С. 36.

² Докладніше про це див.: *Фойницький И. Я.* Вказ. праця. — Т. 1. — С. 450–451.

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

С. Зархіна, здобувачка НЮА України

Сучасні підходи до взаємодії філософії мови і філософії права

Сучасне демократичне суспільство припускає відкритість, прозорість і ефективність правопорядку. Самі ці характеристики істотно залежать від мови, на якій (і в якій) діється і здійснюється право. Тому дослідження мови права взагалі та її філософських підстав є актуальним завданням.

Починаючи з класичної античності, філософи прагнули до конструювання максимально повних систем, в яких велике значення надавалося тій теоретичній сфері, що її сьогодні й прийнято називати філософією права (Платон, Аристотель, Томас Аквінат, Гоббс, Г'юм, Монтеск'є, Руссо, Кант, Фіхте, Гегель та ін.) Багато хто з названих мислителів зробили вагомий внесок у розвиток іншої сфери філософських інтересів — філософії мови. Тим часом, як відзначає Гарольд Дж. Берман, протягом тривалого історичного періоду ні в соціальній філософії, ні в теоретичній юриспруденції «не бралися до уваги такі формуючі чинники, як мова права»¹. Ще більш категорично висловився американський дослідник Вільям О'Барр: «До середини 70-х років галузі досліджень «право і мова» просто не існувало»² (курсив мій — С. З.)

Це не зовсім вірно — інтерес до мови права в зв'язку з розробкою Німецького цивільного кодексу (Bürger Gesetzbuch, BGB) почали виявляти щонайменше ще наприкінці XIX ст. такі відомі теоретики, як Отто Гірке і Рудольф фон Ієринг³. У дореволюційній Росії до питань мови права зверталися М. Гредескул, В. Катков, П. Люб-

¹ Берман Г. Дж. Вера и знание: примирение права и религии. — М., 1999. — С. 39.

² O'Barr W. Linguistic Evidence; Language, Power, and Strategy in the Courtroom. — N. Y. etc; 1982. — P. 10.

³ Див.: Girke O. Der Entwurf BGB ist das deutsche Recht. — В., 1889; Иеринг Р. Юридическая техника. — СПб., 1905.

лінський, в СРСР — А. Луначарський, М. Полянський, Г. Шатков, Є. Прянішніков¹, в Америці — О. Холмс, Дж. Вігмор, А. Корбін, Г. Бонерт, Ф. Коен, В. Проберт та ін.² Поза всяким сумнівом, аналогічні дослідження проводилися і в інших країнах, але все ж таки інтерес до мови права аж до 70-х років ХХ ст. в Європі та Америці виявлявся тільки спорадично, причому головним чином у контексті обговорення законодавчої техніки.

Проте, починаючи з 70-х років ХХ ст., відбулося значне посилення інтересу до аналізу мови права як за рубезем, так і в СРСР, а потім на пострадянському просторі нових незалежних держав³. Особливі-

¹ Див., напр.: *Гредескул Н. А.* К учению об осуществлении права. — Х., 1900; *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов. — М., 1913; *Катков В. Д.* Jurisprudentiae Novum Organum. Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция. — Одесса, 1913; *Люблинский П. Й.* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. — Пг., 1917; *Луначарский А. В.* О языке закона // Известия ЦИК СССР. — 1931. — 24 марта; *Полянский Н. Н.* О терминологии советского закона // Проблемы социалистического права. — 1938. — Сб. 5. — С. 120; *Шатков Г. И.* О языке закона // Вопросы кодификации советского права. — Л., 1959 — Вып 3; *Прянишников Е.* О языке правовых актов // Ученые записки ВНИИСЗ. — 1966. — Вып. 6. та ін.

² Див., напр.: *Holmes O. W.* The Theory of Legal Interpretation // Harvard Law Review. — 1899. — Vol. 12. — No. 7. — P. 417–420; *Wigmore J. H.* The Terminology of Legal Science (with a Plan for the Science of Nomothetic) // Harvard Law Review. — 1914. — № 1. — P. 1–9; *Corbin A. L.* Legal Analysis and Terminology // Yale Law Journal. — 1919. — Vol. 29. — P. 143–153; *Bohnert H. S.* The Semantic Status of Command // Philosophy of Science. — 1945. — Vol. 12. — P. 302–324; *Cohen F. S.* Field Theory and Judicial Logic // Yale Law Journal. — 1950. — Vol. 59. — P. 238–272; *Probert, Walter Law.* Logic and Communication // Western Reserve Law Rev. — 1958. — Vol. IX. — P. 129–153 та ін.

³ Див., напр.: *Mason M. S.* The Logical Structure of a Proposition of Law // Jurimetrics Journal. — March 1971. — Vol. 11. — P. 99–105; *Probert W.* Law. Language and Communication. Springfield (Ill.): Thomas, 1972; *Le discours juridique: Analyses et methodes* // Langages. — P., 1979. — A. 13. — N. 53; *Atkinson J. M., Drew P.* Order in Court: The Organization of Verbal Interaction in Judicial Settings. — Atlantic Highlands (n. j.): Humanities Press, 1979; *Studies of Legal Discourse* / Ed. by B. Danet. — Amsterdam, 1984; *Савицкий В. М.* Язык процессуального закона. Вопросы терминологии. — М., 1987; *Грязин И. Н.* Текст права. — М., 1987; *Язык закона* / Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 1990; *Яцюк Т.* О точности словосочетаний в языке права // Сов. юстиция. — 1991. — № 5; *Губаева Т. В.* Словесность в юриспруденции. — Казань, 1995; *Ивакина Н. Н.* Профессиональная речь юриста. — М., 1997; *Артикуца Н. В.* Мова права: Програма курсу: — К., 1998; *Федик Е. І.* Формування мовної культури студентів-юристів: теоретичні та прикладні аспекти. — Львів, 1996; *Общая тео-*

стю цього періоду стало розширення традиційної проблематики (семантика і стилістика правового тексту) шляхом виходу в сфері осмислення структури і динаміки мови права в контексті його соціально-історичного і соціально-політичного функціонування.

В 70-і роки ХХ ст., коли на Заході виникла криза цінностей індустріального суспільства, було піддано критиці традиційний юридичний раціоналізм в його обох конкуруючих версіях — і як юридичний позитивізм, і як юснатуралізм (від *jus naturale* — «природне право»). Перший справедливо зв'язувався з тоталітарними режимами, другий — з наївною, «без берегів», абсолютизацією ліберальних цінностей.

Спробою виходу за рамки цієї альтернативи стала розробка комунікативної теорії соціальної дії, основи якої було закладено представником неомарксистської франкфуртської школи Юргеном Хабермасом¹. Хоча в точному розумінні Хабермас не є «філософом права», його теорія виявилася згодом тісно пов'язаною з юриспруденцією. Зокрема, вихідні положення цієї теорії багато в чому збіглися з ідейними підставами «нової риторики» бельгійського вченого-юриста Хаїма Перельмана².

Як відзначає співробітник Центру філософії права при Вільному університеті Брюсселя Гі Хааршер³, незважаючи на розходження філософських підходів і способів аргументації, і Перельман, і Хабермас згодні в тому, що в сучасну епоху необхідно зберегти ідеали універсальних прав людини, юридичної легітимації влади, зокрема *вільного обговорення* моральних і політичних альтернатив автономними індивідами. Перельман і Хабермас виступають проти релятивістських наслідків відмови від суворого, послідовного, «сильно-

рия государства и права. Академический курс: В 2 т. / Под ред. проф. М. Н. Марченко. — Т. 2. Теория права. — М., 1998 (§ 10 «Нормы языка и лингвистическая культура юриста»); Рахимов Р. А., Хабибулин А. Г. Политическая власть и право: проблемы семиотического анализа // Правоведение. — 2000. — № 2; Керимов Д. А. Проблемы общей теории государства и права. — М., 2000 (раздел «Логика, стиль и язык закона») та ін.

¹ Див.: *Habermas J. Theorie des kommunikatwen Handelns.* — Frankfurt, 1981; *його ж. Vorstudien und Ergdmungen zur Theorie des kommunikativen Handelns.* — Frankfurt, 1984; *його ж. Моральное сознание и коммуникативное действие.* — СПб., 2000 та ін.

² Див.: *Perelman Ch. Logique juridique.* — 2d ed., 1979; *його ж. Traite de l'argumentation.* — Bruxelles, 4 th ed., 1983.

³ Див.: *Haarscher G. Perelman and Habermas // Law and Philosophy.* — 1986. — Vol.5. — P. 331–342.

го» раціоналізму, що посилилися в наші дні в юридичному постмодернізмі. При цьому вони відкидають як застарілий колишній раціоналістичний погляд на природні права, але розходяться в розумінні способів його подолання. Перельман посилається на Юма і представників неопозитивізму, вказуючи на безсилля класичного раціоналізму з його культом обчислювального *ratio* — далеко не все в юридичних сюжетах піддається точному визначенню та обчисленню, зокрема нечіткі поняття права¹. Він вбачає у відродженні аристотелівської риторики підставу для нового розуміння «розумності» (*reasonableness*), що дозволяє апелювати до більш «гнучкої» раціональності соціально прийнятих підстав аргументації, менш точної, ніж традиційна формально-логічна демонстрація, але все-таки досить суворой для того, щоб уникнути суб'єктивізму і сваволі.

Перельман вважав, що його «нова риторика» знаходиться в самому базисі демократичних суспільств і принципу правління права, реальне забезпечення якого досягається головним чином у суді. У книзі «Юридична логіка» він виступив проти концепції «судового силогізму» (*sylogisme judiciaire*), класичним прихильником якої був, наприклад, Бентам: ця концепція гарантує застосування формальної суворості правосуддя, але її слабкою стороною є те, що вона припускає автоматизм прийняття рішень суддею і має на увазі, що усі виникаючі в суді проблеми повинні вирішуватися «сувереном», тобто законодавцем. За часів Бентама (принаймні в континентальній Європі) існувало дуже сильне виправдання для такої позиції: суддя повинен був «мати око» тільки для того, щоб бачити текст закону, але він не мав права навіть намагатися самостійно інтерпретувати його. Ця формально-буквалістська концепція спрямовувалась проти довільного характеру правосуддя за часів феодально-абсолютистського «*Ancien Regime*» (змішання влади, залежність суддів від виконавчої влади, зокрема від королівських «*lettres de cachet*», «*bon plaisir du Prince*» і т. под.).

Хабермас же критикує ілюзію концепції, що намагається досягти класичних цілей, вдаючись до «модерного» розуму. Він вбачає справжній базис для «емансипаційної» комунікативної дії в розвитку «публічного простору» (*public space*) висловлювання: будь-які осмислені і соціально прийнятні індивідуальні позиції слід аргументувати і намагатися захистити, що дозволяє людям критикувати

¹ Див.: *Perelman Ch. The Idea of Justice and the Problem of Argument //* *Introduct. by H. L. A. Hart. — L, 1963.*

і контролювати політичну владу для того, щоб її «публіцизувати» (*to publicize*). Теорія комунікативної дії наголошує на прогресі, що має місце тільки в сучасності, — потенційно універсальний публічний простір, визнання кожного індивіда потенційним «джерелом» аргументів, необхідність виправдовування морально-політичних заяв, презумпція невинності і т. ін.

Згідно з Хабермасом у сучасній філософії права можна виділити три різні напрямки: *когнітивний*, *оцінюючий* і *нормативний*, орієнтовані на *процедурний розум*, «який сам себе випробовує ... у наших лінгвістично структурованих формах життя»¹. Таким чином, у сучасному дискурсі робиться акцент на лінгвістичній конструкції права як особливої форми соціально-комунікативної реальності.

За Хабермасом, колишня, що бере походження ще до Канта, парадигма практичного розуму, орієнтованого на імперативні принципи і норми як підстави для моральних і правових міркувань, повинна поступитися місцем парадигмі комунікативного розуму з переважною орієнтацією на повсякденну мову пересічної людини. У передмові до однієї зі своїх останніх книг «Між фактами і нормами» він резюмує основну ідею таким чином: «Комунікативний розум відрізняється від практичного розуму насамперед і головним чином тим, що він більше не приписується індивідуальному суб'єкту або макросуб'єкту на рівні держави або цілого суспільства. Те, що робить комунікативний розум можливим, є скоріше лінгвістичний медіум, через який сплітаються взаємодії і структуруються різні форми життя. Ця раціональність вписується в лінгвістичний *telos* взаємного розуміння і утворює ансамбль з умов, що одночасно і створюють можливості, і обмежують їх»².

Соціально-філософські і теоретико-правові новації Перельмана і Хабермаса вплелися у контекст ще одного сильного чинника — впливу на світову соціально-гуманітарну думку аналітичної філософії мови, або лінгвістичної філософії (Л. Вітгенштейн, Дж. Остін, Г. Райл, Дж. Сьорл та ін.)³, експансія якої поширилася і на філософію права. Зокрема, Сьорл⁴ розробив логіко-прагматичну ме-

¹ *Habermas. J. Between Facts and Norms.* — Cambridge (Mass); 1998. — *Preface.* — P. VIII.

² Там само. *Preface.* — P. XII.

³ Див.: Аналитическая философия: Становление и развитие (антология) // Пер. с англ., нем. — М., 1998.

⁴ Див.: *Searle J. R. A taxonomy of illocutionary acts* // *Expression and Meaning.* — Cambridge, 1979. — P. 1–27; *його ж. The Rediscovery of the Mind.* — Cambridge (Mass) — London (England), 1994. Див. також: *Серль Дж. Р. Природа интенциональных состояний* // *Философия, логика, язык* / Общ. ред. Д. П. Горского и В. В. Петрова. — М., 1987. — С. 96–126.

тодологію аналізу мовленнєвих актів, яку в максимально простому вигляді С. Гусев¹ наводить таким чином.

Аналіз людської поведінки пов'язаний із встановленням залежності між формою комунікативного акту і діями тих, на кого цей акт спрямовано. Мовленнєвий вплив змушує учасників спілкування вчиняти якісь дії або утримуватися від них. Результат залежить від того, який рівень — прямого чи непрямого значення і сенсу — в переданому повідомленні виявляється найважливішим у конкретній реальній ситуації. Пряме значення і прямий сенс являють собою відповідно безпосередню вказівку на сферу людського інтересу і вказівку на цілі дії, пов'язані з цією сферою. Тоді непрямий рівень є формою подання інформації, що імпліцитно присутня у тексті.

У структурі мовленнєвого акту виділяють такі компоненти: «локуція» — відтворення деякого звукового ряду; «іллокуція» — вираження спонукального мотиву, що викликає проголошення саме даних слів і фраз; «перлокуція» — очікування відповідної реакції, що задається локутивною формою. Відповідно до цього розподіляються і рівні значення, і сенси кожної зі складових. При їх співвіднесенні з прямим і непрямим рівнями змісту переданих і сприйманих повідомлень одержуємо таку концептуальну схему.

1. Пряме значення локутивного акту — це відтворення послідовності звуків, жестів, дій; непряме значення — думка, виражена даною послідовністю. Буквальне значення — намір висловити саме цю думку, а непрямий зміст виражає вказівка на межі теми, з якою повідомлення пов'язане.

2. В іллокутивному акті прямим значенням буде мотив, що спонукає автора повідомлення здійснити відповідну локуцію, а непрямим — прагнення передати свій намір у максимально ефективний спосіб. Тоді буквальне значення — це залучення адресатів повідомлення до вираженого через його посередництво мотиву, а непрямий зміст вказує на очікування того, що використовувана форма повідомлення буде правильно сприйнята.

3. Перлокутивний акт, що виражає очікування конкретних реакцій з боку адресатів, прямо вказує на характер очікуваної відповіді, побічно ж він накладає заборону на поведінку, що не відповідає здійсненому мовному акту. Відповідно його буквальним значенням буде вказівка на певні зміни дійсності, породжені очікуваними ре-

¹ Див.: Гусев С. С. Значение и смысл языковых выражений с точки зрения логико-прагматического подхода // Современная логика: проблемы теории, истории и применения в науке: Материалы VI Общероссийской конференции. — СПб., 2000. — С. 305–307.

акціями адресатів, а непрямим — оцінка відповідності передбачуваних змін вихідному намірові автора переданого повідомлення.

С. Гусев підкреслює, що в реальній практиці всі зазначені рівні і компоненти вступають між собою в складні взаємовідносини, утворюють безліч «синтетичних» форм. Однак засоби логічної прагматики дають можливість виявляти прихований зміст наявної інформації і подавати його в явній формі.

Вплив концепції мовних актів помітно в Хабермаса, коли він пише: «Щоб використовувати розмовну мову для досягнення розуміння з адресатом про що-небудь у світі, потрібно прийняти перформативну позицію і зобов'язатися певними припущеннями (*presuppositions*). У пошуку розуміння користувачі природною мовою повинні прийняти, крім усього іншого, й те, що учасники без застережень переслідують їх іллокутивні (*illocutionary*) цілі, що вони доходять згоди щодо визнання доступних інтерсуб'єктивній критиці вимог вірогідності (*validity claims*), і що вони готові прийняти зобов'язання, які виникають з їх згоди і підходять для їх подальшої взаємодії»¹.

Однак сама по собі мова права Хабермаса окремо не цікавить, оскільки він досить поверхово тлумачить її як інструментальний засіб, до якого доводиться звертатися лише в зв'язку з установленням кореляцій між практичним і комунікативним розумом. Тим часом мовні параметри права заслуговують на більш пильну увагу і, як видається, з філософсько-правового погляду найбільш цікавим, сучасним і продуктивним буде їх дослідження в руслі концепції мовленнєвих актів.

З наведеного зробимо декілька висновків.

1. Звернення до взаємодії сучасної філософії мови і філософії права є багатообіцяючим напрямом правознавства.

2. Розбудова філософсько-правової теорії юридичної мови має враховувати як класичні напрацювання (Платон, Аристотель, Цицерон), так і сучасні підходи до аналізу мови права, запропоновані протягом останніх десятиріч Х. Перельманом, Ю. Хабермасом, Дж. Остіном та іншими провідними зарубіжними і вітчизняними фахівцями.

3. Серед конструктивних напрямів подальшого філософсько-правового аналізу, поряд з відносно усталеним семантико-синтаксичним підходом, ми вважаємо найбільш привабливим прагматичний аспект, що охоплює і «нову риторику» Перельмана, і теорію комунікативних дій Хабермаса, і теорію мовленнєвих актів Остіна.

Надійшла до редколегії 25.12.02

¹ Habermas J. Вказ. праця. — Р. XVI.

А. Саміло, аспірант Запорізького державного університету

Порівняльний аналіз правового статусу політичних партій у деяких країнах світу в сучасний період

Політичні партії є невід'ємною складовою частиною вільного демократичного суспільства і ключовим елементом політичної системи. Будучи найважливішими посередниками між громадянами і владою, вони сприяють виробленню і вираженню політичної волі громадян, відображенню інтересів людей у прийнятті задля їхнього блага відповідних рішень органів влади. Партії необхідні для створення і підтримки конкурентного політичного середовища, розвитку політичної відповідальності громадян, підготовки кваліфікованих кадрів у сфері політики.

Світовий досвід політичного розвитку наочно показує, що в країнах із стабільними політичними системами багатопартійність може успішно функціонувати і без прямого законодавчого втручання держави, ґрунтуючись головним чином на традиціях, окремих актах галузевого характеру і правовому прецеденті. Потреба в спеціальному законодавстві про партії виникає, як правило, у суспільствах, що переживають процес демократичного відновлення, докорінної перебудови системи політико-державних інститутів. Цей шлях пройшли після Другої світової війни більшість країн Західної Європи, а в останнє десятиріччя — багато східноєвропейських держав. В аналогічних умовах перебуває сьогодні Україна, в якій Закон «Про політичні партії в Україні» було прийнято лише 5 квітня 2001 р. У зв'язку з цим вважаємо, є необхідність розглянути основні положення українського «партійного» законодавства порівняно з аналогічними правовими нормами деяких країн світу.

Необхідно відзначити, що у формах і підходах щодо завдань регулювання партійної діяльності в іноземному законодавстві спостерігається досить велика розмаїтість. Це пов'язано як з особливостями історичного розвитку, так і із сучасною специфікою соціально-політичного життя окремих держав. У таких, наприклад, країнах, як Велика Британія і США, немає правового закріплення діяльності партій у традиційному розумінні. Конституція США, включаючи поправки, не згадує про партії, за традицією вони вважаються «приватною справою», «клубом» їх членів. У цих партіях немає фіксованого членства. Вважається, що членами кожної з

партій є ті, хто голосує за неї на виборах. Однак в останні десятиліття прийнято федеральні закони, що регулюють деякі сторони діяльності партій (головним чином фінансові питання, пов'язані з виборами), а в окремих штатах уже давно прийнято законодавство, що також стосується ролі партій у виборах. У деяких штатах діє законодавство, яке забороняє діяльність партій та організацій, що вважаються екстремістськими, у тому числі комуністичної партії. Федеральних законів загального характеру про партії немає. Існують рішення Верховного суду США, що стосуються ролі партій у проведенні первинних виборів, деяких інших конкретних питань. У Великій Британії теж немає закону про партії, законодавчі акти уникають навіть згадування про них, оперуючи поняттями «уряд його (її) Величності» і «опозиція його (її) Величності». Партії діють на основі конституційного звичаю про право на об'єднання. Діяльність партій тут пов'язана з виборами.

Разом з тим практично у всіх конституціях західних держав, прийнятих після Другої світової війни, тією чи іншою мірою питання про партії обов'язково порушується (конституції Франції (1958 р.), Швеції (1974 р.), Греції (1975 р.), Португалії (1976 р.), Іспанії (1978 р.), Албанії (1991 р.), Польщі (1997 р.)¹, Словенії (1991 р.), Хорватії (1991 р.), Словаччини (1992 р.), Чехії (1992 р.)². У багатьох країнах, крім конституційного закріплення статусу політичних партій, існує також спеціальне законодавство, що регламентує різні напрямки їхньої діяльності. Спеціальні закони про партії діють, зокрема, у ФРН (з 1967 р.), Португалії (з 1974 р.), Австрії (з 1975 р.), Іспанії (з 1978 р.)³. Всі ці країни, як правило, форсовано переходили від фашистського чи тоталітарного режиму до демократії, мали досвід життя в умовах панування партії авторитарного типу. В останні роки аналогічні закони про партії було прийнято також в Угорщині (1989 р.), Румунії (1989 р.), Болгарії (1990 р.), Латвії (1991 р.)⁴.

Одним з центральних питань, що розв'язуються конституційним і спеціальним законодавством іноземних країн, є визначення загального поняття політичних партій, їх призначення, функцій і завдань. У найбільш розгорнутому і деталізованому вигляді юри-

¹ Текст доступний в Інтернеті за адресою: www.rada.kiev.ua/LIBRARY/catalog/aconst3.htm. Вибір.

² Див.: Конституції нових держав Європи та Азії / Упорядник С. Головатий. — К., 1996.

³ Див.: Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран: Учебник. — М., 1997. — С. 101.

⁴ Див.: Там само. — С. 102.

дичне тлумачення феномена політичних партій міститься в «Законі про політичні партії» ФРН, який виходить із принципового положення про те, що «партії є необхідною конституційно-правовою складовою частиною основ вільного демократичного ладу. За допомогою вільної постійної участі в політичному волевиявленні народу вони виконують суспільні завдання, покладені на них і закріплені за ними Основним Законом»¹. Звідси випливає і сформульоване в законі поняття партій як «об'єднань громадян, що постійно чи тривалий час впливають на формування політичної волі в рамках Федерації чи однієї із земель і бажають брати участь у представництві народу в Бундестазі чи одному з ландтагів за умови, що вони достатньою мірою гарантують серйозність таких намірів їх фактичним ставленням до справи і, зокрема, чисельністю і сталістю організації, кількістю членів і активною громадською діяльністю»². Близькі по суті визначення політичних партій наведено також у конституціях і спеціальних законах Італії, Іспанії, Греції, Португалії, Австрії, Латвії, Чехії. У Законі України «Про політичні партії в Україні», ст. 2 якого дає таке визначення політичної партії: це зареєстроване згідно із законом добровільне об'єднання громадян — прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах, сформульовано основні демократичні положення щодо діяльності політичних партій, які існують у розвинутих країнах із стабільними політичними системами. В українському конституційному законодавстві говориться, що «політичні партії в Україні сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах» (ч. 2 ст. 36 Конституції України).

У законодавстві деяких країн поряд із визначенням ролі та завдань інституту політичних партій значна увага приділяється й питанню про його функціональне призначення. Наприклад, відповідно до португальського декрету-закону про політичні партії вони покликані сприяти здійсненню громадянами політичних прав і визначенню національної політики, у тому числі беручи участь у виборах, робити внесок у розвиток політичних інститутів. Подібним чином формулюються функції політичних партій і в законодавстві ФРН, Мексики, Польщі, Латвії.

З метою попередження спроб партій привласнити собі непридатні їм політико-управлінські функції, як це було в недавньо-

¹ Див.: Чиркин В. Е. Вказ. праця. — С. 402.

² Див.: Там само.

му минулому, недопущення їх втручання в діяльність державних органів, у конституціях Угорщини, Албанії, Чехії, Словаччини спеціально застережено, що політичні партії у цих країнах відокремлено від держави. У ст. 7 Закону України «Про політичні партії в Україні» говориться, що «не допускається створення і діяльність структурних осередків політичних партій в органах виконавчої та судової влади і виконавчих органах місцевого самоврядування, військових формуваннях, а також на державних підприємствах, у навчальних закладах та інших державних установах і організаціях».

Велика увага в іноземному законодавстві приділяється порядку утворення і юридичного визнання політичних партій. Практично у всіх країнах проголошується принцип вільного створення партій. Це прямо впливає з конституційного права громадян на об'єднання. У найбільш концентрованому і лаконічному вигляді цей принцип сформульовано в Основному законі Португалії, де говориться, що «свобода об'єднання містить у собі право створювати політичні асоціації і партії та бути їх членами». В Конституції Італії проголошується: «Громадяни мають право вільно, без особливого дозволу об'єднуватися з метою, не забороненою окремим особам кримінальним законом»¹. Аналогічні чи близькі, власне кажучи, формулювання містяться в конституціях Франції, Іспанії, Греції, Польщі, Чехії, Словаччини, Угорщини, Албанії, Хорватії і багатьох інших країн. Згідно зі ст. 36 Конституції України громадяни нашої держави мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

Важливою умовою юридичного визнання партій нерідко служить рівень їх суспільної підтримки, що виражається в чисельності партій. Таким чином іноземне законодавство прагне відгородити політичне життя від впливу нечисленних чи сепаратистських партій. У Мексиці, наприклад, щоб конституюватися як національна, партія повинна мати 3 тисячі членів щонайменше в кожному з половини штатів чи 300 членів щонайменше в кожному з половини одномандатних виборчих округів, але в будь-якому разі загальна чисельність партії повинна бути не менше 65 тисяч чоловік. У Португалії партії необхідно зібрати під петицією про реєстрацію не

¹ Див.: Чиркин В. Е. Вказ. праця. — С. 111.

менше 5 тисяч підписів осіб, старших 18 років, без обмеження за ознаками статі, національності, кольору шкіри. У Швеції для цього потрібно 1,5 тисячі підписів громадян країни, що мають право голосу. Певні чисельні квоти прихильників для офіційної реєстрації партії встановлено також спеціальним законодавством Румунії, Канади, Болгарії. Подібна норма є і в українському законодавстві. Для створення політичної партії в Україні необхідно прийняти відповідне рішення на установчих зборах партії, яке має бути підтримане підписами не менше 10 тисяч громадян України, що мають право голосу на виборах, зібраними не менше як у двох третинах районів, не менше як у двох третинах областей України (ст. 10 Закону «Про політичні партії в Україні»).

Для визнання політичного і юридичного статусу партій практично у всіх іноземних країнах обов'язкова їх офіційна реєстрація. Вона має переважно фіксуєчий характер і здійснюється міністерствами внутрішніх справ (Італія, Іспанія, Австрія, Франція) або органами юстиції різних рівнів (Бельгія, Нідерланди, Угорщина, Болгарія, Румунія), рідше — центральними виборчими комісіями (Мексика, Канада), вищими органами законодавчої влади (Латвія). В Україні реєстрацію політичних партій здійснює Міністерство юстиції України.

При реєстрації партії зобов'язані подати вичерпні відомості про свої політичні цілі, копії основних партійних документів, списки членів партійного керівництва, а в деяких випадках і рядових членів партії. При цьому в законодавстві нерідко застерігаються й основні критерії, яким повинні відповідати пропоновані документи. В Україні для реєстрації політичної партії необхідно, крім заяви, статуту та програми партії, подавати відомості про склад керівних органів, підписи громадян, протокол установчого з'їзду.

У законодавстві деяких країн (Угорщина, Болгарія) закріплено положення, відповідно до якого не може бути відмовлено в реєстрації політичній партії, якщо її засновники виконали всі передбачені законом умови. У разі незгоди з рішенням про відмову в реєстрації воно може бути оскаржено в судовому порядку.

Особливі вимоги ставляться до партійних статутів. Спеціальне законодавство в більшості випадків містить щодо цього чіткі вказівки, розраховані на забезпечення демократичного характеру внутрішнього життя і діяльності політичних партій, попередження спроб використання їх в інтересах окремих осіб чи створення партій авторитарного типу, підпорядкування іноземному впливу. В цілому ці вимоги можна звести до такого: у статуті партії повинні

бути закріплені назва і символіка партії, що мають відрізнити її від інших партій; місцезнаходження і території, на яких вона збирається діяти; порядок прийому членів і виходу їх із партії; права і обов'язки членів партії, заходи, прийняті щодо порушників партійних норм; склад і повноваження керівних органів; джерела фінансування; порядок скликання та проведення партійних з'їздів; порядок і умови припинення діяльності партії. У законодавстві деяких країн (Болгарія, Португалія, Мексика, Україна) містяться заборони на використання в символіці партій національних гербів і прапорів та офіційної символіки іноземних держав, а також будь-яких ознак расового чи релігійного характеру.

У деяких країнах, крім загальних вимог до партійних статутів, формулюються і конкретні правові норми, що стосуються внутрішньої структури і діяльності політичних партій. Особливо детально розписано ці норми в законі про партії ФРН, який явно розрахований на те, щоб не допустити відродження партій авторитарного типу. В цьому законі в спеціальному розділі «Внутрішній порядок партії», що містить понад 30 об'ємних статей, закріплено практично всю структуру партії та її апарату, докладно викладено порядок формування, терміни повноважень, коло компетенції та характер підпорядкованості всіх партійних органів, починаючи з президії правління та закінчуючи партійними комісіями, партійними арбітражними судами і фінансовими контролерами, у законодавчому порядку закріплено права членів партії та гарантії їх вільного волевиявлення, порядок і строки проведення з'їздів партії та зборів низових організацій, відбір представників на партійні форуми і навіть порядок внесення пропозицій, характер голосування і прийняття рішень на з'їздах і зборах тощо. До сфери правового регулювання включено такі сторони партійного життя, що, звичайно, вважаються власне внутрішньою справою кожної партії. Наприклад, законом передбачено можливість розпуску і виключення з партії не просто окремих осіб, а й цілих територіальних організацій.

На відміну від ФРН спеціальне законодавство, скажімо, Португалії, Італії, Іспанії, Угорщини, Болгарії, де проблемам організаційного будівництва політичних партій теж приділяється чимала увага, залишає за ними набагато більше самостійності та ініціативи. Це стосується і України. Відповідно до Закону «Про політичні партії в Україні» політичні партії мають право здійснювати свою діяльність у межах Конституції та інших законів країни; можуть ідейно, організаційно та матеріально підтримувати молодіжні, жіночі та інші об'єднання громадян та ін.

Офіційне визнання політичних партій має низку правових наслідків, пов'язаних із набуттям ними гарантованого статусу юридичної особи, а також чималих політичних і фінансових переваг порівняно з іншими громадськими об'єднаннями. У більшості випадків за партіями визнаються рівні права впливати на політичне життя парламенту і уряду, вносити вироблені ними політичні орієнтири в процес формування державної політики, вільно поширювати інформацію про свою діяльність, пропагувати свої цілі та завдання, створювати свої і в установленому порядку використовувати державні друковані та інші засоби інформації, проводити масові заходи, об'єднуватися в коаліції та об'єднання іншого роду, підтримувати міжнародні зв'язки, користуватися державною матеріальною та фінансовою підтримкою, здійснювати власну господарську діяльність, пов'язану з реалізацією їх статутних цілей і завдань (ФРН, Португалія, Болгарія, Латвія, Україна та ін.). У Латвії, крім того, правосуб'єктність політичних партій забезпечується законодавчою заборонаю державним установам і посадовим особам втручатися в діяльність партій, здійснювану ними відповідно до свого статуту. Винні в порушенні цієї вимоги притягаються до правової відповідальності. В Україні посадові особи і громадяни несуть відповідальність, зокрема, за заподіяння матеріальної та моральної шкоди політичній партії, за надання політичній партії будь-яких переваг чи обмеження передбачених законом прав політичної партії та її членів.

Спеціальним законодавством багатьох держав (Португалія, Мексика, Італія, Австрія, Данія, Швеція, Франція, Болгарія, Литва, Україна тощо) офіційно зареєстрованим політичним партіям гарантуються певні права на участь у виборчому процесі, законотворчій діяльності, формуванні органів державної влади і органів місцевого самоврядування. У період виборів їм надаються переваги в одержанні фінансової допомоги з боку держави, поширенні своєї інформації як власними каналами, так і через державні засоби масової інформації та засоби масової інформації за участю держави. Українські політичні партії згідно із законодавством можуть брати участь у виборах Президента України, до Верховної Ради України, до інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування; використовувати державні засоби масової інформації, а також засновувати власні засоби масової інформації; політичним партіям гарантується свобода опозиційної діяльності.

Особлива увага в іноземному праві приділяється ролі політичних партій у формуванні представницьких органів влади. Саме участь у виборах і здійсненні політичної влади є головною ознакою партій.

У ФРН щодо цього прямо передбачено, що якщо та чи інша партія протягом шести років не висуває своїх кандидатів на виборах, вона позбавляється правового статусу партії. В інших країнах теж встановлено певні фінансові та інші санкції стосовно таких партій. У законодавстві України, на жаль, не існує подібних положень.

У той же час аналіз конституційно-правових документів показує, що процес політичної самореалізації партій в іноземних країнах проходить далеко не в рівних умовах, а тим більше не стихійно. Практично в усіх випадках законодавець віддає перевагу великим і традиційним партіям. Наприклад, законодавство деяких держав істотно обмежує чи прямо забороняє діяльність невеликих партій. Подібний обмежувальний підхід характерний для законодавства багатьох країн. У ФРН і Швеції від участі в розподілі парламентських мандатів відсторонено партії, що набрали на виборах менше 5% і 4% голосів відповідно. В Росії ж, наприклад, обговорюється питання про встановлення 6 % бар'єру для проходження до парламенту.

В нормативно-правових документах багатьох країн (Іспанія, Угорщина, Португалія, ФРН, Болгарія, Канада, Мексика, Латвія, Україна та ін.) передбачено процедуру припинення діяльності політичних партій. Формальною підставою для цього визнається рішення про саморозпуск партії, реорганізацію чи об'єднання входження її в іншу партію, поділ на дві чи більше партій. В Україні можливе припинення діяльності політичної партії у разі заборони її діяльності відповідно до Конституції (у випадках, коли статuti або програми партій містять положення, спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення). В Угорщині і Португалії, наприклад, достатньою юридичною підставою для заборони діяльності партії чи її розпуску вважається, якщо чисельність партії знизилася нижче встановленого рівня, у Канаді — якщо вона порушила положення свого статуту, а в Мексиці, крім того, — якщо партія набрала на виборах менше 1,5% голосів чи не призначила відповідну кількість депутатів, що вступають на посаду, до складу Виборчої колегії.

Відповідно до законодавчих актів деяких країн судове рішення про розпуск чи заборону політичної партії може бути прийняте в тих випадках, коли її діяльність визнається антиконституційною (ФРН, Україна), суперечить принципам демократії чи підпадає під

положення про незаконні об'єднання (Іспанія), не відповідає вимогам закону (Мексика, Латвія, Угорщина), а також коли цілі партії досягаються протиправними методами чи такими діями, які суперечать суспільній моралі чи порядку (Португалія). Разом з тим, щоб уникнути зловживань владою, в латвійському законодавстві не допускається припинення діяльності партій у період виборчих кампаній. Спеціальне законодавство Болгарії і ФРН передбачає можливість судового оскарження рішення про припинення діяльності партії або на колегії у цивільних справах Верховного суду, або в адміністративному суді. Однак розгляд такого позову не може служити підставою для відстрочення заборони.

Таким чином, можна констатувати, що правове регулювання діяльності політичних партій у більшості країн світу здійснюється за основними напрямками, які були розглянуті у даній статті. Зокрема, Закон України «Про політичні партії в Україні» містить основні положення щодо створення, діяльності та припинення діяльності політичних партій, які підтверджені досвідом розвинутих демократичних країн. Але на даний час в Україні діє безліч партій, а партійна система ще не утвердилася і зазнає постійних змін. Жодна партія не має у своєму розпорядженні більшості у Верховній Раді, що позбавляє Президента і Уряд необхідної опори в парламенті. Безліч політичних партій не дає можливості успішно функціонувати політичній системі України загалом. Тому необхідно поставити питання про внесення доповнень у законодавство України про політичні партії правовими нормами, що встановлюватимуть обмеження діяльності партій у зв'язку з невдачею на виборах. Це дозволить запобігти розпорошенню поглядів населення, призведе до поступового угруповання політичних партій та їх успішного функціонування за аналогією з розвинутими демократичними державами.

Надійшла до редколегії 29.01.03

О. Скібіна, аспірантка НЮА України

Розвиток ідеї участі громадян України в управлінні державними справами

Політичні права і свободи як права «першого покоління» прав людини були вперше проголошені в епоху буржуазних (демократич-

них) революцій. Тоді ж зародилася й ідея політичної участі як участі громадян в управлінні суспільством і державою, яка знайшла своє відображення вже в буржуазних конституціях XVIII—XIX ст.ст.

У науці радянських часів політична участь у системі демократії розглядалася переважно у двох аспектах: як політична активність особистості та як участь громадян в управлінні. При цьому політична активність розглядалася переважно з точки зору філософії, соціології та іноді — психології. При розгляді ж участі в управлінні здебільшого ототожнювалися поняття «участь в управлінні державними справами» та «участь у державному управлінні», і дослідження присвячувалися саме останній. Так, більшість учених у своїх працях або вживали ці два поняття як взаємозамінні (напр., Ю. Козлов, Б. Лазарев, Г. Шахназаров)¹, або вказували на умовність їх розмежування (Ф. Батурін)².

Поняття участі в управлінні вивчалось переважно в адміністративно-правовому аспекті, чим і пояснюється таке ототожнення. Сьогодні ж ці поняття впевнено розмежовуються, оскільки «державне управління» як адміністративно-правове поняття — це «певний вид діяльності органів держави, що має виконавчий і розпорядчий характер»³. Тому під участю в державному управлінні необхідно розуміти діяльність з метою впливу тільки на виконавчо-розпорядчу діяльність органів державного апарату.

Поняття ж «управління державними справами» є набагато ширшим та уособлює поняття «державне управління» в широкому розумінні як «державну діяльність по впорядкуванню суспільних відносин, яка включає різні її сфери: законодавчу, виконавчо-розпорядчу діяльність та правосуддя»⁴.

В межах визначення політичної участі в широкому розумінні цього терміна А. Ковлер і В. Смирнов розглядали її як включення окремих громадян та всіх членів суспільства в цілому у процес функ-

¹ Див: Козлов Ю. М. Ленинский принцип участия трудящихся в советском государственном управлении. — М., 1962. — С. 27; Лазарев Б. М. Государственное управление на этапе перестройки. — М., 1988. — С. 37; Шахназаров Г. Х. Социалистическая демократия. Некоторые вопросы теории. — М., 1972. — С. 132.

² Див.: Батурін Ф. А. Социальная активность трудящихся: сущность и управление. — Новосибирск, 1984. — С. 124.

³ Авер'янов В. Б. Державне управління // Юридична енциклопедія: В 6 т. — К., 1998. — Т. 2. — 1999. — С. 119.

⁴ Русско-украинский словарь терминов по теории государства и права: Учебное пособие / Рук. авт. кол. Н. И. Панов — Х., 1993. — С. 146.

ціонування політичної системи суспільства, у вирішення питань, що становлять загальний інтерес¹. За твердженням цих вчених, участь є невід'ємною властивістю не тільки політичної, а й будь-якої керованої (або самоврядної) спільноти. Участь можна кваліфікувати як політичну в тому випадку, коли особа, група, прошарок, клас залучаються до політико-владних відносин, до процесу прийняття рішень і управління, які мають політичний характер². Політична участь є в ідеалі найнадійнішим демократичним інститутом, який забезпечує одну з основних функцій будь-якої політичної системи, — виявлення, формування і вираження суспільних інтересів³.

У сучасній політології під поняттям «політична участь» розуміють «вплив громадян на функціонування політичної системи, формування політичних інститутів і процес вироблення політичних рішень»⁴.

О. Оболонський стверджував, що в основі широкого розуміння державного управління лежить тлумачення його не тільки як впливу «зверху-вниз» (тобто як керівництва), але як багатоманітної системи соціальних взаємодій, в ході яких відбувається узгодження різних суспільних інтересів, а вплив «знизу-вверх» (тобто тих, ким управляють, на тих, хто управляє) є невід'ємним компонентом дійсно демократичних суспільних відносин⁵. Таким чином, широке розуміння управління, крім так званого впливу «зверху — вниз», включає ще два типи впливу — «знизу-вверх», тобто демократичні механізми, які впливають як на вибір управлінської стратегії, так і на конкретні управлінські рішення, на їх втілення у життя, а деколи в кінцевому підсумку й на їх долю; та взаємодії «внизу», тобто в середовищі тих, ким управляють, в ході якої виробляються вектори для впливу «наверх»⁶.

Уже у 80-х роках ХХ ст. розпочався процес багатопланового, комплексного дослідження політичної участі із врахуванням різноманітності її форм. Крім участі в управлінні (в державному управлінні) почали виділяти такі форми політичної участі, як участь у ство-

¹ Див.: Ковлер А. И., Смирнов В. В. Демократия и участие в политике: Критические очерки истории и теории. — М., 1986. — С. 188.

² Див.: Там само. — С. 12.

³ Див.: Там само. — С. 189.

⁴ Политология: Учебник для вузов / Под ред. М. А. Василика. — М., 2001. — С. 386.

⁵ Див.: Оболонский А. В. Человек и государственное управление. — М., 1987. — С. 14.

⁶ Див.: Там само. — С. 15.

ренні, реалізації та охороні законів; у судочинстві; у виборчих та інших політичних кампаніях; у діяльності політичних партій та інших політичних громадських організацій; участь у сприйнятті та поширенні політичної інформації; участь у формуванні громадської думки¹.

Крім розбіжностей у широкому та вузькому розумінні терміна «участь в управлінні державними справами», при дослідженні цього поняття виникає й низка інших питань.

У ст. 38 Конституції України 1996 р. у системі політичних прав закріплено право громадян України брати участь в управлінні тільки «державними справами», а не «державними і громадськими», як у Конституції СРСР 1977 р. Вивчення причин цієї розбіжності дозволяє зробити такі висновки.

Так, у радянській літературі не існувало чіткого розмежування державних і громадських справ², оскільки, по-перше, відповідно до Основного Закону СРСР КПРС була ядром політичної системи, усіх державних і громадських організацій, тому говорити про самостійну участь громадських організацій тих часів (тобто професійних спілок, комсомолу тощо) у громадських (недержавних) справах неможливо; по-друге, концепція громадянського суспільства, з якою в сучасній науці асоціюється здійснення громадських, недержавних справ, за радянських часів офіційною владою була оголошена буржуазною вигадкою; по-третє, згідно з марксистсько-ленінською теорією держава повинна була з часом зовсім відмерти як непотрібна.

Ю. Тихомиров розмежовував поняття справ держави і суспільства, пишучи про управління «не тільки державними, але й усіма суспільними справами»³. Але й тут з контексту чітко зрозуміло, що поняття «суспільні справи» використовується як більш широке, тобто не як «недержавні», а як справи всього суспільства, загальні, колективні справи. «При соціалізмі державні справи і є основні справи суспільства. Обсяг їх розширюється, і використовується поняття «управління справами держави і суспільства» для позначення двох

¹ Див.: Ковлер А. И., Смирнов В. В. Демократия и участие в политике: Критические очерки истории и теории. — М., 1986. — С. 8; Речицкий В. В. Конституционные гарантии права граждан СССР на участие в управлении государственными и общественными делами: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. — Х., 1982.

² Див., напр.: Козлов Ю. М. Вказ. праця. — С.33; Лазарев Б. М. Вказ. праця. — С.32; Оболонский А. В. Вказ. праця. — С. 108.

³ Тихомиров Ю. А. Управление делами общества. (Субъекты и объекты управления в социалистическом обществе). — М., 1984. — С. 58.

головних сфер впливу. В цілому ж здійснюється управління суспільними справами, хоча неможливо ототожнювати сукупність справ суспільства із сукупністю об'єктів управлінського впливу»¹.

Тлумачний словник української мови дає визначення, що «суспільний» — це: 1. Стосовний до суспільства; 2. Який виражає відносини, становище людей у суспільстві; соціальний; 3. Який являє собою спільне надбання; гуртовий, загальний² (наприклад, «суспільні відносини», «суспільний розвиток», «суспільне явище»). При вживанні ж означення «громадський» мається на увазі «недержавний», в сучасній літературі воно здебільшого вживається стосовно кола осіб, об'єднаних у громаду, стосовно інститутів громадянського суспільства, сутнісною характеристикою якого є «перш за все автономія від держави і первинного традиційного суспільства»³.

З огляду також на те, що право брати участь в управлінні державними справами належить до системи політичних прав і не стосується в даному випадку прав особистих, соціально-економічних, культурних, обґрунтованим видається при закріпленні у Конституції України цього політичного права вживання терміна суто «державні справи».

Не вирішеним залишається й питання про сутність, природу участі в управлінні державними справами: що це таке — загальний конституційний *принцип* чи суб'єктивне *право* громадян?

До прийняття Конституції СРСР 1977 р. в радянському конституційному законодавстві згадувалося лише загальне положення, тобто принцип про необхідність залучення все більш широких мас трудящих «поголовно» до управління державою і суспільством. Тільки у Конституції СРСР 1977 р. і відповідно у Конституції УРСР 1978 р. (оскільки конституції радянських республік приймалися вслід за конституціями СРСР і майже повністю їх дублювали) уперше в історії радянського конституційного законодавства закріплено участь в управлінні державними і громадськими справами як конституційне політичне суб'єктивне право. Конституція України 1996 р., як і Конституція Російської Федерації, за принципом наступництва теж закріпили право громадян брати участь в управлінні державними справами.

¹ Тихомиров Ю. А. Вказ. праця. — С. 5.

² Див.: Новий тлумачний словник української мови: В 4 т. / Укладачі: В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. — К., 2000. — Т. 4. — С. 461.

³ Кузьменко Б. Правління права, політична демократія, громадянське суспільство: перспективи інтегративної ідеології // Право України. — 1999. — № 11. — С. 22.

Але, всупереч нормативному закріпленню ідеї участі в сучасному конституційному законодавстві, у науці існує інший підхід до цієї проблеми. Згідно з цим підходом участь в управлінні справами держави «є, скоріше, основоположним принципом взаємовідносин між демократичною державою та її громадянами, а не правом, яке має самостійне значення... Правомочності, які становлять це право, являють собою самостійні політичні права і свободи громадян, і, отже, право на участь в управлінні суспільством і державою не має самостійного значення. Дійсно, якщо припустити гіпотетичну ситуацію, коли громадяни будуть позбавлені усіх політичних прав і свобод, за винятком лише права на участь в управлінні державними і громадськими справами, то дане право залишиться декларативним і не зможе бути реалізоване у зв'язку з відсутністю конкретних правомочностей по участі в управлінні»¹.

Видається, що визнання принципу участі громадян в управлінні державою і відповідного права не є взаємовиключними. По-перше, в Конституції України 1996 р. ні у Преамбулі, ні у Розділі I «Загальні засади» не закріплено власне принцип участі громадян в управлінні державними і громадськими справами. Ідея цього принципу фактично втілена в положенні ч. 2 ст. 5 Конституції України про те, що єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Це положення відповідає концепції обмеження держави волею народу. «Верховенство українського народу, закріплене у ст. 5 Конституції, обмежує державну владу.. Межі владних можливостей державних структур не є абсолютними, і те, що народом не делеговано державній владі, те залишається за народом»². Необхідно лише зазначити, що суб'єктом при цьому є не «громадяни» (не кожний окремих громадянин), а народ. Закріплення такого принципу як однієї з засад конституційного ладу означає, що він поширюється на всі суспільні відносини, які можуть виникнути у державі: не тільки політичні, а й економічні, соціальні, культурні тощо. Право ж брати участь в управлінні державними справами композиційно закріплене в Конституції України у системі

¹ Сравнительное конституционное право / Авт. кол. В. Е. Чиркин, Ю. А. Юдин, М. А. Никифорова и др. — М., 1996. — С.292. Див. також: *Петришин А. В.* Право граждан на участие в управлении государством в системе институтов демократии // Проблемы провадження правових реформ в Україні. — Х., 1996. — С. 8.

² *Тодыка Ю. Н.* Основы конституционного строя Украины: Учебное пособие. — Х., 1999. — С. 113.

політичних прав і стосується політичної системи суспільства, будучи основоположним у системі саме політичних прав.

По-друге, дійсно, більшість політичних прав є за своєю природою правомочностями, які входять до права на участь в управлінні державними справами: це і право брати участь у всеукраїнському та місцевих референдумах, і право вільно обирати і бути обраними, і рівне право доступу до державної служби, і право на звернення. Але якщо зазначені політичні права не були б безпосередньо закріплені у Конституції, то необхідно було б мати на увазі, що відповідні правомочності існували б усередині єдиного права на участь, і ми розглядали б їх як правомочності зазначеного права, без яких воно дійсно не могло б бути реалізоване. Але внаслідок великої значущості та важливості перелічених правомочностей кожна з них закріплена у Конституції як окреме політичне суб'єктивне право. Тому вважаємо, що можливість існування зазначеного конституційного принципу не позбавляє право брати участь в управлінні державними справами «права на існування».

Відмінність у розумінні права брати участь в управлінні державними справами в минулому і сучасному полягає й у тому, що за радянських часів перевага віддавалася ролі колективу, «маси» у здійсненні зазначеного права. Відповідно ж до сучасної концепції прав людини «людина з її невід'ємними правами ... є відправною точкою і кінцевою метою розвитку суспільства, головним орієнтиром прогресу»¹. Тому в сучасній юридичній науці акцент робиться на те, що право брати участь в управлінні державними справами адресовано кожному окремому громадянину, тобто наявний деякий ухил до індивідуалізації.

Згідно з новітніми поглядами на теорію прав людини індивідуалізм теж не є неодмінною цінністю, оскільки його абсолютизація призводить до егоїзму. Тому необхідні усунення крайнощів як індивідуалізму, так і колективізму, «розумний індивідуалізм», поєднання індивідуалізму, колективізму і солідарності². У зв'язку з цим у міру розвитку демократії як глобального процесу нагромадження цивілізованого досвіду останнім часом стали приділяти увагу й так званім колективним правам, які втілюють інтереси спільнот, асоціацій, націй, народів, міжнародного співтовариства³.

¹ Тодыка Ю. Н. Вказ. праця. — С. 111.

² Див.: Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Под общ. ред. Е. А. Лукашевой. — М., 2002. — С. 13, 16.

³ Див.: Там само. — С. 37.

Як бачимо, вельми актуальним є переосмислення ідеї участі громадян в управлінні державними справами з урахуванням сучасних соціальних, економічних, політичних, геополітичних, історичних, національних, інституційних передумов такої участі, рівня політичної культури громадян та їх загального культурно-освітнього рівня, активності громадської думки. Це тим більш важливо, оскільки одним із найважливіших у політичному відношенні аспектів розширення такої участі є необхідність підвищення поваги до державних інститутів з боку учасників цього процесу, тобто громадян України.

Надійшла до редколегії 25.01.03

Нова фундаментальна праця українських адміністративістів

Практична реалізація широкомасштабної адміністративної реформи потребує постійного науково-правового супроводу, проведення нових та поглиблення вже розпочатих наукових і науково-прикладних досліджень. Рецензована колективна монографія* сприймається саме як досить вагома і успішна спроба українських адміністративістів проаналізувати найбільш важливі правові проблеми адміністративної реформи, оскільки в ній переважне місце присвячено розгляду тих основних інститутів виконавчої влади та адміністративного права, що вимагають першочергової зміни та оновлення. Важливо відмітити, що зазначена монографія є першим за роки державної незалежності України комплексним науковим дослідженням адміністративно-правових аспектів організації та функціонування виконавчої влади в нашій державі.

З огляду на завдання та потреби адміністративної реформи цілком виправданим є авторський акцент на постановці проблем, пов'язаних з якісним поліпшенням побудови, організації та діяльності системи органів державної влади, системи державної служби, визначенням структурно-функціональних засад побудови цих систем. Запропоновано перспективний метод оптимізації системи органів виконавчої влади — шляхом оптимізації розмежування повноважень конкретних органів виконавчої влади як по «вертикалі», так і по «горизонталі».

Проблематиці адміністративного права в рецензованій праці приділено основну увагу, і це видається цілком закономірним, оскільки саме адміністративне право виступає провідною галуззю правового регулювання виконавчої влади та державної служби. Автори монографії переконливо стверджують, що адміністративне право забезпечує реалізацію норм Конституції у найважливішій сфері функціонування публічної влади — сфері виконання законів та інших нормативно-правових актів. Досить чітко простежується позиція авторів щодо необхідності запровадження у громадській

* Виконавча влада і адміністративне право /За загальною редакцією В. Б. Авер'янова. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. — 668 с.

свідомості нового, більш прогресивного погляду на суспільне призначення адміністративного права, що має ґрунтуватися на принципі утвердження і забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Такий підхід повністю узгоджується з закріпленим у Конституції України головним обов'язком держави — утверджувати і забезпечувати права і свободи людини і громадянина, відповідно до якого саме зазначені права, свободи та їх гарантії повинні визначати зміст і спрямованість діяльності держави та її органів. Для запровадження нових підходів пропонуються певні шляхи, що заслуговують на увагу та спонукають до більш поглибленого вивчення даної проблематики.

Вагомою перевагою рецензованої роботи над існуючими є досить великий за обсягом та змістовно наповнений масив теоретичних напрацювань. Зазначений аспект проявляється, зокрема, в матеріалах, присвячених провідним інститутам: системі органів виконавчої влади; співвідношенню виконавчої влади та місцевого самоврядування; державній службі; адміністративним договорам; правовим режимам; адміністративним процедурам; державному контролю; адміністративним (управлінським) послугам; юридичній відповідальності тощо. Деякі підходи видаються доволі дискусійними, що лише підтверджує необхідність їх подальшої наукової розробки.

Безумовно позитивною рисою рецензованої праці є спроба її авторів здійснити узагальнення на підставі порівняльного аналізу позитивного зарубіжного досвіду (в першу чергу — європейського) стосовно виконавчої влади, державної служби та їх адміністративно-правового регулювання.

На окрему увагу заслуговує у рецензованій роботі розгляд питань, присвячених державній службі, яка методологічно і теоретично обґрунтовано розглядається як особливий інститут держави. Доречно наголошено на нагальній необхідності вдосконалення правового регулювання проходження державної служби, оскільки цей інститут є ключовим для підвищення ефективності системи державної служби. При цьому потрібно враховувати публічно-правовий аспект діяльності державної служби та її спрямованості на забезпечення як виконання завдань і функцій держави, так і передбачених Конституцією і законами України прав і свобод фізичних та юридичних осіб.

У такому контексті заслуговує на підтримку застосований авторами монографії функціональний підхід до визначення повноважень державних органів виконавчої гілки влади та апарату таких органів, їх державних службовців з погляду на зміст і завдання дер-

жавної служби. Досить цікавими є пропозиції щодо можливих напрямків реформування державної служби, зокрема, стосовно потреби підготувати нові законодавчі акти з питань правового регулювання державної служби, які повинні відповідати засадничим положенням Конституції України.

Цілком виправданою є значна увага авторів до більшої термінологічної визначеності таких базових для виконавчої влади та важливих для адміністративного права понять, як «державна служба» і «державні службовці», а також «посадові особи» і «службові особи». Зокрема, справедливо зазначено, що від глибини наукової розробленості і відповідної аргументації щодо змісту цих та інших понять залежить обрання певного підходу — широкого чи вузького — під час ухвалення законодавчого рішення щодо сфери майбутньої державної служби та особливостей правового статусу державного службовця в Україні. Враховуючи відмінність правового статусу державних службовців та інших категорій працівників, заслугове на підтримку пропозиція щодо запровадження публічно-правових методів регулювання дисциплінарної відповідальності державних службовців. Це ж стосується і проблеми законодавчого врегулювання поведінки державних службовців: слушною є пропозиція щодо необхідності підготовки на сучасному етапі адміністративно-правової реформи Кодексу поведінки державних службовців у формі окремого законодавчого акта.

Викликає інтерес матеріал, присвячений важливому і досить складному об'єкту правового регулювання, — інституту адміністративної відповідальності у сфері державного адміністрування. Особливо потрібно підкреслити проблематику адміністративної відповідальності посадових осіб та шляхи її законодавчого вирішення.

Враховуючи те, що над монографією працював великий колектив українських адміністративістів, слід підкреслити, що, на нашу думку, йому вдалося проаналізувати різні аспекти досліджених питань із збереженням особливостей наукових позицій кожного з авторів. Зазначене є особливо важливим, оскільки значна кількість монографічного матеріалу присвячено розгляду неврегульованих або недостатньо врегульованих питань, які розглядаються авторами з різних точок зору. Саме такий підхід дає можливість здійснити аналіз запропонованих підходів, вийти на нові концептуальні погляди та сформулювати новаційні і водночас науково виважені пропозиції.

Поряд із безперечно високою позитивною оцінкою рецензованої монографії вважаємо за доцільне висловити деякі зауваження та побажання щодо деяких висвітлених у ній питань.

Наприклад, досить складною виявилася запропонована одним з авторів конструкція поділу державної служби на типи та відповідні види в умовах невизначеності сфери дії нової редакції Закону України «Про державну службу» (яку потрібно розробити і прийняти). Тому дане питання потребує більшої узгодженості з поглядами фахівців інших правових дисциплін, зокрема кримінального, конституційного та трудового права. У той же час з погляду постановки питання як наукової проблеми питання запровадження типової та видової диференціації державної служби має, на нашу думку, важливе значення.

Досить спірною також є пропозиція вважати неправомірним застосування до правопорушників одночасно як основного, так і додаткового адміністративного стягнення.

Втім, зазначені недоліки рецензованого дослідження не впливають на загальне позитивне враження від прочитаного, навпаки, вони спонукають до подальшого більш глибокого осмислення розглянутих авторами проблем.

Гадаємо, що ця нова книга буде корисною та цікавою як для науковців і юристів-практиків, так і для більш широкої аудиторії читачів.

О. Петришин, член-кореспондент АПРН України,
доктор юридичних наук, професор,
В. Зуй, кандидат юридичних наук, доцент

Цікаве дослідження практики Європейського суду з прав людини

Актуальність та цінність рецензованого монографічного дослідження* для теорії міжнародного права полягає насамперед у тому, що в ньому вперше відкриваються можливості для переосмислення задавалося б традиційної для юридичної науки проблеми тлумачення юридичних норм у дусі тих тенденцій, які відбуваються в сучасній Європі. Як ми знаємо, за встановленою у вітчизняній літературі традицією в процесі тлумачення юридичних норм має засовуватися воля законодавця щодо міжнародних договорів —

* *Мармазов В. Є.* Методи динамічного тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод в юриспруденції Європейського суду з прав людини. — К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2000. — 400 с.

воля держав-учасниць договору на момент прийняття відповідного нормативного акта чи підписання міжнародного договору. Проте автор монографії досить переконливо доводить, що Європейський суд з прав людини в процесі своєї діяльності з'ясовує не стільки волю держав-учасниць Європейської Конвенції з прав людини на момент її прийняття, скільки волю самої Конвенції з урахуванням динаміки її змісту, пристосування до сучасних реалій. З цією метою в роботі широко використовуються динамічні методи тлумачення Конвенції.

Заслуговують на увагу три ключові моменти, які можна виділити в монографії: по-перше, автор вводить у науковий обіг новий термін і новий спосіб тлумачення — динамічне тлумачення, розширюючи тим самим каталог способів тлумачення, зокрема, у міжнародному праві; по-друге, він подає класифікацію методів динамічного тлумачення і розкриває їх зміст та мету; по-третє, визначає прецедентність (чи прецедентний характер) рішень Європейського суду з прав людини. Але навіть якби автор обмежився лише однією новацією — динамічним тлумаченням, то у нас були б усі підстави розцінювати рецензовану роботу як надзвичайно важливу і науково значущу.

Однак, як нам видається, важливішим для автора є наявність зауважень щодо проведеного ним дослідження. Тому вважаємо за доцільне зупинитись на них більш докладно.

Треба зазначити, що в роботі слід було б дати чітке визначення, дефініцію динамічного тлумачення, розкрити його природу, сутність, мету і методи. Чомусь ці моменти автор минає і розглядає їх як щось вже стале і загальноприйняте. Це можна пояснити тим, що для самого автора це вже зрозумілі категорії, і основну увагу він зосередив на дослідженні і аналізі конкретних і фактичних явищ та обставин, які супроводжують діяльність Європейського суду з прав людини. Хоча слід зауважити, що автор окреслив сутність і особливості динамічного тлумачення, однак саме цим аспектам проблеми треба було б приділити особливу увагу.

Загальна теорія держави і права, а також наука міжнародного права розглядають тлумачення як з'ясування дійсного змісту закону, норми чи договору або з'ясування дійсної мети законодавця з метою однакового розуміння і застосування закону чи норм. Динамічне тлумачення в інтерпретації В. Є. Мармазова, умовно кажучи, важко віднести до одного із способів тлумачення в класичному розумінні. Говорячи про динамічне тлумачення, він не розглядає його як застосування кількох класичних способів тлумачення, ви-

ходячи із індивідуалізації справи і конкретно-предметної ситуації або конкретного часу чи обставин. Крім цього, основний зміст, призначення і цілі динамічного тлумачення, на його думку, зводяться не до з'ясування змісту тих чи інших положень Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. або їх інтерпретації, а до бажання і намагання використати своє право на тлумачення і саму Конвенцію для захисту прав і свобод конкретної людини. Зазначену тезу автор лише окреслює, а йому слід було б її розвинути і збагатити конкретними висновками та узагальненнями.

Важко щось заперечити автору, коли він зазначає, що кожна справа, яка була розглянута Європейським судом з прав людини, суто індивідуальна і в кожній справі по суті Європейський суд дає своє оригінальне, неповторне тлумачення іноді тих самих статей чи положень Конвенції. Саме ця обставина і є квінтесенцією динамічного тлумачення, а наведені особливості повинні лягти в основу сутності, дефініції динамічного тлумачення в авторському баченні.

Крім того, В. Є. Мармазов наводить практично вичерпну класифікацію методів динамічного тлумачення Конвенції, разом з тим обминаючи істотні суттєві аспекти будь-якої класифікації і в даному разі найважливіші і найсуттєвіші, а саме: потреба класифікації, її критерії, види об'єктів класифікації та їх зміст. Відповідні акценти вкрай необхідні, оскільки новація щодо динамічного тлумачення має певну незавершеність.

Наведені критичні міркування, на наш погляд, мають принципове значення для поліпшення науково-дослідницького рівня монографії.

Щодо менш значущих зауважень хочемо відмітити таке. Не слід було б автору використовувати чи запроваджувати термін «договір-закон». Адже, по-перше, будь-який міжнародний договір для його сторін вже є закон, що впливає з самого змісту договору і духу тих зобов'язань, які сторони приймають на себе. По-друге, як відомо, загальновизнаний принцип міжнародного права — сумлінне виконання зобов'язань за міжнародним правом — є нормою імперативною. По-третє — у міжнародно-правовій практиці і теорії не прийнято застосовувати категорії чи поняття, притаманні національним правовим системам.

Подібне стосується і часто вживаного в тексті словосполучення «конвенційні норми». В цілому до конвенційних норм належить гама міжнародно-правових норм. У тексті ж монографії йдеться про норми, що містяться в Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. і не завжди в контексті зазначається саме ця Конвенція. В той же час цілком зрозуміло, що здійснювати динамічне тлу-

мачення Європейський суд з прав людини може саме за допомогою зазначеної Конвенції, а не конвенційних норм взагалі.

І, зрештою, автор неодноразово зазначає, що одним з призначень Європейського суду з прав людини є захист Конвенції про захист прав людини та основних свобод. З таким міркуванням не можна погодитися хоча б тому, що Конвенція як така не потребує захисту, тим більше з боку міжнародного судового органу. Призначення ж Європейського суду з прав людини (що впливає з його Статуту) — забезпечити захист прав і свобод людини, які зафіксовані у згадуваній Конвенції.

О. Копиленко, академік АПрН України,

доктор юридичних наук, професор,

О. Ковальчук, кандидат юридичних наук

Проблема становлення та розвитку права і влади в суверенній Україні*

Складність, масштабність і новизна теоретичних і практичних проблем, які стоять нині перед державою і вітчизняною юридичною наукою, вимагають посилення системної демократичної трансформації правової дійсності, успадкованої Україною від колишнього СРСР. Це необхідна умова для теоретичного обґрунтування практики державного управління суспільством, пов'язана з якісно новими методологічними підходами до дослідження історичної правової дійсності суверенної України і вироблення засобів та способів впливу на неї. Йдеться, зокрема, про право і законодавство, а також про вітчизняне правознавство в цілому, покликане вивчати закономірності правотворення та правозастосування. Тобто, йдеться про необхідність розроблення методології пізнання правової дійсності не тільки, наприклад, у сферах правотворення і правозастосування, а й у сфері аналізу правознавства і державознавства як найважливіших складових юридичної науки. Визначення і вирішення методологічних проблем сучасного українського права та правознавства, як і української суверенної державності та державознавства, мають становити принципові завдання Концепції розвитку вітчизняної юридичної науки.

* *Селіванов В. М.* Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. — К., 2002. — 724 с.

Необхідність забезпечення ефективних механізмів формування і реалізації державної політики системної трансформації українського суспільства в цілому та його правової системи актуалізує питання про пошуки, відображення та закріплення в системі взаємозв'язку інтересів людини, суспільства і держави, розмежування та взаємодії публічно-правових і приватноправових засад регулювання суспільних відносин. Це вимагає формування та реалізації вітчизняної правової політики на засадах визнання державою людини як найвищої соціальної цінності та поваги її гідності.

З огляду на це утвердження і забезпечення законних прав і свобод людини повинні визнаватися головним обов'язком держави. Звідси принцип пріоритету публічно-правових засад державної політики та управління, що у свій час справляв істотний вплив на визначення актуальності проблематики як практичних юридичних і політичних перетворень, так і досліджень радянських юридичної та політичної наук, має поступитися принципові збалансування публічних і приватноправових засад правового регулювання суспільних відносин. Демократична права дійсність, що формується нині в Україні, офіційне визнання її людського виміру, обумовлюють необхідність практичної трансформації існуючої правової системи, у тому числі всієї системи права і законодавства, у напрямку їх підпорядкування справі служіння людині. Це, безумовно, передбачає вдосконалення публічно-правового регулювання суспільних відносин, що майже неможливо без розвиненого приватного права, його норм і галузей, спрямованих на впорядкування в суспільстві приватноправових відносин, гармонізацію приватних і публічних суспільних інтересів.

Забезпечуючи загальні умови для необхідного спільного та узгодженого існування всіх членів даного конкретно-історичного суспільства як вільних і рівноправних у своїй правоздатності та правосуб'єктності індивідів, право тим самим повинно спрямовуватись на створення загальних умов вираження та захисту блага кожної конкретної законслухняної людини. Таким чином, прогресивний розвиток українського суспільства у напрямку утвердження демократичного правопорядку можливий тільки на основі впровадженної державою ініціативи самих індивідів (від хаосу до порядку різноманітності), коли свідомо вільна і законна їх співучасть у приватно-громадянській (цивільній) та публічно-політичній сферах розглядатиметься як регулюючий принцип організованості усіх сфер суспільства, суспільного порядку. Що ж стосується головно-го напрямку демократичної трансформації українського суспільства,

то його сутність, як видається, повинна полягати не в ігноруванні публічної влади, державної політики в ім'я приватних інтересів окремого індивіда чи соціальних спільнот. Існує потреба в установленні розумного балансу між публічними і приватними інтересами у системі відносин «держава — суспільство — індивід». Публічна влада в особі своїх органів та їх посадових осіб повинна на основі та в межах правового закону утверджувати і забезпечувати законні права та інтереси людини і громадянина. А це, по суті, можливо тільки на основі володіння сучасною плюралістичною методологією теоретичної і практичної юридичної діяльності, що дає перевагу перед тими, хто продовжує керуватися або монометодологією, або лише своїм «здоровим глуздом». Втілення у життя зазначеного принципу має унеможливити, зокрема, авторитаризацію публічної влади, узурпацію з боку держави виключного права народу визначати і змінювати конституційний лад у країні. В цьому розумінні демократичний напрям суспільного руху України, який передбачає державний, насамперед судовий, захист законних прав і свобод людини має відігравати роль найефективнішого гаранта соціальної цінності людської особистості та запобіжника зловживанням публічною владою з боку деяких осіб.

У рецензованій монографії відомого вітчизняного теоретика права, члена-кореспондента Академії правових наук України В. М. Селіванова простежується концептуальний підхід до проблем становлення та розвитку права і держави у їх взаємозв'язку, а також проблем методології досліджень цих явищ. У нинішніх умовах, коли вітчизняна юридична наука і освіта перебувають на початковому етапі своєї трансформації, методологічного і теоретичного перетворення відповідно до сучасних потреб суспільного розвитку, існує потреба не тільки у нових правничих знаннях, а й новій системі юридичної освіти, спрямованій на виховання нової генерації правників, з новою правосвідомістю, по суті новою правовою культурою мислення. Йдеться, зокрема, про правників, які передусім були б захисниками прав і свобод людини, що по суті впливає із положень персоноцентристської правової ідеології, що, як слушно зазначається у рецензованій монографії, має замінити в Україні традиційну радянську системоцентристську ідеологію, в системі якої пріоритетними визнаються інтереси держави, а не людини.

Наростаючі ускладнення суспільних відносин, обумовлені значною мірою зростанням ролі їх індивідуалізації, а також процесом демократизації державної організації, примушують багатьох громадян України замислитися над проблемами підприємництва, держав-

ного управління та місцевого самоврядування, їх ефективності та оптимізації. І безумовно, одним з важливих, хоча і складних шляхів їх вирішення, пов'язаним із майбутнім незалежної України, є реформування її юридичної освіти. Відомо, що освіта та виховання у всі часи відігравали в суспільстві роль важливих чинників як внутрішніх соціальних змін, так і правових систем. Інститути юридичної освіти і правового виховання були і залишаються одним із головних каналів трансляції культурно-правового знання та досвіду. Формування юридичного співтовариства в Україні, заснованого на засадах самоорганізації та взаємодії з державними установами, сприятиме підвищенню ролі юриста в суспільному житті.

Нині ні для кого не є таємницею, що навчальний процес у вітчизняній юридичній вищій школі не забезпечений належною кількістю відповідних підручників, навчальних посібників, іншої літератури, які б із сучасних методологічних і теоретичних позицій висвітлювали актуальні проблеми державно-правових явищ та процесів, не говорячи вже про наукові монографії. Видання рецензованої монографії певною мірою сприяє вирішенню цієї проблеми. Однак уже сам тираж її видання робить цю потрібну книгу бібліографічною рідкістю. Придбати її в книгарнях практично неможливо.

Викладачам юридичних вищих навчальних закладів сьогодні доводиться з гуманістичних правових позицій роз'яснювати студентам, що таке громадянське суспільство і демократична, права, соціальна держава, права людини, як вони пов'язані між собою і чим відрізняються одне від одного, що таке правова система і система права, публічне і приватне право, як взаємопов'язані право і закон, у чому їх відмінність тощо. Всі зазначені питання досліджуються в монографії В. М. Селіванова. Її без сумніву можна оцінити як фундаментальну працю, здобуток українського правознавства. В ній вдало поєднуються як світоглядний правовий аналіз, так і формально-юридичний підхід до пізнання вітчизняної правової дійсності. І хоча методологічним аспектам теоретичного забезпечення практики юридичних перетворень у суверенній Україні присвячено спеціальну (другу, с. 332–621) частину книги, методологічні проблеми права розглядаються і в першій частині. Це стосується насамперед проблем правової культури, правової ідеології, правової політики тощо. Автор виходить з того, що право — не тільки політичний інструмент, сукупність юридичних норм, встановлених державою для бажаного впорядкування суспільних відносин, а й об'єктивна соціальна функція, спрямована на встановлення і забезпечення конструктивної соціальної взаємодії. На нашу

думку, автор цілком доречно і досить вдало розмежовує такі явища, як право і закон, правове і юридичне, хоча і не абсолютизує значення цього розмежування.

Рецензований праці притаманні концептуальний підхід до дослідження проблем права і влади, багатопланове розкриття змісту предметів дослідження. Всі розділи книги пронизують ідеї гуманізації права, заміни системоцентристської ідеології правотворення і правозастосування на персоноцентристську, взаємозв'язку і розмежування приватних і публічних суспільних інтересів, приватного і публічного права, принципів верховенства права і верховенства закону тощо.

Виходячи в першу чергу з освітянських потреб, слід зазначити практичну цінність двох додатків до рецензованої монографії, що обов'язково стануть у нагоді як студентам, що вивчають сучасні проблеми права і держави, так і викладачам. Йдеться, по-перше, про фундаментальний список літератури, опрацьованої автором у процесі підготовки монографії. В їх числі не тільки сучасні публікації, найкращі взірці спеціальної юридичної і загальнонаукової літератури, а й дореволюційні видання (с. 635–681). По-друге, йдеться про словник основних термінів і афоризмів юристів Стародавнього Риму (с. 682–723).

Водночас слід зазначити, що з позицій потреб юридичної освіти застосований у процесі дослідження питань права і влади широкомасштабний підхід може породити певні труднощі в їх сприйнятті, яких можна було б уникнути, зробивши в книзі докладний предметний покажчик. Можна говорити і про деякі інші спірні положення, роздуми та висновки автора, які, на нашу думку, є дискусійними. Але вони не знижують цінності рецензованого дослідження. Без сумніву, воно збагачує вітчизняне правознавство і може бути використане в процесі розроблення Концепції розвитку вітчизняної юридичної науки та юриспруденції в цілому. Результати цього монографічного дослідження можуть бути також ефективно використані у практиці державо- і правотворення в Україні.

Х. Олексик, кандидат історичних наук, доцент, завідувач кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету Ужгородського державного інституту інформатики, економіки і права

Сучасні новації у проведенні молодіжних наукових конференцій: львівський досвід

В останні роки на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка помітно оновлюється та урізноманітнюється стимулювання наукових пошуків студентської молоді. Новелізація форм такого сприяння стосується й проведення студентських та студентсько-аспірантських наукових конференцій. Яскравим прикладом цього були у минулому році Перша міжнародна студентська наукова конференція та Перша всеукраїнська студентсько-аспірантська конференція з проблем загально-теоретичного праводержавознавства. Деякі нетрадиційні особливості цих заходів, що, як видається, заслуговують на увагу, охарактеризуємо у цьому повідомленні.

У квітні 2002 р. на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка вперше відбулася Міжнародна студентська наукова конференція «Правова система, громадянське суспільство та держава». В її роботі взяли участь близько 150 учасників з вищих навчальних закладів, зокрема Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, Одеської національної юридичної академії, юридичних факультетів Київського і Львівського національних університетів, Національної академії внутрішніх справ України, Академії адвокатури України, а також майбутні юристи з університетів Білорусі, Молдови, Польщі та Росії.

Програма цієї конференції формувалася дещо специфічно — шляхом конкурсного відбору текстів доповідей заявників, здійсненого комісією, до складу якої входили як викладачі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, так і члени Ради студентського наукового товариства факультету, яке, власне, й виступило основним організатором конференції.

На пленарному засіданні у вступному слові голови організаційного комітету конференції — доктора юридичних наук, члена-кореспондента Академії правових наук України, професора П. Рабіновича було підкреслено значення постійної роботи з таланови-

тою студентською молоддю для формування нового покоління юристів-науковців. Зі студентських доповідей, заслуханих на цьому засіданні, значний інтерес викликали виступи **Д. Гудими** «Права людини: до питання про природу їх носія (філософсько-антропологічний підхід)» (Львівський національний університет імені Івана Франка), **Д. Вовка** «Верховенство права і верховенство закону: зміст і співвідношення (Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого), **С. Васильєва** «Доктрина міжнародної правосуб'єктності індивіда як теоретична передумова та гарантія становлення громадянського суспільства» (Башкирський державний університет), **В. Місака** «Взаємодія правоохоронних органів у рамках СНД з питань боротьби з тероризмом (Санкт-Петербурзький державний університет), **З. Буруяне** «Зовнішні зносини Європейського Союзу: правовий аспект» (Молдавський державний університет).

Порівняно з попередніми конференціями було збільшено кількість секцій, що дало можливість значно розширити спектр проблем, обговорюваних її учасниками. Так, окрім «класичних» секцій (теоретичної, історико-правової, конституційного, адміністративного та фінансового права, цивілістичних наук, кримінально-правової та кримінально-процесуальних наук), робота велася також у секції міжнародного права та англомовній секції правознавства.

Загалом тематика конференції засвідчила дедалі зростаючий інтерес студентів-науковців насамперед до проблематики прав людини та до правових питань реформування національної економіки, вдосконалення підприємницького законодавства і практики його застосування.

Новелами у проведенні конференції стало й визначення кращих доповідей студентів шляхом таємного голосування учасників кожної секції, а також проведення їх анонімного опитування щодо вражень від конференції та пропозицій стосовно поліпшення організації таких заходів у майбутньому.

Завершилася ця конференція відзначенням кращих доповідачів та презентацією першого видання Міжнародного студентського науково-юридичного альманаху «VIVAT JUSTITIA!», заснованого Студентським науковим товариством юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка.

У грудні 2002 р. у Львові з ініціативи юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, Одеської національної юридичної академії та Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного бу-

дівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України відбулася наукова конференція аспірантів та студентів-старшокурсників, яка також відзначилась низкою нетрадиційних особливостей.

Зауважимо насамперед те, що її тематика стосувалась тільки загальнотеоретичних та історичних напрямків юридичної науки. Це знайшло своє відображення вже у самій назві цієї конференції — «Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права, держави і політології». Така змістова спрямованість цього заходу зумовлювалась тим, що саме світоглядно-методологічні та загальнотеоретичні засади праводержавознавства значною мірою визначають розвиток його галузевих наук. Тому саме ці засади й було обрано предметом обговорення.

Іншою особливістю конференції було те, що присвячувалась вона пам'яті визначних вітчизняних фахівців у галузі теорії та історії держави і права — професорів П. Недбайла, О. Сурілова та В. Копейчикова, а тому супроводжувалась демонстрацією їх численних наукових праць і розповсюдженням інформаційно-довідкових матеріалів про їх наукову, викладацьку і громадську діяльність.

Заслуховуванню та обговоренню доповідей на першому пленарному засіданні передували виступи виконуючого обов'язки декана юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка — доцента **А. Бойка** та співголів оргкомітету конференції — проректора Одеської національної юридичної академії, професора **М. Баймуратова** та заслуженого професора Львівського національного університету імені Івана Франка, завідувача Львівської лабораторії прав людини і громадянина Академії правових наук України **П. Рабіновича**. Подальша робота конференції відбувалась у таких секціях: «Проблеми філософії права», «Загальнотеоретичні проблеми прав людини і громадянина», «Загальна теорія права та держави», «Історія держави і права України», «Історія держави і права зарубіжних країн», «Політологія; Історія політичних і правових вчень». Перші дві з названих секцій були вперше виділені у таких заходах.

У роботі конференції взяли участь близько 60 учасників із 10 юридичних навчальних і дослідних закладів Києва, Львова, Одеси, Харкова, Хмельницького та Чернівців.

Серед найбільш цікавих доповідей слід відзначити виступи аспіранта Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України **В. Бігуна** «Деякі дискусійні питання філософії права», аспіранта Львівського національного університету імені Івана Франка **М. Рісного** «Правозастосувальний угляд: загальнотеоретична

характеристика», аспірантки Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича **В. Васильчук** «Проблеми соціальної справедливості в сучасному праворозумінні», студентки Одеської національної юридичної академії **С. Пейчевої** «Міжнародні та внутрішньодержавні стандарти прав людини: їх співвідношення та взаємодія», студентки Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого **О. Ляпун** «Конституційні права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні», студента Хмельницького інституту регіонального управління та права **М. Стефанчука** «Зловживання правом: загальнотеоретичний аспект», студента Львівського національного університету імені Івана Франка **Т. Пашука** «Право людини на ефективний правовий захист як модель формально-юридичного забезпечення суб'єктивного права (ст. 13 Європейської конвенції з прав людини)», студентки Міжнародної академії адвокатури України **О. Харченко** «Ефективність дій норм права».

На заключному пленарному засіданні при підбитті підсумків роботи конференції її учасники висловлювали сподівання, що вона проводитиметься щорічно на базі одного із двох закладів-співорганізаторів і стане доброю традицією у студентсько-аспірантському науковому житті.

Як видається, такі новелізовані форми організації студентського наукового життя та методи стимулювання досліджень студентської молоді, які на юридичному факультеті Львівського національного університету імені Івана Франка вже довели свою дієвість та продуктивність, варті запозичення та подальшого розвитку в практиці проведення студентських та студентсько-аспірантських конференцій і в інших юридичних вищих навчальних закладах.

Матеріал підготували:

Н. Савчук, Р. Сивий, Т. Дудаш

Проблеми і перспективи правового регулювання підприємницької діяльності

Сучасний стан правового регулювання підприємницької діяльності в Україні не забезпечує належних умов для її ефективного розвитку. Тому з цього питання потрібні дискусії представників державної влади і місцевого самоврядування, вчених і фахівців, усіх, хто причетний до формування та реалізації державної регуляторної політики. Ніби у відповідь на суспільні потреби 25 березня

2003 р. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України (далі — Інститут) провів «круглий стіл» на тему: «Правове регулювання підприємницької діяльності: проблеми і перспективи». В засіданні «круглого столу» взяли участь: **М. Оніщук**, народний депутат України, перший заступник голови Комітету Верховної Ради України з питань правової політики; **О. Крупчан**, директор Інституту, член-кореспондент АПрН України; **М. Галянтич**, заступник директора Інституту, кандидат юридичних наук; **В. Кампо**, завідувач сектору Інституту, завідувач кафедри муніципального права на посаді професора Академії муніципального управління, кандидат юридичних наук; **З. Варналій**, заступник директора Національного інституту стратегічних досліджень при Президентові України, доктор економічних наук, професор; **О. Коцюба**, завідувач відділу Інституту, декан юридичного факультету Академії муніципального управління, професор; **О. Синиця**, суддя Київського апеляційного господарського суду; **О. Соколов**, помічник судді Київського апеляційного господарського суду, магістр права; **П. Симонов**, прокурор Генеральної Прокуратури України; **Н. Шейко**, секретар судового засідання Київського апеляційного господарського суду; **В. Сизоненко**, **І. Кузнецова**, **В. Кондрашова-Діденко**, **І. Солодовникова** — кандидати економічних наук, доценти Київського національного університету ім. Тараса Шевченка; **В. Росіхіна**, **В. Соколова** — молодші наукові співробітники Інституту, магістри права; бакалаври права — студенти старших курсів Академії муніципального управління, та інші.

Засідання «круглого столу» відбулися в два етапи: темою його першої сесії було обговорення політико-правових проблем та перспектив регулювання підприємницької діяльності. З даного питання учасники «круглого столу» заслухали ґрунтовну доповідь **М. Оніщука**. В її обговоренні взяли участь **В. Кампо**, **О. Крупчан**, **М. Галянтич**, **О. Коцюба**, **В. Росіхіна**, **В. Соколова** та ін. На другій сесії «круглого столу» обговорювалися економіко-правові проблеми регулювання підприємницької діяльності. Доповідь з цього питання зробив **З. Варналій**. В її обговоренні взяли участь **О. Коцюба**, **В. Сизоненко**, **І. Кузнецова**, **О. Крупчан** та ін.

Після обговорення запланованих питань учасники «круглого столу» ухвалили такі висновки та пропозиції:

1. Реальна державна підтримка малого підприємництва має бути ядром державної політики у сфері підприємництва та його правового регулювання.

2. Реформа політичної системи України повинна привести до створення суспільно-політичних умов для впровадження іннова-

ційної моделі економічного розвитку держави, в тому числі підприємництва.

3. Правове регулювання підприємницької діяльності потребує підготовки і впровадження нового покоління законодавства, заснованого на інноваційній моделі економічного розвитку держави.

4. Необхідно прискорити прийняття Податкового кодексу України, який би відповідав потребам інноваційної моделі економічного розвитку держави та сприяв детінізації економіки.

5. Зацікавленим громадським організаціям треба запровадити щорічні Всеукраїнські підприємницькі слухання за участю представників малого і середнього бізнесу, державних, політичних і громадських діячів, представників громадських організацій підприємців, органів місцевого самоврядування тощо.

6. Державним, самоврядним і громадським структурам необхідно розвивати традиції та культуру підприємництва.

7. Вивчення основ підприємництва повинно стати обов'язковим у середніх школах та вищих навчальних закладах.

8. З метою зниження корупції та тиску на підприємництво потрібно підвищити заробітну плату працівникам податкової служби, представникам інших органів, які обслуговують підприємців, до рівня доходів малих підприємців.

Слід відмітити, що всі учасники «круглого столу» висловилися за регулярне обговорення розвитку правових питань підприємництва та про перетворення цього «круглого столу» на постійно діючий.

Матеріал підготував

В. Шоробура, бакалавр права

(Академія муніципального управління, м. Київ)

Загальні збори Академії правових наук України

21–22 листопада 2003 р. у м. Харкові відбулися Загальні збори з нагоди десятої річниці від дня створення Академії правових наук України.

У роботі засідання взяли участь президент Академії правових наук України **В. Тацій**, віце-президент Національної академії наук України **І. Курас**, перший заступник Глави Адміністрації Президента України **В. Дьомін**, міністр юстиції України **О. Лавринович**, Голова Конституційного Суду України **М. Селівон**, Голова Вищого господарського суду України **Д. Притика**, Голова Державного департаменту України з питань виконання покарань **В. Льовочкін**, перший заступник міністра внутрішніх справ України **С. Гусаров**, заступник Генерального прокурора України **О. Шинальський**, заступник Голови Харківської обласної державної адміністрації **В. Дудуб**, Голова Північно-Східного центру Національної академії наук України **В. Семиноженко**, секретар Харківської міської Ради **М. Воронов**, головний вчений секретар Академії правових наук України **О. Петришин**, академіки, члени-кореспонденти Академії, представники української юридичної громадськості — понад 300 осіб. На Загальних зборах було обговорено широке коло питань, пов'язаних зі створенням та діяльністю Академії правових наук України, підбито підсумки її діяльності за десять років.

Відкриваючи засідання, президент Академії правових наук України **В. Тацій** зазначив, що створення Академії було викликане усвідомленням виняткової відповідальності юридичної науки і практики за державотворчі процеси в Україні, необхідністю об'єднання юридичного наукового і практичного потенціалу з метою будівництва правової, демократичної, соціальної держави, формування високого престижу української юридичної науки, визначення пріоритетних напрямків її розвитку в Україні. Наголошувалося, що створення Академії дало змогу об'єднати зусилля провідних науковців України, кардинальним чином підняти рівень наукових розробок, суттєво підвищити якість правових досліджень та їх позитивний вплив на забезпечення прав і свобод людини і громадяни-

на в Україні, на всі сфери життя суспільства і держави, передусім на діяльність судових та правоохоронних органів, на формування в Україні громадянського суспільства та становлення правової державності.

З поздоровленнями з нагоди десятиріччя створення Академії правових наук України виступили перший заступник Глави Адміністрації Президента України **О. Дьомін**, віце-президент Національної академії наук України **І. Курас**, міністр юстиції України **О. Лавринович**, Голова Конституційного Суду України **М. Селівон**, Голова Вищого господарського суду України **Д. Притика**, заступник Голови Харківської обласної державної адміністрації **В. Дулуб**, секретар Харківської міської Ради **М. Воронов**, заступник Генерального прокурора України **О. Шинальський**, перший заступник міністра внутрішніх справ України **С. Гусаров**, заступник міністра освіти і науки України **В. Стогній**, головний вчений секретар Академії педагогічних наук України **В. Левченко**.

За значний особистий внесок у розвиток юридичної науки, підготовку кваліфікованих юристів, багаторічну плідну наукову і педагогічну діяльність були нагороджені: орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня — **В. Сташис**, перший проректор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого; орденом «За заслуги» III ступеня — **М. Цвік**, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, **В. Борисов** — директор Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України, **Ю. Баулін**, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого; орденом княгині Ольги III ступеня — **Л. Воронова**, професор Київського національного університету імені Тараса Шевченка, **В. Коновалова**, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Присвоєно почесні звання «Заслужений діяч науки і техніки України» — **В. Луцю**, професорові Академії муніципального управління, **А. Гетьману**, проректорові Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, **В. Попову**, завідувачу кафедри Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, **О. Погрібному**, проректорові Одеської національної юридичної академії, **В. Погорілку**, заступнику директора Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, **В. Шепітьку**, завідувачу кафедри Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. За значні здобутки в розвитку юридичної науки почесними грамотами і відзнаками були нагороджені провідні члени Академії правових наук України.

На Загальних зборах з доповіддю «Завдання юридичної науки на сучасному етапі державотворення» виступив міністр юстиції України **О. Лавринович**, який зосередив головну увагу присутніх на ролі юридичної науки у реформуванні державного і суспільного життя на сучасному етапі державотворення в Україні.

У виступах віце-президентів Академії **Ю. Грошевого** та **О. Копиленка** основна увага приділялась організаційно-правовому становленню та діяльності регіональних центрів Академії, поглибленню співпраці Академії з Конституційним Судом України, Верховним Судом України, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, комітетами Верховної Ради України щодо підготовки проектів законів України, Вищим господарським судом України, Кабінетом Міністрів України, Генеральною прокуратурою України, Координаційним комітетом по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю при Президентові України, міністерствами юстиції, внутрішніх справ, зі Службою безпеки України, розширенню міжнародного співробітництва, відновленню інтеграційних традицій з науковими установами та юридичними вищими навчальними закладами країн СНД.

Академіки-секретарі відділень теорії та історії держави і права (**М. Цвік**), державно-правових наук і міжнародного права (**Ю. Тодика**), цивільно-правових наук (**О. Підпригора**), екологічного, господарського та аграрного права (**Ю. Шемшученко**), кримінально-правових наук (**В. Сташис**) підбили підсумки діяльності відділень за десятиріччя, окреслили пріоритети подальшої роботи.

Директори науково-дослідних інститутів вивчення проблем злочинності (**В. Борисов**), інтелектуальної власності (**О. Святоцький**), фінансового права (**В. Антипов**), т. в. о. директора Інституту приватного права і підприємництва (**О. Крупчан**), Центру правової інформатики (**М. Швець**), заступник директора НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування (**О. Петришин**) наголошували на тому, що в інститутах здійснюються найбільш важливі та актуальні фундаментальні і прикладні дослідження у сфері правових наук. На сьогодні інститути проводять наукові дослідження з 20 планових фундаментальних тем, більшість з яких мають інноваційну спрямованість.

Директор видавництва «Право» Академії правових наук України **А. Кумака** поінформував присутніх про результати роботи видавництва, висловив низку побажань щодо його подальшого розвитку, збільшення випуску книг з більш широким тематичним спрямуванням.

При обговоренні результатів діяльності Академії правових наук України акцентувалося на тому, що становлення Академії відбулося, а її створення було не лише доцільним, а й вельми необхідним. Серед головних завдань, які постають перед Академією на сучасному етапі, є: визначення головних напрямків здійснення фундаментальних і прикладних наукових досліджень на найближчі роки та віддалену перспективу, орієнтація на розробку найбільш важливих, визначальних, фундаментальних, злободенних питань, підготовка праць з найбільш актуальних проблем державотворення та формування сучасної національної правової системи.

За участю керівників органів державної влади, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, заступника Голови Харківської обласної державної адміністрації **В. Дулуба**, заступника Харківського міського голови **В. Бабаєва**, президента Академії **В. Тація**, академіків, членів-кореспондентів Академії, представників української юридичної громадськості було відкрито нове приміщення Президії АПрН України на вул. Пушкінській, 70.

О. Петришин, головний вчений секретар АПрН України, член-кореспондент АПрН України

НАШІ ЮВІЛЯРИ

80



Виповнилося 80 років від дня народження та 62 роки трудової і науково-педагогічної діяльності провідного вченого нашої країни, талановитого педагога в галузі цивільного процесуального права, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України **Михайла Йосиповича Штефана**.

М. Й. Штефан народився 3 вересня 1923 р. в м. Обухові Обухівського району Київської області. Напередодні Великої Вітчизняної війни в 1941 р. закінчив Обухівську середню школу № 1. З початком війни став бійцем винищувального загону, а в липні був призваний на військову службу і направлений на навчання до Київського танко-технічного училища. Брав участь в обороні Києва, у бойових діях на Калінінському, Північно-Західному, 2-му Прибалтійському фронтах по звільненню від німецько-фашистських військ Калінінської, Псковської, Новгородської областей та Латвії, на 2-му і 3-му Українських фронтах на території Молдавії, Румунії, Угорщини, Чехословаччини.

За активну участь у бойових діях з німецько-фашистськими загарбниками на фронтах Великої Вітчизняної війни М. Й. Штефан був нагороджений орденами Червоної Зірки і Вітчизняної війни I ступеня, медалями «За відвагу», «За оборону Києва», «За взяття Будапешта», «За перемогу над Німеччиною в 1941–1945 рр.» та ще 12 медалями.

В 1951 р. вступив на юридичний факультет Київського університету ім. Тараса Шевченка, який закінчив з відзнакою в 1956 р. З цього часу вся трудова, наукова і науково-педагогічна діяльність М. Й. Штефана пов'язана з Київським університетом.

М. Й. Штефан працював юрисконсультантом Управління університету і викладачем кафедри цивільного права і процесу. В жовтні 1961 р. вступив до стаціонарної аспірантури по цій кафедрі, продовжуючи викладацьку роботу на факультеті. В 1964 р. захистив кандидатську дисертацію з проблеми участі профспілок у радянському цивільному процесі.

Після закінчення аспірантури М. Й. Штефан переходить працювати на факультет на постійній основі старшим викладачем,

доцентом, професором кафедр цивільного права і процесу, радянського процесуального права, правосуддя.

В 1973 р. М. Й. Штефан захистив докторську дисертацію на тему «Процесуальні засоби, що забезпечують соціалістичним організаціям захист прав у цивільному судочинстві».

У вересні 1974 р. рішенням ВАК М. Й. Штефану був присуджений науковий ступінь доктора юридичних наук, а в квітні 1978 р. присвоєно вчене звання професора.

Професор М. Й. Штефан зарекомендував себе висококваліфікованим педагогом, талановитим дослідником, умілим вихователем студентів і молодих вчених, активним учасником громадського життя. На високому науково-методичному рівні він забезпечує викладання на юридичному факультеті нормативного курсу «Цивільне процесуальне право» та деяких спецкурсів, зокрема «Судове виконання», «Участь підприємств і організацій в цивільному судочинстві», «Цивільне процесуальне представництво». Він розробив програму і викладав тривалий час на факультеті міжнародних відносин і міжнародного права університету курс «Порівняльне цивільне процесуальне право» і спецкурс «Міжнародний цивільний процес».

Напрямки наукової діяльності професора М. Й. Штефана визначаються дослідженням цивільних процесуальних засобів захисту прав, свобод та інтересів громадян, прав і інтересів юридичних осіб і держави. Він зробив вагомий особистий внесок у розвиток науки цивільного процесуального права України. Йому належить пріоритет в розробці проблеми цивільної процесуальної правосуб'єктності, теорії цивільних процесуальних засобів захисту прав, в дослідженні норм цивільного процесуального права.

Професор М. Й. Штефан вніс значні наукові новели в теорію принципів цивільного процесуального права, теорію цивільних процесуальних правовідносин.

Новизною характеризуються численні положення, зроблені М. Й. Штефаном у дослідженнях участі в цивільному процесі по справі сторін, третіх осіб, органів прокуратури, профспілок, інших заінтересованих осіб, позовного і непозовного провадження, які мають значення для теорії і практики цивільного процесу.

Професор М. Й. Штефан досліджував інші проблеми цивільного процесуального права, вніс інші новели в його теорію і є визнаним лідером науки цивільного процесу України. Результати його наукової діяльності були матеріалізовані в численних працях (індивідуальних і колективних), зокрема, в 7 монографіях, 4 науково-практичних коментарях, 19 підручниках і посібниках, 3 бро-

шурах, 35 статтях та ін., зокрема «Особи, які беруть участь у справі» (1967), «Судове виконання» (1967), «Виконання судових рішень» (2001), «Гражданское процессуальное право Украинской ССР» (1989), «Підприємство і правосуддя» (1992), «Представительство граждан в суде» (1990), «Трудовой коллектив и правосудие» (1988), «Принципы советского гражданского процессуального права» ((1980), «Цивільний процес» (1997, 2001), «Правосуб'єктність соціалістических торгових організацій в гражданском судопроизводстве» (1977), «Непозовне провадження в радянському цивільному процесі» (1969) та ін.

Свій науково-педагогічний досвід М. Й. Штефан передає учням. Під його науковим керівництвом було захищено 8 кандидатських дисертацій, він виступав офіційним опонентом по 12 кандидатських і 2 докторських дисертаціях, є членом вчених рад по захисту докторських дисертацій юридичного факультету Київського університету імені Тараса Шевченка та Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

Професор М. Й. Штефан зробив особистий істотний внесок у побудову демократичної, правової держави Україна, брав участь у підготовці і рецензуванні проектів законів України. Він був науковим консультантом комітету правової політики і судово-правової реформи Верховної Ради України попереднього скликання, є членом групи з розробки нового Цивільного процесуального кодексу України, членом Науково-методичної ради Верховного Суду України, був членом кваліфікаційної комісії судів Київського обласного суду, а також головою координаційного бюро з цивільного процесу відділення цивільно-правових наук Академії правових наук України.

За значний особистий внесок в розбудову національної освіти, розвиток наукових досліджень, впровадження сучасних форм навчання і виховання молоді М. Й. Штефан нагороджений медалями «За доблесну працю» і «За трудову відзнаку». Указом Президента України від 29 вересня 1994 р. йому присвоєно почесне звання Заслуженого діяча науки і техніки України, а рішенням Президії Міжнародної Кадрової Академії — звання Почесного академіка (2003 р.).

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають Михайла Йосиповича Штефана з славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, процвітання, творчої наснаги і подальших успіхів у роботі.



Виповнилося 80 років від дня народження відомого не лише в Україні, а й далеко за її межами вченого-правознавця доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України, Голови Міжнародного арбітражного суду при ТПП України **Ігоря Гавриловича Побірченка**.

І. Г. Побірченко народився 15 листопада 1923 р. в Києві у родині службовців. Ратну трудову діяльність розпочав 1 листопада 1941 р. службою в Радянській Армії, в лавах якої брав активну участь у бойових діях на Південному, Північно-Кавказькому, 1-му Українському фронтах.

За відвагу і мужність, проявлені у боях з ворогом, І. Г. Побірченко нагороджений орденом Вітчизняної війни 2-го ступеня, двома медалями «За бойові заслуги», медалями «За відвагу», «За оборону Кавказу», «За взяття Берліна», «За звільнення Варшави», «За звільнення Праги», «За перемогу над Німеччиною в 1941–1945 рр.», а згодом чотирма ювілейними медалями — 20, 30, 40, 50 років Перемоги, трьома ювілейними медалями 50, 60, 70 років Збройних Сил, медаллю Маршала Жукова.

Демобілізувавшись з армії, з 1947 по 1949 р. навчався у Київській юридичній школі, після закінчення якої 16 років був на керівній роботі в органах державного контролю, юстиції і державного арбітражу.

У 1953 р. екстерном закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка.

З 1961 р. І. Г. Побірченко за сумісництвом викладав у Київському університеті спецкурс «Арбітражний процес». Ця обставина і захист кандидатської дисертації в 1964 р. зумовили його перехід з практичної на науково-викладацьку роботу.

У 1965 р. І. Г. Побірченко за курсом переходить з посади головного державного арбітра Київського міжобласного державного арбітражу на постійну роботу на юридичний факультет Київського університету, де працює 28 років (у 1965–1971 рр. доцентом, з 1971 р. — професором).

У 1971 р. захистив докторську дисертацію на тему «Господарські спори і форми їх вирішення». У 1972 р. йому було присвоєно вчене звання професора.

З травня 1972 р. І. Г. Побірченко очолює кафедру цивільного права, а в 1973 р. створює першу в Радянському Союзі кафедру господарського права, яку очолює протягом 16 років.

Діапазон наукових інтересів І. Г. Побірченка надзвичайно широкий, йому притаманне особисте новаторство. Він перший у Радянському Союзі почав викладати університетський курс господарського права, створив першу в СРСР кафедру господарського права і перший у вузах кабінет правової роботи в народному господарстві, написав перші в Україні з грифом Мінвузу підручники з господарського права (був титульним редактором і співавтором) і арбітражного процесу. Його перу належать понад 220 наукових праць, серед яких 10 монографій, два підручники, 9 брошур. Особливо широке міжнародне визнання одержала монографія І. Г. Побірченка «Хозяйственная юрисдикция (общее учение)», якою засновано новий напрямок в юридичній науці — господарська юрисдикція. Серед його учнів 10 докторів і кандидатів юридичних наук, в тому числі науковці з В'єтнаму і Німеччини.

Окремі наукові праці І. Г. Побірченка видано іноземними мовами: англійською, болгарською, німецькою, польською, російською, сербською, словацькою, фінською, французькою, чеською (в Австрії, Болгарії, Нідерландах, Німеччині, Росії, Словаччині, Фінляндії, Франції, Чехії, Швейцарії, Югославії). Він брав активну участь у роботі міжнародних конгресів і конференцій: виступав з науковими доповідями, брав участь у дискусіях, що проходили у Києві, Дніпропетровську, Харкові, Белграді, Братиславі, Бремені, Бухаресті, Варшаві, Венеції, Відні, Женеві, Лейпцигу, Лісабоні, Кошицях, Москві, Парижі, Празі, Салоніках, Сеулі, Софії, Цюриху та в інших містах світу.

І. Г. Побірченко — талановитий педагог. Понад 30 років він викладав курси господарського права і арбітражного процесу в Київському університеті, читав лекції у Львівському, Тбіліському, Братиславському, Брненському, Кошицькому, Лейпцизькому університетах, Харківському і Саратовському юридичних інститутах. Нагороджений золотими медалями Брненського і Кошицького та срібною медаллю Братиславського університетів.

І. Г. Побірченко веде велику громадську роботу. Багато років був головою цивільно-правових секцій науково-консультативної ради Верховного Суду України і наукової ради АН України, членом науково-консультативних рад Державного арбітражу, а згодом Вищого арбітражного суду СРСР, Міністерства юстиції України, членом експертної ради з філософських і правових наук Вищої атестаційної комісії СРСР, членом ради університетів Мінвузу України, членом науково-методичної комісії з правознавства Мінвузу України, відповідальним редактором «Вісника Київського університету» (серії права).

У 1990 р. І. Г. Побірченку присвоєно почесне звання Заслуженого діяча науки і техніки України.

У 1992 р. при Торгово-промисловій палаті України І. Г. Побірченко створив і з того часу очолює перший в історії України Міжнародний арбітражний суд.

У 1993 р. обраний академіком Академії правових наук України.

І. Г. Побірченко є членом Комітету законодавчих ініціатив при Президентові України, членом спеціалізованих вчених рад юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка і Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, членом ради Торгово-промислової палати України, членом редколегії журналу «Право України».

І. Г. Побірченко є членом Міжнародної федерації арбітражних інститутів у Нью-Йорку і Європейської арбітражної групи при Міжнародній торговій палаті в Парижі, а також міжнародним арбітром в міжнародних арбітражних судах при торгово-промислових (господарських) палатах Австрії, Болгарії, Литви, Македонії, Російської Федерації, Словаччини, Стокгольму, Хорватії, Чехії, Югославії.

У 1997 р. І. Г. Побірченко був нагороджений орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Ігоря Гавриловича Побірченка** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги і подальших успіхів.



Виповнилося 80 років від дня народження і 50 років науково-педагогічної та громадської діяльності відомого вченого нашої країни в галузі кримінального права і кримінології, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Івана Миколайовича Даньшина**.

І. М. Даньшин народився 4 жовтня 1923 р. на Слобожанщині у с. Стариця Вовчанського району Харківської області в родині селян. У 1927 р. разом з батьками переїздить до Харкова. Тут у 1941 р. він закінчує середню школу.

З 1942 р. перебуває у діючій армії. В складі винищувально-протитанкової бригади (командир гранатної обслуги, командир бойового взводу) І. М. Даньшин брав активну участь у боях на Курсько-Белгородському напрямку, Калінінському фронті, в Прибал-

тиці, Угорщині, Австрії та Чехословаччині. Учасник визволення від німецько-фашистських загарбників Харкова і України. Нагороджений орденами Червоної Зірки, Вітчизняної війни I ступеня, «За мужність», двома медалями «За відвагу» та 17 пам'ятними медалями.

Після демобілізації І. М. Даньшин вступає до Харківського юридичного інституту (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого), який закінчив у 1949 р. Після цього дванадцять років перебував на практичній роботі. В 1949—1952 рр. працював у Полтавській обласній колегії адвокатів. З 1952 до 1953 р. — юрисконсульт відділу комунального господарства виконкому Харківської обласної Ради, з 1953 р. до 1960 р. — помічник голови виконкому Харківської міської Ради. Практичну роботу поєднував з педагогічною — викладав курс основ держави і права, читав лекції з цивільного і трудового права, з організаційно-правових основ діяльності місцевих Рад у різних навчальних закладах Харкова.

З 1961 р. І. М. Даньшин знову в юридичному інституті: в 1961—1964 рр. навчався в аспірантурі на кафедрі кримінального права і процесу; з 1964 по 1965 р. — асистент цієї ж кафедри; з 1965 по 1967 рр. — старший викладач кафедри; в 1967 і 1968 рр. працював заступником декана заочного та вечірнього факультетів інституту. В 1968 р. затверджується доцентом кафедри кримінального права. Протягом п'яти років (1968—1973) працює проректором інституту з наукової роботи. В 1973 р. обраний завідувачем кафедри кримінології та виправно-трудоного права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. З 1998 р. працює в академії на посаді професора кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права. В 1996—1998 рр. за сумісництвом обіймав посаду заступника директора НДІ вивчення проблем злочинності Академії правових наук України.

В 1965 р. І. М. Даньшин захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Хуліганство та заходи щодо його ліквідації у СРСР», у 1975 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Загальні питання кримінально-правової охорони громадського порядку». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1977 р. Вчене звання професора присвоєно у 1978 р.

У 1990 р. І. М. Даньшину присвоєно Почесне звання працівника народної освіти. Він почесний професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (2001 р.). В 2002 р. йому присуджено почесне звання лауреата Премії імені Ярослава Мудрого у номінації «За видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства». В 1993 р.

його було обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України.

І. М. Даньшин — заступник академіка-секретаря відділення наук кримінального циклу Академії правових наук України, член редакційних колегій трьох наукових журналів, член Президії кримінологічної асоціації України, член спеціалізованої Вченої ради при Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого по захисту докторських і кандидатських дисертацій. Він брав участь у підготовці декількох проектів законів та інших нормативних актів України. Був учасником багатьох вітчизняних та міжнародних наукових конференцій, проведених як в Україні, так і в іноземних державах. Виконав великий грант Американського університету (м. Вашингтон) на тему «Усталені форми злочинності».

І. М. Даньшин підготував 12 кандидатів наук, був науковим консультантом по чотирьох докторських дисертаціях. Він зробив значний особистий внесок у створення сучасної кримінологічної науки в Україні.

До сфери наукових інтересів І. М. Даньшина входять проблеми кримінального права (вчення про кримінально-правові відносини, поняття злочину, юридична характеристика окремих злочинів та інші аспекти кримінальної відповідальності), кримінології (предмет, методологія і методи кримінологічної науки, детермінація злочинності і окремих злочинів, особа злочинця, кримінологічна характеристика окремих видів злочинів). Юридичній громадськості відомі його статті з питань програмованого навчання, студентської наукової діяльності та виробничої практики. На обласному конкурсі «Вища школа Харківщини — кращі імена» він був переможцем у номінації «Викладач фундаментальних дисциплін» (2000 р.).

І. М. Даньшин є автором близько 200 наукових праць, з них семи персональних та шести колективних монографій, співавтором трьох підручників. Найбільш відомими його роботами є: «Уголовно-правовая охрана общественного порядка» (1973), «За преступление — наказание» (1975), «Преступность: понятие и общая характеристика, причины и условия» (1988), «Введение в криминологическую науку» (1998), «Криминология. Загальна та Особлива частини» (автор дев'яти розділів та загальна редакція (2003).

Принциповість і порядність, широка ерудованість і професіоналізм, високі людські якості, сумлінне ставлення до своїх обов'язків здобули І. М. Даньшину заслужену повагу його колег і учнів.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають Івана Миколайовича Даньшина з його славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, творчої наснаги, подальших успіхів у роботі.



Виповнилося 70 років від дня народження та 45 років науково-педагогічної і громадської діяльності відомого вченого нашої країни в галузі цивільного права, талановитого педагога, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України **Володимира Васильовича Луця**.

В. В. Луць народився 11 грудня 1933 р. у с. Рилівка Шепетівського району Хмельницької області. Основи педагогічної майстерності він освоїв, навчаючись у 1949–1953 рр. у Славутському педагогічному училищі, яке закінчив з відзнакою. У 1953 р. В. В. Луць стає студентом юридичного факультету Львівського університету ім. Івана Франка. Як правознавець він формувався на лекціях видатних вітчизняних вчених — професорів П. Недбайла, П. Михайленка, С. Гофмана, В. Сокурєнка, В. Кульчицького, доцентів А. Савицької, А. Пашука, К. Федонюка, С. Базилевича та інших науковців Львівського університету. Ще будучи студентом університету, В. В. Луць у 1957 р. був прийнятий на посаду державного арбітра Держарбітражу при Львівському облвиконкомі.

З 1959 р. він стає аспірантом кафедри цивільного права Київського університету ім. Тараса Шевченка. За час навчання в аспірантурі під керівництвом професора Г. Матвеева підготував кандидатську дисертацію на тему «Кількість та строки виконання в договорах поставки продукції виробничо-технічного призначення», яку захистив у листопаді 1962 р.

З цього часу розпочинається плідна і багатогранна наукова і педагогічна діяльність В. В. Луця на юридичному факультеті Львівського університету. В 1962–1976 рр. він обіймав посаду доцента, а з 1976 по 1996 р. завідував кафедрою цивільного права та процесу Львівського університету ім. Івана Франка. В 1968–1971 рр., 1977–1980 рр. обирався деканом юридичного факультету цього університету. В жовтні 1975 р. у Харківському юридичному інституті захистив докторську дисертацію на тему «Проблеми своєчасного укладення та виконання господарських договорів».

З 1996 р. по 2002 р. В. В. Луць завідував кафедрою цивільного права та процесу Прикарпатського університету ім. Василя Стефаника, а з листопада 2002 р. завідує кафедрою цивільно-правових дисциплін Академії муніципального управління (м. Київ).

У грудні 2000 р. професор В. В. Луць обраний дійсним членом (академіком) Академії правових наук України. Він є заступником академіка-секретаря відділення цивільно-правових наук цієї Ака-

демії, членом редколегії «Вісника Академії правових наук України», членом редакційної ради правового часопису «Юридична Україна».

Головною сферою наукових інтересів академіка В. В. Луця є проблеми договірної права та цивільно-правової відповідальності. Він є автором понад 150 наукових праць, присвячених різним питанням науки цивільного права, в тому числі 15 монографій та підручників, зокрема: «Строки виконання договорів поставки», «Заключение и исполнение хозяйственных договоров», «Хозяйственный договор и эффективность производства», «Окремі види договірних зобов'язань», «Строки в цивільних правовідносинах», «Строки захисту цивільних прав», «Духовні цінності українського народу» (у співавт.), «Цивільне право України» (у 2-х кн., у співавт.), та інших праць. Навчальний посібник В. В. Луця «Контракти у підприємницькій діяльності» був удостоєний третьої премії у номінації підручників і навчальних посібників на конкурсі кращих юридичних видань у 2001 р.

В. В. Луць завідує Лабораторією з вивчення проблем корпоративного права НДІ приватного права та підприємництва АПрН України (м. Івано-Франківськ). На базі цієї лабораторії у вересні 2003 р. було проведено першу в Україні науково-практичну конференцію «Становлення та розвиток корпоративного права в Україні».

Професор В. В. Луць багато уваги приділяє вихованню та підготовці науково-педагогічних кадрів і фахівців-юристів. Під його керівництвом захищена низка докторських та кандидатських дисертацій. За багаторічну викладацьку діяльність він здобув повагу і вдячність багатьох поколінь студентів своїми лекціями, глибокими за змістом та бездоганними за формою викладення. Багато випускників Львівського та Прикарпатського університетів, де викладав професор В. В. Луць, успішно працюють у наукових установах та державних органах різних регіонів України та за її межами. За багаторічну сумлінну працю, особистий внесок у підготовку висококваліфікованих спеціалістів, плідну науково-педагогічну діяльність наказом Міністерства освіти і науки України у 1999 р. професор В. В. Луць був нагороджений знаком «Відмінник освіти України».

У складі робочої групи, створеної Міністерством юстиції України, В. В. Луць у 1992–1999 рр. брав участь у розробці проекту нового Цивільного кодексу України та деяких інших законодавчих актів. Академік В. В. Луць включений до рекомендаційного списку арбітрів Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України і як арбітр бере участь у вирішенні спорів, що виникають із зовнішньоекономічних відносин.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і відданість науці, сумлінне ставлення до своїх обов'язків здобули В. В. Луцю авторитет та повагу юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Володимира Васильовича Луця** з ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги і подальших успіхів у науковій та педагогічній діяльності.



Виповнилося 50 років від дня народження відомого українського вченого в галузі кримінального права, доктора юридичних наук, члена-кореспондента Академії правових наук України, професора **Юрія Васильовича Бауліна**.

Ю. В. Баулін народився 2 вересня 1953 р. в с. Станично-Луганське Луганської області. В 1970 р. він пов'язав свою долю з Харківсь-

ким юридичним інститутом (нині — Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого). Тут він навчався, в 1981 р. закінчив аспірантуру і захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Право громадян на затримання злочинця за радянським кримінальним законодавством». Працював на посадах спочатку асистента, доцента. У 1991 р. захистив докторську дисертацію на тему «Кримінально-правові проблеми вчення про обставини, що виключають злочинність (суспільну небезпеку і протиправність) діяння». З 1992 р. Ю. В. Баулін — професор кафедри кримінального права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. У 1996 р. його обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України.

Ю. В. Баулін — визнаний фахівець у галузі кримінального права. Основними напрямками його наукових інтересів є дослідження проблем методології кримінального права, кримінальної відповідальності та її підстав; обставин, що виключають кримінальну відповідальність; звільнення від кримінальної відповідальності; кримінальної відповідальності за злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів; національних та міжнародних кримінально-правових засобів протидії організованому наркобізнесу, а також проблем застосування нового Кримінального кодексу України. Творчий доробок Ю. В. Бауліна становить понад 70 наукових праць, серед яких особливо слід

відзначити такі: «Право громадян на задержання преступника» (1986); «Обстоятельства, исключают преступность деяния» (1991), а також «Кримінальне право України. Загальна частина» (у співавт., 1999, 2001, 2003), «Кримінальне право України. Особлива частина» (у співавт., 1999, 2001, 2003), «Кримінальне право України: науково-практичний коментар» (у співавт., 2003).

В монографії «Обстоятельства, исключают преступность деяния» вперше у вітчизняній науці досліджено фундаментальні проблеми вчення про обставини, що виключають злочинність (суспільну небезпеку і протиправність) діяння. Ця робота стала ґрунтовною і класичною розробкою з питань обставин, що виключають злочинність діяння. На всьому пострадянському просторі кримінально-правова наука ще не пішла далі тих положень, які Ю. В. Баулін сформулював і обґрунтував у своїй роботі. Та й законодавець значною мірою побудував статті розділу VIII Загальної частини Кримінального кодексу України 2001 р. в основному на результатах цього дослідження.

Плідна наукова діяльність не перешкоджає Ю. В. Бауліну не менш активно займатися і громадською діяльністю. Він є вченим секретарем бюро з кримінального права відділення кримінально-правових наук Академії правових наук України, відповідальним секретарем фахової ради з права та членом експертної ради з права Державної акредитаційної комісії України, членом експертної ради Вищої атестаційної комісії України з юридичних наук, президентом Харківського юридичного товариства. І на всіх цих посадах Ю. В. Баулін проявляє свої непересічні організаторські здібності, талант управлінської роботи, відданість дорученій справі і прагнення до її якнайвищих результатів.

Ці ж якості Ю. В. Баулін не меншою мірою проявляє і в ролі наукового керівника своїх аспірантів і здобувачів. Під його науковим керівництвом підготовлено шість кандидатів юридичних наук.

Науковий здобуток Ю. В. Бауліна широко використовується у законотворчій та правозастосовній діяльності. Він брав участь і в підготовці та доопрацюванні проекту Кримінального кодексу України як член робочої групи Кабінету Міністрів України з підготовки проекту Кримінального кодексу України, що став помітною подією у становленні та укріпленні незалежної Української держави.

Ю. В. Баулін нагороджений нагрудним знаком — пам'ятна медаль «10 років МВС України» (2001). Він є лауреатом Премії імені Ярослава Мудрого (2001, 2002), почесним професором Міжнародного Соломонового Університету (2003), нагороджений орденом «За заслуги» III ступеня. Високий професіоналізм, невичерпний творчий потенціал, порядність і сумлінне ставлення до своїх обо-

в'язків здобули Ю. В. Бауліну заслужену повагу і любов його колег, друзів та учнів, а також визнання юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України» щиро вітають **Юрія Васильовича Бауліна** з його ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я та добробуту на довгі роки, щастя, благополуччя та процвітання, подальших творчих звершень.



Виповнилося 50 років від дня народження відомого вченого нашої країни, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Академії правових наук України **Олександра Дмитровича Святоцького**.

О. Д. Святоцький народився 30 грудня 1953 р. у м. Львові. У 1980 р. закінчив з відзнакою юридичний факультет Львівського державного університету ім. Івана Франка. У 1980–1983 рр. працював відповідальним секретарем Львівського міськвиконкому. З 1983 до 1986 р. — аспірант юридичного факультету Львівського державного університету імені Івана Франка.

У 1987 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.01 на тему «Заснування і розвиток радянської адвокатури (історико-правовий аспект)». З 1986 до 1990 р. у цьому ж вузі пройшов шлях від асистента до доцента кафедри кримінального права і процесу юридичного факультету. У 1990–1993 рр. — докторант юридичного факультету Київського університету імені Тараса Шевченка.

У 1995 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.01 на тему «Адвокатура в юридичному механізмі захисту прав громадян (історико-правове дослідження)». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1995 р.

У 1997 р. О. Д. Святоцькому присвоєно вчене звання професора кафедри історії держави і права України і зарубіжних країн Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.

З 1993 до 1995 р. О. Д. Святоцький працював заступником головного редактора журналу «Право України», з 1995 р. — головний редактор цього ж журналу.

Організаторський талант дозволив О. Д. Святоцькому в 2001 р. очолити Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Академії правових наук України.

У 2000 р. О. Д. Святоцького обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України.

О. Д. Святоцького відрізняє широке коло інтересів. Напрями його наукової діяльності достатньо різнобічні — арбітражний процес, історія держави і права України, філософія права, діяльність адвокатури, право інтелектуальної власності.

Опублікував понад 150 наукових праць, із них шість монографій. Найвизначнішими його роботами є «Історія адвокатури України» (у співавт., 1992), «Сучасні системи адвокатури» (у співавт., 1993); «Правові аспекти приватизації в Україні: У 2-х т.» (у співавт., 1996), «Інтелектуальна власність в Україні: правові засади та практика: У 4-х т.» (у співавт., 1999), «Історія держави і права України: Підручник. У 2-х т.» (у співавт., 2000), «Право інтелектуальної власності: Підручник» (у співавт., 2002).

О. Д. Святоцький з 1998 р. є членом Експертної ради Вищої атестаційної комісії України, спеціалізованих вчених рад Київського університету імені Тараса Шевченка і Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого, а також Ради науково-правових експертиз Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

У 1997 р. Указом Президента України за вагомий особистий внесок у висвітлення проблем конституційного будівництва і розбудови України як суверенної, правової, демократичної держави О. Д. Святоцькому присвоєно почесне звання «Заслужений юрист України».

У 2002 р. нагороджений почесною відзнакою Президента України — орденом «За заслуги» III ступеня.

У 2003 р. О. Д. Святоцький став лауреатом Премії імені Ярослава Мудрого у номінації «За підготовку і видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти».

О. Д. Святоцький — не лише талановитий науковець і чуйний керівник, а й привітна та доброзичлива людина. Його чарівна усмішка, яка не сходить з уст, цілеспрямованість, енергійність та комунікабельність приваблюють оточуючих і слугують підґрунтям плідної співпраці.

Активна життєва позиція, принциповість і глибока людська порядність, широка ерудованість і сумлінне виконання своїх обов'язків, почуття відповідальності за доручену справу і шанобливе ставлення до людей здобули О. Д. Святоцькому авторитет та повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України і редакційна колегія «Вісника Академії правових наук України», Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності АПрН України щиро вітають **Олександра Дмитровича Святоцького** з ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя та процвітання, творчої наснаги і подальших успіхів у багатогранній діяльності.

ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ НАУКИ

<i>Рабінович П.</i> Філософія права: деякі наукознавчі сюжети	3
<i>Скрипнюк О.</i> Сучасна вітчизняна правова наука: теоретико-методологічні проблеми розвитку демократичної, правової, соціальної держави і громадянського суспільства України	13
<i>Рісний М.</i> Правозастосувальний розсуд: до характеристики підстав	26

ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Кривенко Л.</i> Необхідно модернізувати конституційне визначення Верховної Ради України	37
<i>Жук Н.</i> Система стримувань і противаг у державному апараті: витоки та основний зміст	52
<i>Мармазов В.</i> Методи динамічного тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод	63
<i>Герасимов Р.</i> Про зобов'язання держави щодо захисту прав іноземців, їх співвідношення з інститутом дипломатичного захисту і категорією прав людини	72

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство

<i>Яковюк І.</i> Історичні передумови і основні етапи європейської інтеграції	82
<i>Погребняк С.</i> Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї	92
<i>Лисодед О., Степанюк А.</i> Покарання та громадські санкції у діяльності Служби тюрем і пробації Швеції	99

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Рубаник В.</i> Врегулювання відносин власності у Київській Русі в період до Руської Правди — у договорах з Візантією	110
<i>Козаченко А.</i> Злочини і покарання в Україні-Гетьманщині за універсалами Богдана Хмельницького (1648–1657 роки)	120
<i>Селіхов Д.</i> Заборона продажу викуплених селянами надільних земель в Україні наприкінці XIX ст. та її соціально-економічні наслідки	127

ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА І ПРОЦЕСУ

<i>Спасибо-Фатєєва І.</i> «Трансцендентна судова мімікрія», або про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці	137
---	-----

<i>Підпригора О.</i> Речеві права на чуже майно за новим Цивільним кодексом України	149
<i>Червоний Ю.</i> Поняття предмета і методу сімейного права України ...	157
ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА	
<i>Фіночко Ф.</i> Витоки адміністративного права	171
<i>Стрижак А.</i> Теоретико-правові проблеми державного управління в органах судової влади в Україні	177
ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ	
<i>Батургарєєва В.</i> Щодо підстав формування нового поняття рецидиву злочинів	187
<i>Волобуєв А., Степанюк Р.</i> Особливості механізму злочинних порушень бюджетного законодавства	198
<i>Федоренко Д.</i> Про особливості рівня злочинності в урбанізованих регіонах України	208
<i>Лобойко Л.</i> Поняття принципу диспозитивності в кримінальному процесі	218
ПИТАННЯ КРИМІНАЛІСТИКИ І СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ	
<i>Журавель В.</i> Знову до проблеми систематизації криміналістичних знань (деякі дискусійні питання)	229
<i>Тищенко В.</i> Визначення структури криміналістичної характеристики корисливо-насильницьких злочинів	239
<i>Романюк Б.</i> Дослідження слідчим предметів і документів	244
<i>Дрюченко О.</i> Застосування методу порівняльних моделей для розшифровки змісту «тяжких» фонограм	257
ТРИБУНА ДОКТОРАНТА	
<i>Дашковська О.</i> Філософсько-правові аспекти принципу рівності в історії правової думки	265
<i>Погорецький М.</i> Розшук за Статутом кримінального судочинства 1864 року	272
НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ	
<i>Зархіна С.</i> Сучасні підходи до взаємодії філософії мови і філософії права	284
<i>Саміло А.</i> Порівняльний аналіз правового статусу політичних партій у деяких країнах світу в сучасний період	291
<i>Скібіна О.</i> Розвиток ідеї участі громадян України в управлінні державними справами	299
РЕЦЕНЗІЇ	
Нова фундаментальна праця українських адміністративістів (О. Петришин, В. Зуй)	307
Цікаве дослідження практики Європейського суду з прав людини (О. Копиленко, О. Ковальчук)	310
Проблеми становлення та розвитку права і влади в суверенній Україні (Х. Олексик)	313

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

- Сучасні новації у проведенні молодіжних наукових конференцій:
львівський досвід (*Н. Савчук, Р. Сивий, Т. Дудаш*) 318
- Проблеми і перспективи правового регулювання
підприємницької діяльності (*В. Шоробура*) 321

НАУКОВА ХРОНІКА

- Загальні збори Академії правових наук України (*О. Петришин*) 324

НАШІ ЮВІЛЯРИ

- Михайло Йосипович Штефан* 328
- Ігор Гаврилович Побірченко* 331
- Іван Миколайович Даньшин* 333
- Володимир Васильович Луць* 336
- Юрій Васильович Баулін* 338
- Олександр Дмитрович Святоцький* 340

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, написані українською мовою. Посилання на використані джерела слід вміщувати унизу відповідної сторінки, нумерацію посилань на кожній сторінці розпочинати з цифри 1.

З метою оперативного випуску Вісника статті та інші матеріали слід надсилати разом з дискетою, на якій вони записані.

Тексти ненадрукованих рукописів авторам не повертаються.

Наукові погляди авторів статей можуть не збігатися з думкою редакційної колегії.

Збірник наукових праць

Вісник
Академії правових наук
України

№ 4 (35)

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 10.12.03.
Формат 60×84 1/16. Папір офсетний. Гарнітура Newton.
Ум. друк. арк. 21,0. Обл.-вид. арк. 20,1. Вид. № 161.
Тираж 500 прим. Ціна договірна. Зам. № 9

Видавництво «Право» Академії правових наук України
Україна 61002 Харків, вул. Чернишевського, 80
(Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготовників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 559 від 09.08.2001 р.)

Друкарня ПВПП «Слово»
Україна, 61024 Харків, вул. Лермонтовська, 27