2000

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

1

(20)

ВІСНИК

АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

№ 1 (20)

Заснований у 1993 році

Харків
2000

Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого
ФУНДАМЕНТАЛЬНА БІБЛІОТЕКА

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

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

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

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

В 1203000000-003 / 2000 **Без оголош.**

© Академія правових наук України, 2000
© «Право», 2000

Про основні підсумки діяльності Академії правових наук України

в 1999 році та її завдання на перспективу

3 березня 2000 р. Відбулися Загальні збори Академії правових наук України. Після вшанування хвилиною мовчання пам’яті членів-кореспондентів Академії А. П. Тарапова і О. Я. Свєтлова з щорічним звітом виступив президент Академії, академік НАН України В. Я. Тацій:

1999 рік став для Академії правових наук України часом подолання роз'єднаності та відокремленості правових досліджень, забезпечення їх координації та взаємоузгодженості, формування пріоритетних напрямів у галузі правових досліджень. Наукові здобутки колективу Академії, їх наукових підрозділів і передусім інститутів та лабораторій переконливо свідчать про те, що, незважаючи на складні умови, Академія продовжувала працювати та виконувати свої статутні обов'язки. Члени Академії багато чого зробили для розвитку правничої науки, посилення її ролі у розв'язанні проблем соціально-економічного, політичного та культурного розвитку нашої країни. І ця діяльність була високо оцінена державою. Велика група академіків і членів-кореспондентів Академії відзначена нагородами, почесними званнями та грамотами Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, правоохоронних органів.

Указами Президента України Л. Д. Кучми за вагомий особистий внесок у реалізацію державної правової політики, заслуги у зміцненні законності і правопорядку, високий професіоналізм відзнаками Президента України "За заслуги" I ступеня нагороджений академік В.В.Сташис, "За заслуги" II ступеня академік — В.Я.Тацій і член-кореспондент В.Ф.Погорілко, "За заслуги" III ступеня академік — Л.К.Воронова, орденом Ярослава Мудрого V ступеня — академіки П.П.Михайленко та Ю.С.Шемшученко.

За активну законотворчу та освітянську роботу почесне звання "Заслужений юрист України" присвоєне членам-кореспондентам В.В.Комарову, В. С. Кульчицькому та

О.Ф.Скакун. Почесне звання "Заслужений діяч науки і техніки України" присвоєне члену-кореспонденту В.Н.Денисову.

Почесними грамотами Кабінету Міністрів України з врученням пам'ятного знаку відзначена наукова діяльність академіків Ф.Г.Бурчака, В.В.Цвєткова, члена-кореспондента Г.О.Мурашина.

Державну премію України за 1999 р. у галузі науки і техніки присуджено члену-кореспонденту Д.В.Табачнику.

У жовтні 1999 р. на засіданні виконкому ради Спілки юристів України були підбиті підсумки другого Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання і першого Всеукраїнського щорічного конкурсу на краще професійне досягнення "Юрист року". Переможцями і лауреатами різних номінацій цих конкурсів були визначені академіки В.Я.Тацій, М.І.Бажанов, Л.К.Воронова, Ю.М.Грошевий, В.К.Мамутов, В.І.Семчик, В.Ф.Сіренко, І.А.Тимченко, В.В.Цвєтков, М.В.Цвік, Ю.С.Шемшученко, В.З.Янчук; члени-кореспонденти В.Д.Волков, В.В.Комаров, В.С.Кульчицький, М.І.Панов, В.Ф.Погорілко, О.О.Погрібний, П.М.Рабінович, М.М.Страхов, Я.М.Шевченко, С.С.Яценко.

Конкретні результати наукового пошуку, а також досягнень, здобутих членами Академії та колективами науковців, якими вони керують, докладно розглядалися на засіданні Президії Академії і на загальних зборах відділень наук.

І. Незважаючи на фінансові негаразди, а точніше, створення ілюзії фінансування науково-дослідницьких розробок, науковими підрозділами Академії та її відділеннями досягнуті певні здобутки у виконанні наукових тем.

Науково-дослідним інститутом вивчення проблем злочинності (директор — член-кореспондент В.І.Борисов) у 1999 р. виконувалося 11 наукових розробок.

Особливо слід відзначити таку фундаментальну тему, як "Кримінальне право України. Проблеми теорії і практики застосування" (науковий керівник — академік В.В.Сташис). Метою цього дослідження стали аналіз нових кримінально-правових інститутів, а також інститутів, що були відомі раніше, але зазнали впливу сучасного розвитку суспільства, і розробка нових концепцій, спрямованих на вдосконалення теорії та практики застосування кримінального права України.

Робота над темою здійснювалася за двома основними напрямами: 1) злочини в сфері економіки; 2) тероризм і злочини терористичної спрямованості.

Академік В.В.Сташис і член-кореспондент В.І.Борисов як члени Робочої групи з підготовки проекту нового Кримінального кодексу України здійснили значну роботу щодо розгляду зауважень та пропозицій, які були висловлені Робочій групі народними депутатами України після обговорення і прийняття у першому читанні Верховною Радою України проекту Кримінального кодексу.

В межах іншого фундаментального дослідження, що здійснювалося за темою "Судова влада та проблеми її формування і функціонування" (науковий керівник — віце-президент Академії, академік Ю.М.Грошевий), робота проводилась за такими напрямками (підтемами): 1) судова влада та механізм її реалізації за Конституцією України; 2) міжнародні стандарти кримінально-процесуальної діяльності і шляхи її втілення в законодавство України; 3) дослідчий кримінальний процес; 4) судові провадження у кримінальному процесі України; 5) реабілітація у кримінальному процесі України.

В межах цих напрямків досліджувалися проблеми впливу міжнародно-правових стандартів на зміст деяких принципів кримінального процесу, розроблялися пропозиції, пов'язані з реформуванням реабілітаційного законодавства, аналізувалися можливості диференціювання процесуальних форм в умовах докорінного оновлення кримінально-процесуального законодавства, вивчалися особливості процесу порушення кримінальних справ за певними категоріями злочинів.

Під час дослідження підтеми "Судова влада та механізм її реалізації за Конституцією України" було отримано ряд висновків. Так, висловлена думка про те, що судова і правова реформи в Україні потребують нового підходу до сталих поглядів на систему права і систему законодавства.

В ході дослідження підтеми "Міжнародні стандарти кримінально-процесуальної діяльності і шляхи її втілення в законодавство України" були отримані такі важливі висновки: в останні роки спостерігається становлення нової підгалузі міжнародного права -міжнародного кримінально-процесуального права; питання правової допомоги, що випливають з двосторонніх міжнародних договорів, мають бути врегульовані в Кримінально-процесуальному кодексі; у Кримінально-процесуальному кодексі також

мають бути перелічені права та їх гарантії для осіб, залучених до провадження справ, пов'язаних із здійсненням правової допомоги.

Низку важливих наукових результатів було отримано колективом Інституту в процесі дослідження прикладних проблем, а саме: "Наукове обгрунтування створення державної автоматизованої системи кримінологічної інформації" (науковий керівник — академік А.П.Закалюк); "Удосконалення законодавства щодо статусу суб'єктів господарської діяльності та практики його застосування з метою попередження економічних правопорушень (у тому числі злочинів)" (науковий керівник -академік В.К.Мамуто.в); "Криміналістичні, правові та організаційні проблеми використання технічних засобів у боротьбі зі злочинністю" (наукові керівники — професори М.В.Салтєвський та В.Ю.Шепітько); "Проблеми підвищення ефективності діяльності правоохоронних органів щодо виявлення причин та умов і профілактики економічних злочинів в Україні" (науковий керівник-доцент О.Г.Кальман).

Вагомим підсумком досліджень Інституту стало завершення двох наукових тем: "Порівняльно-правовий аналіз законодавства європейських держав та США, що регулює боротьбу з організованою злочинністю" (науковий керівник — доцент В.В.Афанасьєв) та "Проблеми теорії і практики виконання покарань" (науковий керівник — доцент А.М.Степанюк).

Важливо і те, що керівництво Інституту велику увагу в скрутний фінансовий час приділяє проблемі заощадження коштів за рахунок позабюджетних надходжень. У 1999 р. Інститутом було виконано низку наукових досліджень за господарськими договорами. Так, разом з науковцями Інституту економіко-правових досліджень НАН України (директор — академік В.К.Мамутов) на замовлення Державної податкової адміністрації України було проведено дослідження за темою "Розробка методів моделювання взаємодії тіньової економіки з її легальними секторами з використанням комп'ютерних технологій".

Крім того, на замовлення Фонду державного майна України Інститут провів наукове дослідження за темою "Виявлення та попередження злочинів у сфері приватизації державного майна України" (науковий керівник — професор В.С.Зеленецький).

Наведемо окремі приклади практичного використання розробок науковців Інституту.

На прохання Харківської обласної держадміністрації науковці Інституту брали участь у розробці Регіональної комплексної програми соціально-економічного розвитку Харківської області до 2010 року (розділ "Боротьба зі злочиністю та забезпечення прав і інтересів громадян").

Відповідно до запиту Управління СБУ у Полтавській області була підготовлена аналітична довідка з питань аналізу законодавства Сполучених Штатів Америки щодо наявності в США кримінальної відповідальності за контрабанду сировини та приховування валютної виручки шляхом її розміщення на рахунках іноземних банків.

Для Міністерства внутрішніх справ України, а також прокуратури Харківської області і Інституту пожежної безпеки у Харкові підготовлені відповідні доповідні записки щодо рекомендацій працівникам правоохоронних органів з тактики проведення обшуку і з тактики огляду місця події при розслідуванні пожеж.

На виставці "Сучасна освіта в Україні", що була проведена Міністерством освіти України в Харкові, та на конференції в Луганському інституті внутрішніх справ МВС України були представлені розроблені науковцями Інституту системи "Образ" та "Очевидець".

Слід відзначити певні здобутки колективу науковців *Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва*, де у 1999 р. відбулася зміна директора, і зараз цей Інститут очолює член-кореспондент В. В. Костицький.

Основною фундаментальною науковою проблемою, над якою працює колектив Інституту, є "Формування приватно-правових засад ринкової трансформації економіки України". В межах цієї проблеми протягом 1999 р. Інститут проводив дослідження за наступними головними науковими напрямками і темами: 1) методологічні засади теорії приватного права (науковий керівник — д.ю.н. В.М.Селіванов); 2) методологічні та теоретичні проблеми систематизації законодавства в сфері підприємництва (науковий керівник — д.ю.н. В.М.Селіванов); 3) становлення і розвиток інституту права приватної власності в Україні (науковий керівник — к.ю.н. Я.Б.Усенко); 4) проблеми формування і функціонування механізму правовикористання у приватному секторі економіки (науковий керівник -к.ю.н. Р.А.Майданик); 5) проблеми формування і функціонування

механізму державного регулювання підприємницької діяльності (науковий керівник — к.т.н. А.М.Лукашенко).

У 1999 р. Інститут продовжив дослідження проблеми визначення концептуальних засад державної політики розвитку підприємництва, систематизації законодавства у сфері підприємницької діяльності. Результати цих досліджень одержали своє відображення в низці наукових і доповідних записок. Упорядкування понятійного апарату теорії підприємництва мало своїм результатом підготовку "Словника легалізованих термінів з підприємництва".

Значне місце в роботі науковців Інституту посідають питання перспектив удосконалення правової бази розвитку малого підприємництва, критеріїв класифікації суб'єктів малого підприємництва, податкових пільг малому підприємництву, розробки основних підходів до економіко-правової моделі підприємницької діяльності. За підсумками цієї роботи Інститутом підготовлено низку наукових і аналітичних матеріалів.

Інститут продовжує роботу щодо виконання замовлень міністерств та відомств України. Так, на замовлення Фонду державного майна України колектив Інституту провів роботу щодо розробки Типового договору оренди цілісного майнового комплексу державного підприємництва, організації їх структурного підрозділу та Типового договору оренди нерухомого та іншого окремого, індивідуально визначеного майна.

За підтримкою Міжнародного Фонду Євразія науковці Інституту здійснюють розробки згідно з проектом "Приватно-правові засади становлення та розвитку підприємництва в Україні". За підсумками цієї роботи надіслані проміжні звіти: розробка Концепції Кодексу України про підприємництво; розробка Концепції приватно-правових засад становлення і розвитку підприємництва в Україні.

Ваомим внеском у наукові розробки Академії наукова діяльність її *відділень*.

У 1999 р. основними науковими напрямами роботи відділень були: проблеми методології сучасних досліджень у галузі теорії та історії держави і права; проблеми становлення конституціоналізму в Україні; проблеми реалізації адміністративної реформи; проблеми правового регулювання майнових відносин в умовах переходу України до ринкових відносин; гармонізація екологічного законодавства Європейського простору; правове регулювання екологічної безпеки, контролю та моніторінгу в галузі

охорони довкілля; проблеми науково-теоретичного опрацювання нового Кримінального кодексу України та його доктринального тлумачення; проблеми детермінації окремих видів злочинів та ін.

Робота членів відділень була сконцентрована на підготовці наукової та навчально-методичної літератури. Крім того, результати наукових досліджень втілені в низці проектів нормативно-правових актів, розробниками яких були члени відділень Академії.

За безпосередньою участю відділень Академії в 1999 р. було організовано та проведено низку науково-практичних міжнародних та національних конференцій, семінарів, “круглих столів” тощо.

ІІ. Як і в попередні роки. Академія велику увагу приділяла вирішенню питань щодо створення в її системі нових наукових підрозділів.

За ініціативою Президії Академії було прийнято рішення про створення в структурі Академії Науково-дослідного інституту державного будівництва і місцевого самоврядування. Ця ідея знайшла підтримку у депутатів Верховної Ради України. Крім того, створення цього Інституту підтримали Конституційний Суд України, Верховний Суд України, Генеральна прокуратура України, віце-прем'єр-міністр України з питань економіки, Головне управління державної служби України, Державна митна служба України, а також Харківська обласна державна адміністрація, Харківська обласна рада і Харківський міський голова.

Метою створення Інституту має стати вивчення та аналіз конституційно-правових проблем функціонування органів державної влади, розробка законодавчих та нормативно-правових актів з питань державотворення і реалізації державної політики, експертиза проектів законів та інших правових актів, надання практичної допомоги відповідним органам у правотворчій і правозастосовній діяльності. Поряд з конституційно-правовими проблемами державного будівництва, Інститут, зокрема, займатиметься дослідженнями правових проблем: організації державного управління; державного управління економікою і фінансами; організації державної служби; регулювання місцевого самоврядування; здійснення правової та адміністративної реформи; організаційно-правової діяльності місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування; державної та комунальної власності та ін.

III. Значна роль в науково-організаційній діяльності Академії належить Президії Академії, її бюро, відділенням та Київському регіональному центру.

У 1999 р. було проведено 4 засідання Президії та 4 засідання бюро Президії Академії.

У лютому 1999 р. у зв'язку із закінченням повноважень Президії Академії на її Загальних зборах відбулися вибори нового складу Президії. Розподіл обов'язків між новообраними членами Президії, що відбувся на квітневому засіданні Президії, враховує необхідність істотного розширення та поглиблення зв'язків з органами державної влади та управління, навчальними закладами та науково-дослідними інститутами юридичного профілю, Національною та галузевими академіями, громадськими науковими організаціями.

Значну увагу Президія в 1999 р. приділяла визначенню напрямків діяльності відділень та наукових підрозділів Академії. Так, на засіданнях Президії заслуховувалися питання про роботу Львівської лабораторії з прав людини, про функціонування у складі Київського регіонального центру управління з міжнародних зв'язків, яке, до речі, тільки в минулому році поновило свою діяльність після тривалої перерви, обумовленою відсутністю начальника цього управління. Було заслухано питання про роботу відділення теорії та історії держави і права; про роботу управління правової експертизи; про видавничу діяльність Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва і затверджені оновлені склади координаційних бюро відділень Академії. Президія також обговорювала питання про діяльність Міжвідомчої лабораторії правового забезпечення розвитку науки і технологій і результати виконання Науково-дослідним інститутом вивчення проблем злочинності наукових досліджень за господарськими договорами.

Київський регіональний центр як складова частина Президії Академії згідно з Положенням про Київський регіональний центр координував діяльність 35 членів Академії, що працюють в Науково-дослідному інституті приватного права і підприємництва, відділенні цивільно-правових наук і відділенні правових проблем охорони навколишнього середовища і аграрного права, міжвідомчій лабораторії правового забезпечення розвитку науки і технологій, Центрі правової інформатики, а також в трьох управліннях Президії Академії.

IV. Складним був період у діяльності науково-дослідної Міжвідомчої лабораторії правового забезпечення розвитку науки і технологій.

У зв'язку з ліквідацією Міннауки України і організаційним періодом створення у 1999 р. Державного комітету України з питань науки та інтелектуальної власності Міжвідомча лабораторія залишилась недостатньо задіяною з боку цього новоствореного вищого органу виконавчої влади. Незважаючи на це, Міжвідомча лабораторія взяла участь у виконанні або самостійно виконала низку важливих робіт, у тому числі разом з академіями наук, що мають державний статус.

На замовлення Держкомнауки Міжвідомчою лабораторією розроблено пропозиції щодо вдосконалення системи показників та форм для визначення обсягів фінансування науки, зокрема базового фінансування фундаментальних досліджень, за рахунок коштів державного бюджету. Результати цієї науково-технічної роботи використані при розробці "Положення про порядок визначення обсягів базового фінансування фундаментальних наукових досліджень за рахунок коштів державного бюджету", затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 1 березня 1999р. за № 304.

Міжвідомчою лабораторією розроблено проект Інструкції про порядок використання і обліку позабюджетних коштів наукових установ, які повністю або частково фінансуються за рахунок коштів державного бюджету, та відповідну звітність. Матеріали з цього питання Академія надіслала на розгляд Міністерству фінансів, Головному управлінню Державного казначейства, Національному банку. На превеликий жаль, необхідних рішень досі не прийнято. Це питання є особливим важливе зараз, оскільки, виконуючи рішення Президента України та Кабінету Міністрів України щодо особливого режиму обліку і контролю за використанням позабюджетних коштів установ, які утримуються за рахунок бюджету, Мінфін, Держказначейство, Нацбанк України намагаються повною мірою поширити цей режим і на наукові установи, що суперечить чинному законодавству про наукову і науково-технічну діяльність.

Управління міжнародних зв'язків після майже дворічної перерви поновило своє функціонування у лютому 1999 р. Було визнано за доцільне вирішити два завдання, що є істотними для подальшого розгортання діяльності Академії у сфері міжнародної юридичної співпраці і міжнародного права. Перш за все основну увагу було приділено створенню Української асоціації міжнародного права (УАМП). Подібні асоціації існують

в країнах з розвинутою наукою міжнародного права і активною міжнародно-правовою позицією (США, Велика Британія, Франція, ФРН, Росія та ін.). Створення такої асоціації стало спільною справою Академії правових наук України, МЗС України, Інституту держави і права ім. М.В.Корецького ПАН України, Дипломатичної академії при МЗС України. Управління міжнародних зв'язків очолило організаційну роботу по створенню УАМП. Була організована ініціативна група для створення УАМП на чолі з членом-кореспондентом Академії В.Н.Денисовим.

Другим значним заходом роботи Управління було проведення конференції "Україна і міжнародне право на межі тисячоліть (до завершення 10-ліття міжнародного права ООН 1990-1999 рр.)". Було створено підготовчу групу та оргкомітет конференції, розроблено її програму (серпень-вересень), віднайдено джерела фінансової підтримки.

Конференція відбулася 26-27 листопада 1999 р. В ній взяли участь міністр закордонних справ України, народні депутати України, вчені (у тому числі члени Академії В.Н.Денисов, С.П.Головатий, В.В.Костицький, М.Я.Сегай, Д.В.Табачник, В.М.Шаповал, Ю.С.Шемшученко), практичні працівники, які обговорили актуальні міжнародно-правові проблеми, що постають перед Україною в світовому і європейському співтовариствах.

V. Як і в попередні роки, Академія приділяла велику увагу законопроектній діяльності та участі у роботі державних органів. Вчені Академії доклали значних зусиль для створення сучасної законодавчої бази, здатної забезпечити подальший поступальний розвиток нашої держави, реформування всього українського суспільства та реалізацію положень Конституції України. Президент Академії, академік В.Я.Тацій, віце-президент Академії, академік Ю.М.Грошевий та член-кореспондент П.М. Рабінович брали участь у розробці проекту постанови Верховної Ради України "Про засади державної політики України в галузі прав людини". Академіки В".Я.Тацій, Ю.М.Грошевий та член-кореспондент М.М.Сібільов розробляли проект Рамкового документа про правову та судову реформи в Україні. Підготовкою проекту Цивільного кодексу України до другого читання у Верховній Раді України займалися академіки О.А.Підопригора, М.Й.Штефан, члени-кореспонденти Н.С.Кузнєцова, В.В.Луць, Ю.С.Червоний, М.М.Сібільов. У розробці проекту нового закону "Про власність" брали участь академік О.А.Підопригора та член-кореспондент В.В.Костицький. Доопрацювання та узгодження проектів

Господарського і Цивільного кодексів здійснювали академіки О.А. Підопригора, В.К. Мамутов, член-кореспондент Г.Л.Знаменський.

В доопрацюванні проекту Кримінального кодексу України брали участь академіки В.Я.Тацій, Ф.Г.Бурчак, В.В.Сташис, члени-кореспонденти Ю.В.Баулін, Б.І.Борисов, М.І.Панов. Академіки Ю.М.Грошевий та В.Г.Гончаренко продовжили роботу над проектом Кримінально-процесуального кодексу України, Членами Робочої групи з узгодження проектів Закону України “Про прокуратуру” є академіки В. Я. Тацій, Ю. М. Грошевий та член-кореспондент Г.О.Мурашин.

Крім того, у розробці проектів законів, кодексів та інших нормативно-правових актів брали участь академіки А.П.Закалюк, І.А.Тимченко, В.І.Семчик, М.В.Цвік, Ю.С.Шемшученко, члени-кореспонденти В.Д.Волков, Е.О.Дідоренко, П.І.Жигалкін, М.П.Мєлєнтьєв, О.П.Коцюба, В.В.Костицький, М.Я.Сегай, Ю.М.Тодика та багато інших.

Члени Академії постійно залучалися до здійснення експертизи законопроектів та проектів інших нормативно-правових актів. Значну кількість експертних висновків на проекти законів підготували академіки Ю.С.Шемшученко та М.В.Цвік. Були підготовлені також експертні висновки: на проект Бюджетного кодексу України та на проект Податкового кодексу України (академік Л.К.Воронова), на проект Закону України "Про введення дактилоскопіювання громадян України" (академік В.О.Коновалова, член-кореспондент П.М.Рабінович), до Закону України “Про внесення змін до законодавчих актів щодо забезпечення виконання судових рішень” (член-кореспондент Н.С.Кузнєцова), на проект розділу про природокористування і охорону довкілля Зводу законів України (член-кореспондент В.К.Попов), на запит Конституційного Суду України щодо законності участі України в Міжпарламентській асамблеї СНД (член-кореспондент В.Н.Денисов).

VI. Вагомий внесок у видання літератури з правової тематики робить видавництво "Право" Академії правових наук України, створене у 1996 р.

З дня заснування видавництва його колектив підготував і випустив у світ понад 100 видань. У 1999 р. було підготовлено і видано понад 50 назв книжкової продукції (виходячи з десятиаркушного обчислення), що є свідченням того, що видавництво "Право" набирає силу, розширюється, зростають його потужність і професійна майстерність редакторського колективу.

Видавництво започаткувало і вже третій рік регулярно випускає популярну серію "Біографія і бібліографія вчених-правознавців Академії правових наук України".

У видавництві "Право" підготовлені і незабаром вийдуть у світ підручники "Кримінально-процесуальне право України" за редакцією академіка АПрН України Ю.М.Грошевого, "Адміністративне право України" за редакцією професора Ю.П.Битяка, "Правове регулювання господарських відносин за участю промислових підприємств" за редакцією професора В.М.Гайворонського і доцента В.П.Жушмана, навчальний посібник "Кримінологія: Особлива частина" за редакцією члена-кореспондента І.М.Даньшина.

Значне місце поміж видань видавництва "Право" посідає започаткований Президією Академії збірник наукових праць Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності "Питання боротьби зі злочинністю".,

Багато вміння, зусиль і коштів вкладає видавництво у підготовку і випуск у світ збірника наукових досліджень з питань держави і права, правової теорії та практики застосування законодавства — "Вісник Академії правових наук України".

Редакційна колегія "Вісника" приділяє особливу увагу інформації про наукове життя України, висновкам наукових конференцій та "круглих столів". У "Віснику" з'явилися нові рубрики — "Трибуна докторанта", "Авторський проект закону", "Загальні питання правової науки" та ін., планується систематично висвітлювати роботу загальних зборів Президії і відділень Академії, їх координаційних бюро, широко пропагувати хід роботи з головних напрямів наукових розробок, роботу науковців з різних галузей правознавства.

За високий науковий рівень публікацій "Вісника Академії правових наук України" та висвітлення сучасної наукової думки в Україні Спілка юристів на другому Всеукраїнському конкурсі на іфаще юридичне видання присудила першу премію за номінацією "Періодичні юридичні видання" головному редактору "Вісника" академіку В.Я.Тацію та заступнику головного редактора академіку М.В.Цвіку.

VII. Протягом 1999 р. науковці Академії брали активну участь у підготовці та проведенні міжнародних, національних та регіональних конгресів, конференцій, семінарів, колоквіумів та "круглих столів".

Організаторами їх проведення разом з Академією виступили: Кабінет Міністрів України, "Верховний Суд України, Міністерство юстиції України, Академія державного

управління при Президентові України, Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, Інститут законодавства Верховної Ради України, Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, юридичний факультет Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин при Київському національному університеті імені Тараса Шевченка, Університет внутрішніх справ МВС України, Спілка юристів України, Українська правнича фундація, Українсько-європейський консультативний центр з питань законодавства, об'єднання "Верховенство права", Американська асоціація юристів, Всесвітня організація інтелектуальної власності, Центр публічного права при Раді Міжпарламентської Асамблеї СНГ та ін.

Серед найбільш представницьких конференцій слід відзначити міжнародну науково-практичну конференцію "Проблеми боротьби з організованою злочинністю в регіоні (на матеріалах Харківської та Полтавської областей)", яка відбулася 26-27 квітня 1999 р. у Харкові. Організаторами конференції виступили: Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності АПрН України, Харківський центр вивчення організованої злочинності, Департамент юстиції США. У роботі конференції взяли участь понад 100 провідних науковців та практичних працівників — представники Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури України, Верховного Суду України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України та ін.

10-14 листопада 1999 р. відбулася міжнародна конференція "Американсько-українське науково-дослідне партнерство". Разом з Академією її організаторами виступили: Національний інститут юстиції США, американське посольство у Києві та Міністерство юстиції США. На конференції обговорювалися питання про співпрацю фахівців двох країн у галузі реформування законодавства України, були визначені головні цілі та напрями такої співпраці. Вченими були внесені пропозиції щодо проведення спільних українсько-американських досліджень з актуальних питань у галузі права.

Крім того, за участю відділень Академії, науково-дослідних інститутів та лабораторій і управлінь у 1999 р. було проведено 17 семінарів та 10 "круглих столів". Серед них слід виділити такі: "Проблеми державної політики підтримки малого

підприємництва в Україні", "Проблеми функціонування вищих спеціалізованих судів України", "Фінансова злочинність", "Депутатьска несумісність в Україні: проблеми теорії і практики", "Науково-громадське обговорення проекту Кодексу основних правил поведінки державного службовця в Україні", "Кримінальні покарання, альтернативні позбавленню волі", "Незалежна Україна на рубежі століть: погляд науки", "Права людини та основні свободи у судовому процесі: конституційний та міжнародний аспекти", "Торгові аспекти прав інтелектуальної власності", "Механізми та шляхи реалізації інтересів жінок у сучасному українському суспільстві" та ін.

Слід також зазначити, що науковці Академії брали безпосередню участь у проведенні низки міжнародних, національних та регіональних конференцій, що проводилися іншими науковими установами. Серед них: "Систематизація законодавства в Україні: проблеми теорії і практики", "Сучасні проблеми розвитку юридичної науки", "50-річчя Ради Європи", "Зближення національного законодавства та законодавства ЄС", "Поглиблення ринкових реформ та стратегія економічного розвитку України до 2010 року" та ін.

VIII. Академія в 1999 р. приділяла велику увагу розширенню міжнародних Зв'язків. Слід відзначити постійне зростання зацікавленності у співпраці з науковими колективами Академії з боку її зарубіжних партнерів.

Зокрема, на базі Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва за підтримки Міжнародного Фонду Євразія здійснювалися наукові розробки згідно з проектом "Приватно-правові засади становлення та розвитку підприємництва в Україні". Їх підсумком стала розробка Концепції Кодексу України про підприємництво.

Значну роль у розвитку інтеграційних наукових процесів відіграють Національний інститут юстиції Департаменту США та Генеральний правовий департамент Ради Європи, які разом з Науково-дослідним інститутом вивчення проблем злочинності здійснили ряд важливих наукових проектів та провели низку міжнародних науково-практичних конференцій і симпозіумів.

Важливою формою співпраці Академії із зарубіжними науковими установами є спільна робота над монографічними і навчальними виданнями, координація наукових досліджень з представниками міжнародних наукових установ, стажування в наукових центрах країн Європи та США, рецензування дисертаційних робіт, виступи як офіційні

опоненти по дисертаційних дослідженнях в наукових установах за межами України, читання лекцій в зарубіжних університетах. Але зазначені форми, на жаль, обмежені, здебільшого за відсутністю коштів на їх реалізацію з боку Академії.

IX. За остаточними підсумками у 1999 р. Академію профінансовано на 1049 тис. грн., що становить 68 відсотків від планового рівня, визначеного у Державному бюджеті. Цей обсяг фінансування був явно недостатнім для забезпечення нормальних умов роботи Академії. На жаль, сподівання на збільшення бюджетних видатків на науку в 1999 р. виявилися марними. Практика виділення коштів тільки на заробітну плату та ще й в обсягах, що не забезпечують елементарних потреб науковців, продовжує створювати ілюзію фінансування науки і виконує по суті тільки функцію допомоги по безробіттю.

Слід також наголосити і на постанові Кабінету Міністрів України від 8 січня 2000 р. за № 13 "Про вдосконалення системи головних розпорядників коштів державного бюджету", відповідно до якої у великому ланцюзі, через який надходять кошти на фінансування фундаментальних і прикладних досліджень, що проводяться Академією, з'явилася ще одна бюрократична ланка — Міністерство юстиції України, через яке і фінансуватимуть наукові дослідження Академії.

Отже, сучасна система фінансування як важливий елемент управління ефективною реалізацією наукових досліджень, що виконуються науковцями Академії, не стимулює їх успішне виконання, а відсутність реальних замовників гальмує широкомасштабне ефективне використання пріоритетних запрограмованих розробок.

X. Постановою Кабінету Міністрів України від 2 лютого 2000 р. за № 210 затверджено Статут Академії правових наук України.

Основним статутним завданням Академії є організація, координація та проведення фундаментальних і прикладних досліджень у галузі держави і права. Тому слід активізувати роботу відділень Академії у цьому напрямі. Дуже прикро про це говорити; але засідання відділень (за невеликим винятком) проводяться один раз на рік, коли майже всі члени Академії приїздять на Загальні збори Академії. Академіки-секретарі відділень повинні також ініціювати та проводити спільні засідання відділень із запрошенням вчених наукових та начальних юридичних закладів і обговорювати на них стан та перспективи досліджень з того чи іншого наукового напрямку, взаємодію у розв'язанні актуальних правових проблем. Відділенням доцільно систематично виявляти основні тенденції формування напрямів наукових досліджень, оцінювати і уточнювати

коло раніше проголошених пріоритетів. Для виконання таких завдань у відділеннях є дійовий, але, на жаль, мало витребуваний інструмент — координаційні бюро.

У 1999 р. на засіданні Президії Академії був затверджений, з урахуванням пропозицій академіків-секретарів, які є членами Президії, оновлений склад координаційних бюро. Президія сподівалася, що координаційні бюро запрацюють на повну потужність. Але до цього часу діяльність бюро фактично обмежується складанням планів та звітами (і то не завжди) про їх виконання.

Координаційні бюро відділень, на нашу думку, повинні стати осередком координації наукових і дисертаційних досліджень з найбільш актуальних проблем, які здійснюють науково-дослідні установи та навчальні юридичні заклади освіти України з відповідних галузей права, розробляти та вносити на розгляд загальних зборів відділень пропозиції щодо пріоритетних напрямів наукових досліджень, організовувати та проводити обговорення найактуальніших проблем розвитку наукових досліджень та результатів наукової роботи.

Для істотного поліпшення цієї роботи академікам-секретарям відділень необхідно провести нараду з головами координаційних бюро з метою узагальнення досвіду їх роботи, підвищення їх активності по плануванню та координації правових досліджень, виконання інших функцій та завдань, передбачених Положенням про координаційні бюро, затвердженим Президією Академії. При цьому академіки-секретарі разом з своїми заступниками та вченими секретарями відділень повинні взяти на себе відповідальність за реальну роботу координаційних бюро.

Водночас Президія Академії повинна активніше забезпечувати фінансову підтримку діяльності відділень та координаційних бюро щодо проведення відповідних науково-організаційних заходів (оплата відряджень, придбання канцелярських товарів тощо).

У зв'язку з розширенням тематики наукових досліджень, збільшенням обсягу роботи потребують уваги питання доукомплектації кадрами підрозділів Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва, Центру правової інформатики, лабораторії вдосконалення правового становища жінок.

Потребує також вдосконалення організація роботи з підготовки висококваліфікованих наукових кадрів. На сьогоднішній день Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності та Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва) мають аспірантуру з таких спеціальностей: 12.00.03 (цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право); 12.00.04 (господарське право; арбітражний процес); 12.00.06 (земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право); 12.00.08 (кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право); 12.00.09 (кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза). У зв'язку з цим директорам інститутів членам-кореспондентам В.І.Борисову та В.В.Костицькому разом з академіками-секретарями відповідних відділень слід розробити довгострокову програму використання аспірантури для підготовки висококваліфікованих

наукових кадрів для зазначених інститутів, насамперед із залученням випускників Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого та юридичного факультету Київського національного університету ім. Тараса Шевченка. Але це зовсім не повинно виключати можливість залучення до підвищення кваліфікації через заочну форму навчання в аспірантурі або через інститут здобувачів працівників правоохоронних органів, органів виконавчої влади, суддів, які беруть участь у наукових дослідженнях, що виконуються інститутами чи іншим чином допомагають статутній діяльності Академії та її науковим підрозділам.

І ще про одне дуже важливе питання. Свого часу (а це був 1998 р.) на Президії Академії приймалося рішення і давалося доручення Київському регіональному центру опрацювати питання щодо налагодження наукових та науково-організаційних зв'язків з науковими та навчальними закладами країн СНД та країн Європи і США. І якщо у нас вже є позитивний досвід співробітництва з країнами далекого зарубіжжя, то, на жаль, ми ще не маємо таких стосунків з науковими та навчальними закладами Росії, Бєларусі, Молдови та інших сусідів України. Всі стосунки обмежуються лише взаємною участю в наукових конференціях, семінарах, симпозіумах. Що стосується тематики наукових досліджень, дисертаційних робіт, то такою інформацією ми не володіємо. Тому це питання необхідно вирішувати або безпосередньо, або через Міжнародну асоціацію академій наук, яку очолює академік Б.Є.Патон.

Разом з міжнародним співтовариством нам необхідно активно розвивати нові ефективні форми співпраці з іншими галузевими академіями наук, міністерствами та відомствами.

У структурі Академії функціонує Міжвідомча лабораторія правового забезпечення розвитку науки і технологій. З метою вдосконалення форм відповідної співпраці було б доцільно: а) просити Міністерство освіти і науки України підтвердити необхідність її діяльності та запровадити сталу систему цільового бюджетного фінансування виконуваних нею науково-дослідних робіт; б) звернутися до НАН та галузевих академій, які мають державний статус, з пропозицією доповнити основні наукові напрямки роботи цієї лабораторії дослідженнями і опрацюванням правових, організаційних та фінансових засад функціонування цих академій.

Членам Академії слід більш тісно та плідно співпрацювати з видавництвом "Право" АПрН України. Технічна оснащеність видавництва дає можливість видавати більшу кількість видань з правової тематики, задовольняти потреби не тільки науковців та навчальних закладів, а й широких верств населення. Проте видавничий “портфель” видавництва “Право” на сьогоднішній день містить недостатню кількість рукописів.

2000 рік є дуже відповідальним у житті нашої держави. Як наголосив Президент України Л.Д.Кучма на засіданні Президії Національної академії наук України 27 січня 2000 р. у своїй доповіді "Науки надійне плече", ми не можемо, не маємо права допустити, щоб наша держава опинилася на узбіччі науково-технічного прогресу, осторонь головного його русла. Тому Академія повинна наполегливо працювати над

вирішенням проблем, пов'язаних з правовим забезпеченням базових галузей економіки України.

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

О. Петришин, доцент НЮА України

Державна служба як проблема теорії держави і права

Проблеми організації державної служби, функціонування державно-службових відносин традиційно розглядалися вітчизняною юридичною наукою з точки зору підходу, зумовленого особливостями галузевої постановки. Дослідження цієї проблематики розпочиналося з постановки питання про кримінальну відповідальність за посадові злочини: той, хто міг бути притягненим згідно з кримінальним законом до відповідальності за посадові злочини, вважався кримінально-правовою теорією посадовою особою і державним службовцем. Певний час кримінально-правові дослідження були єдиними, а пізніше — домінуючими серед напрямків вивчення проблем державної служби. На відміну від цього адміністративно-правовий підхід концентрував увагу перш за все на “позитивних” елементах правового статусу державного службовця та посадової особи в плані наявності сукупності державно-владних повноважень для здійснення певних, насамперед виконавчих, державних функцій. Сенс вивчення державної служби з позицій науки трудового права полягав у тому, щоб розглядати державно-службові відносини як окремий різновид трудових відносин, які б потрапляли під регулюючий вплив законодавства про працю, щоправда, з певною специфікою .

Безперечно, кожний напрямок юридичної наукової думки має самостійне теоретичне і практичне значення як оригінальний варіант тлумачення розглядуваного явища. Дослідження тих чи інших аспектів організації державно-службових відносин становить вагому невід'ємну частину проблематики відповідних галузей права. Саме в галузевих дослідженнях державно-службових відносин, головним чином в адміністративно-правовій теорії та науці кримінального права, нагромаджено достатньо матеріалу про окремі характеристики державно-службової діяльності, що, зокрема, й

дозволило поставити питання про необхідність його узагальнення, проблему державної служби з загальнотеоретичних позицій в контексті загальних закономірностей виникнення, функціонування та розвитку держави і права. З іншого боку, саме в розтині галузевої проблематики державної служби були поставлені такі проблеми, які не змогли бути вирішені ними внаслідок обмеженості їх предмета.

По-перше, це несумісність або, принаймні, неузгодженість основних понять щодо державної служби в адміністративному, кримінальному, трудовому праві та деяких інших галузях права. Методологічно необґрунтованою та логічно недопустимою є ситуація, коли, наприклад, під посадовими особами в адміністративному праві можуть розумітися одні особи, в трудовому — інші, а в кримінальному — ще інші. Такий очевидний різнобій у тлумаченні вихідних понять концепції державної служби суперечить уявленням щодо цілісності права та державного устрою, системності різних напрямків державно-службової діяльності, різноаспектності сутності державності, перешкоджає формуванню узгодженої системи законодавства про державну службу.

По-друге — неможливість охопити рамками лише однієї адміністративно-правової галузі функціонування законодавчої, виконавчої та судової влади, інші напрямки державної діяльності та здійснення державно-службових повноважень. Недостатньо чітку позицію в цьому плані займає Закон України “Про державну службу”, який намагається водночас регулювати три різні за змістом та обсягом сфери суспільних відносин: 1) державну службу як реалізацію конституційного права громадян; 2) державну службу як організацію і функціонування державних органів та їх апарату; 3) державну службу як організацію лише органів виконавчої влади, що призвело до ще більшої невизначеності вихідних понять концепції державної служби, оскільки і поняття державного службовця в широкому сенсі слова, і поняття державного службовця з позиції вузької інтерпретації, що так чи інакше допускаються цим законом, одержали легальний статус, а тому питання про те, що ж таке державна служба та хто є державним службовцем в Україні, залишилися відкритими.

По-третє, адміністративно-правова теорія пов'язує проблематику державної служби виключно зі здійсненням функції по керуванню колективом працівників державного

органу, його розподілом на власне державний орган та його апарат, що забезпечує функціонування державного органу, ієрархією соціальних ролей і правових статусів у його структурі і тому саме керівники різних рівнів з огляду на особливості адміністративного права є насамперед державними службовцями і посадовими особами. Іншу категорію осіб, що здійснюють державно-владні повноваження поза межами державного органу й іменуються представниками влади, одні адміністративісти включають до числа посадових осіб, а інші — ні. Тому не можуть вважатися відповідно до таких критеріїв посадовими особами, наприклад, слідчі, оперативні працівники міліції, які не мають у своєму підпорядкуванні інших службовців. Іноді, щоправда, така позиція пом'якшується за допомогою встановлення відмінності між поняттями представників влади, до яких відносять депутатів, і представників адміністративної влади, яким, наприклад, вважають міліціонерів, що виконують обов'язок по охороні суспільного порядку. Слід врахувати й ту обставину, що багатьох осіб, яких традиційно у вітчизняній правовій науці іменували представниками влади, Конституція України і відповідні статутні закони називають посадовими особами.

Останнє приводить до виникнення прямо-таки курйозних ситуацій, коли, наприклад, дискутується питання про те, чи є прокурор або суддя державним службовцем, якщо з погляду адміністративного права ними визнаються лише працівники органів державної виконавчої влади, або з позицій розширеного галузевого тлумачення державної служби — працівники апарату державних органів. Не може з цієї точки зору прокурор розглядатися в якості державного службовця як учасник судового процесу, хоча, як відомо, конституційними функціями прокуратури є саме підтримання державного обвинувачення та представництво інтересів держави в суді. При неузгодженості галузевих розробок проблематики державної служби виникають і такі ситуації, коли за деякими критеріями дана особа належить до державних службовців чи посадових осіб, наприклад, отримуючи заробітну платню з державного бюджету або в аспекті можливості притягнення до юридичної відповідальності, а за іншими, скажімо, за ознакою виконання службових повноважень чи наявності пенсійних прав — ні.

По-четверте, наука адміністративного права пов'язує державну службу головним чином з формальним критерієм — заняттям посади як вихідного елемента структури

державного апарату. Ця загальновизнана для адміністративістів теза обґрунтовується за допомогою конструкцій, запозичених з арсеналу структурно-функціонального аналізу. Так, характерною рисою організаційної структури з цієї точки зору є те, що вона насамперед виступає не як сукупність людей, а як організація "соціальних позицій", оскільки люди на посадах змінюються, а соціальні позиції залишаються. Але функціонування соціальної системи, принаймні з погляду своїх джерел, не може бути нічим іншим, як практичною діяльністю людей, які входять до неї, що водночас не виключає необхідності врахування сукупного інтеграційного ефекту. У будь-якому разі, якщо такий формальний підхід може бути прийнятним для галузевих адміністративно-правових досліджень, то для широкого загальнотеоретичного аналізу видається очевидною його обмеженість, оскільки закономірності функціонування малих соціальних груп, різновидом яких з погляду категорій соціальної психології є державні органи, навряд чи потрібно ототожнювати з закономірностями функціонування держави як організації політичної влади в масштабі всього суспільства в різноманітних її проявах.

Вагомим аргументом, який свідчить про настійну потребу в загальнотеоретичних дослідженнях питань державної служби, є окремі спроби адміністративістів вивести проблеми державної служби за межі галузевої постановки, що іноді тлумачиться як завдання перед адміністративно-правовою наукою розробити такі поняття державної служби, державного службовця та посадової особи, які змогла б запозичити загальна теорія держави і права.

Оригінальну спробу обґрунтування нової галузі права і законодавства і відповідно науки службового права зробив російський адміністративіст Ю. Старилов, який вбачає специфіку службового права в тому, що воно є системою правових норм, які регулюють суспільні відносини у сфері внутрішньої організації державної служби, встановлення правового статусу державних службовців, практичного функціонування державної служби. Наголошуючи на комплексності державно-службових відносин, які неможливо охопити рамками предмету адміністративного права, Ю. Старилов ототожнює основне поняття своєї концепції — "службове право" з поняттям "право державної служби". Це можна розцінити як певну логічну неузгодженість, оскільки з погляду понятійних зв'язків поняття державної служби є лише видовим стосовно поняття служби (взагалі).

Зрозуміло, що крім державної служби поняття служби охоплює й інші різновиди службової діяльності, наприклад, службу в органах місцевого самоврядування (муніципальну службу), апараті управління громадських організацій і політичних партій, підприємств, заснованих на недержавній формі власності, значущість яких не слід недооцінювати в умовах формування засад громадянського суспільства і які так само регулюються правими нормами.

Розширення горизонту дослідження шляхом включення до нього норм конституційного, міжнародного, муніципального та деяких інших галузей права, безумовно, є виправданим і корисним, але, разом з тим, призводить до недостатньої послідовності у побудові та викладенні самого змісту концепції державної служби, що зумовлено особливостями не тільки самого предмета дослідження, який всі дослідники кваліфікують як надзвичайно багатоаспектний, а й його жанру — енциклопедичного (а не загальнотеоретичного) підходу, що органічно припускає деякі елементи еклектики. Наприклад, Ю. Старилов кваліфікує “службове право” то як окрему галузь права, то як тільки інститут адміністративного права. Само ж по собі перейменування права державної служби в “службове право” не може означати розширення пізнавальних можливостей дослідження.

У сенсі постановки проблеми про службу взагалі, врегульованої нормами адміністративного права, більш обгрунтованою видається точка зору Л. Коваля, який розглядає професійну службу в організаціях як цілісну проблему. Професійна служба справедливо пов'язується ним із заняттям посад не тільки в державних органах, а й в об’єднаннях громадян, недержавних структурах. Хоча, з іншого боку, не можна погодитися з методологічних міркувань з визначенням цим автором служби як “адміністративно-правового відношення службовця, що обіймає посаду”, оскільки відношення саме по собі походить від діяльності, яку воно опосередковує, відображує закономірності та способи її здійснення.

Як специфічну підгалузь управлінської інтелігенції розглядає проблему соціальної природи спільноти юристів М. Соколов, досліджуючи її з погляду їх місця в суспільному розподілі праці, фахової зайнятості розумовою працею, наявності спеціальних знань.

Докладне дослідження особливості соціально-професійного статусу юриста знайшли в контексті юридичної деонтології з відповідним акцентом на службовому призначенні юридичної професії, так чи інакше пов'язаної зі здійсненням владних повноважень. Водночас варто врахувати нетотожність категорій державних службовців, посадових осіб і юристів, оскільки не всі юристи є державними службовцями або посадовими особами, наприклад, не можна вважати державними службовцями адвокатів, юрисконсультів приватних підприємств та деяких інших фахівців.

Державну службу в Україні, на думку Н. Нижник, необхідно зробити "загальнодержавною" з огляду на питання демократизації її побудови і функціонування, цілісність на всій території країни, узгодженість елементів і зв'язків. Водночас, авторка визначає напрямки вдосконалення державної служби крізь призму її цілей, принципів і функцій, виділяючи такі блоки проблематики, які по суті виводять державну службу не тільки за межі адміністративно-правової постановки проблеми, а й за межі правознавства: законодавче регулювання, соціологічні дослідження, професіоналізацію технології, фінансування, соціальну ефективність.

З позицій завдань загальнотеоретичного осмислення феномена державної служби сама логіка об'єктивного розвитку науки виступає як така, коли фундаментальній теорії належить базисна роль у розвитку прикладної науки, і тільки на основі загальнотеоретичних розробок можуть успішно розвиватися і поглиблюватися прикладні дослідження. Тільки осмислення природи й особливостей державно-службових відносин з точки зору призначення держави і права в організації та функціонуванні соціальної системи, специфічних закономірностей держави і права, визначення "первородних ознак" державної служби може створити передумови для формування логічно обґрунтованої й узгодженої системи юридичних знань про це складне і багатоаспектне явище. Водночас потрібно наголосити і на тій обставині, що особливості предмета теорії держави і права, її місце як фундаментальної дисципліни в системі юридичних наук не дозволяють брати готовими поняття і конструкції, вироблені галузевими юридичними дисциплінами.

Отже, загальнотеоретичний підхід дає змогу висвітлити проблематику державної служби в контексті співвідношення суспільства і держави, ролі і місця державності в суспільстві, в умовах формування в Україні засад правової, демократичної, соціально орієнтованої державності. Призначення державної служби в такому широкому контексті полягає в практичному виконанні завдань і функцій, що бере на себе держава. Загальнотеоретичне опрацювання основних понять концепції державної служби дає змогу підкреслити службове призначення держави відносно суспільства, розглянути проблеми організації державно-службової діяльності в системі демократії, відмежувати інститути громадянського суспільства, що функціонують на принципах самоорганізації**,** від інститутів власне державної організації суспільства **—** державних органів і організацій**,** органічно пов'язаних із застосуванням державно-владних повноважень.

Такий ракурс дослідження проблематики державної служби надає можливість виділити і розмежувати публічний і приватний сектори життєдіяльності суспільства, що регулюються відповідно з позицій публічно-правових або приватно-правових засад. На цій основі державна служба може розглядатися як функціонування державних інститутів, які складають механізм держави;[1] щодо забезпечення життєдіяльності публічних форм суспільної організації. Виокремлення на загальнотеоретичній основі державної служби за критерієм джерела оплати праці, яким виступає державний бюджет, одержує пріоритетне значення в умовах формування ринкових відносин, що дозволить суспільству визначити і постійно корегувати оптимальний “кошторис” на утримання державної служби та державних службовців.

[1] Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. К., 1997. С. 85.

Загальнотеоретичні визначення понять державної служби і державного службовця мають ґрунтуватися на загальних для різноманітних їх видів ознаках, що розкривали б особливості їх соціальної природи з огляду на закономірності функціонування держави як інституту влади та управління суспільством. Власне виділення із суспільства відносно відокремленого та структурно організованого органу (апарату) влади та управління є основною ознакою виникнення і функціонування держави, атрибутом державності як такої. У цьому сенсі державну службу слід розглядати як стрижень державності,

принаймні, якщо розуміти державність в інституціональному сенсі як орган управління суспільства. Відповідно державними службовцями в широкому сенсі є не тільки працівники органів державної виконавчої влади, а й депутати парламенту, судді, прокурори, інші особи, що займають посади в державних органах та організаціях. Всі ці групи державних службовців належать до однієї категорії — цивільної на відміну від мілітаризованої (військової та воєнізованої) державної служби. Державними службовцями та посадовими особами вони є незалежно від того, в якій сфері (внутрішній чи зовнішній) вони реалізують свої повноваження, або від своєї відомчої належності, а тому, що обіймають посади, пов'язані зі здійсненням державно-владних або інших службових обов'язків за уповноваженням держави, підпадають під дію правових норм, що встановлюють їх особливий правовий статус як осіб, що працюють на державу, знаходяться на службі у держави, її службовців.

За таких підстав стає можливим відокремлення державної служби як різновиду фахової діяльності, що утворилася внаслідок поділу суспільної праці, інституціоналізації відмінностей управлінської праці від інших видів суспільно корисної діяльності і насамперед від виробництва, а державних службовців — від інших категорій працівників, зайнятих суспільно корисною працею в інших галузях життєдіяльності суспільства. В цьому плані державна служба може бути охарактеризована як окрема управлінська професія. Водночас, оскільки здійснення державно-службової діяльності пов'язане з належністю до певного соціального статусу, вона означає щось більше, ніж фахове заняття у звичайному розумінні. Державна служба виступає для осіб, професійно зайнятих її здійсненням, як засіб і форма їх життєдіяльності, що характеризується відповідними рисами субкультури, корпоративної поведінки, етики та менталітету. Однак ці питання вимагають окремого дослідження з позицій цілісності і системності, зокрема під кутом зору управлінської та політичної науки.

Загальнотеоретична постановка питання про державну службу дозволяє розглянути його як проблему кадрів державного апарату: підбір і використання кадрів державного апарату, особливості правового статусу осіб, які перебувають на державній службі, організація проходження служби та службової кар'єри. Невипадково майже у всіх новітніх підручниках з теорії держави і права в розділах, присвячених механізму й

апарату держави, підкреслюється, що його фізичним втіленням є люди, які працюють відповідно до зайнятих посад — державні службовці та посадові особи, які безпосередньо виступають від імені держави і державних органів, представляють їх у відносинах з громадянами і тому можуть бути охарактеризовані як їх людська субстанція, гуманітарний потенціал.

Кадровий підхід до організації державної служби означає, що посади в державному апараті можуть займати тільки ті особи, які мають певний рівень освіти, відповідають кваліфікаційним та іншим посадовим вимогам. проходження ж та просування по службі державних службовців здійснюється відповідно до певної категорійності посад, присвоєних їм рангів, класних чинів, звань тощо. Така організація державної служби передбачає певну систему навчання, підготовки, підвищення кваліфікації та атестації державних службовців. Найбільш плідно кадрові проблеми державної служби можуть бути висвітлені на основі розгляду посади і людини, яка її обіймає, як єдиної системи формальних і особистісних рис, що має бути здійснено в рамках загальнотеоретичного дослідження, яке внаслідок особливостей свого предмета стикується з іншими галузями гуманітарної науки — етикою, психологією, політологією, соціологією.

Загальнотеоретичне дослідження питань державної служби дозволяє висвітлити її завдання з позиції конституційних положень, насамперед щодо спрямованості діяльності держави правами і свободами людини і громадянина, перед яким держава повинна відповідати за свою діяльність. У цьому сенсі налагоджене функціонування інституту державної служби виступає однією з найбільш вагомих гарантій забезпечення та захисту прав і свобод людини і громадянина. Соціально орієнтована державність передбачає значну питому вагу державно-службової діяльності в системі гарантій прав і свобод людини і громадянина, насамперед прав на соціальний захист. Зрозуміло, що конституційне право громадян України на рівний доступ до державної служби припускає значно ширше коло суб'єктів цього права, ніж, якби йшлося тільки про забезпечення можливості доступу до заняття посад в органах державної виконавчої влади або в апараті державних органів. Власне, спираючись на конституційні приписи, є обґрунтовані підстави стверджувати про те, що чинний Закон України “Про державну службу”

відносить до державних службовців значно меншу за обсягом категорію осіб, ніж це потрібно.

Тільки з позиції предмета теорії держави і права може бути розглянуте питання про співвідношення права з державною службою про державно-службову діяльність, як виконання вимог закону. Спроби його досліджувати в рамках галузевої постановки є неадекватними, оскільки в такому разі порівнюються не однопорядкові поняття. Якщо поняття права і закону належать до понятійного ладу теорії держави і права, то поняття державної служби в апаратному вимірі входить у предмет тільки однієї з галузей права — адміністративного. Внаслідок цього не враховується весь можливий спектр впливу права на регулювання відносин державної служби, що в такому разі зводиться винятково до інструментального аспекту — "право як засіб державного управління".

Тому і цей аспект дослідження проблем державно-службових відносин виводить дану проблематику за рамки галузевої теорії, в тому числі адміністративно-правової. Загальнотеоретична інтерпретація змісту державної служби передбачає, що праця службовців не може регулюватися тільки адміністративно-правовими нормами. Власне саме в такому розрізі стає можливою постановка проблеми правового режиму, юридичної технології державної служби. Саме тому державну службу варто розглядати як один з центральних інститутів публічного права. Цю обставину слід підкреслити, оскільки саме співвідношення публічного і приватного права, будучи фундаментальним підрозділом усієї системи права, визначає наступну її диференціацію.

Слід тому принципово погодитися з вимогою щодо обов'язковості спеціальної юридичної підготовки державних службовців, хоча і в різних обсягах для різних їх груп. У цьому плані варто пригадати, що невипадково засновник концепції "раціональної бюрократії" М. Вебер називав державних службовців своєрідним правовим персоналом суспільства. Але, якщо, наприклад, у такому нефаховому стосовно юриспруденції міністерстві, як міністерство економіки і фінансів Франції, половина чиновників є юристами за освітою, то в органах державної виконавчої влади України (крім Мінюсту) на сьогоднішній день юристів одиниці.

З погляду завдань, що стоять перед законопроектною діяльністю в галузі правового регулювання державно-службових відносин, загальнотеоретичне поняття державного службовця має сприяти чіткому визначенню кола осіб, зайнятих здійсненням державно-службової діяльності, на яких поширюється законодавчо визначений спеціальний статус державного службовця з усіма його особливостями, обмеженнями і гарантіями. У прикладному плані з тим чи іншим тлумаченням поняття державного службовця пов'язане настання або ненастання реальних юридичних наслідків для різноманітних суб'єктів, що можуть істотно і необґрунтовано змінити правове становище особи в різних галузях юридичної практики.

У кінцевому результаті розробка проблем державної служби і правового статусу державного службовця з широких позицій орієнтує законодавця на прийняття комплексу законодавчих актів стосовно різноманітних галузей державно-службової діяльності, серед яких, насамперед слід назвати закон “про загальні засади державної служби”, який був би заснований на загальнотеоретичному підході до визначення державної служби і положення якого поширювалися б на всіх державних службовців, незалежно від конкретних напрямків їх діяльності й особливостей правового статусу, та закон “про службу в державних органах та їх апараті”, що поширювався б тільки на працівників державного апарату. Можливо також прийняття законів щодо більш конкретних напрямків державно-службової діяльності. Так, Ю. Битяк пропонує прийняти закони, які б регулювали державно-службові відносини в конкретних державних органах та їх апараті стосовно різноманітних гілок державної влади : “Про службу в апараті Верховної Ради України”, “Про службу в органах виконавчої влади та їх апараті”, “Про організацію роботи апарату органів судової влади”, “Про службу в апараті органів місцевого самоврядування”.

З іншого боку, ці поняття, сформульовані з погляду загальної теорії держави і права, повинні слугувати підставою для їх розгалуженої міжгалузевої класифікації**,** узгодження на єдиній методологічній базі досліджень особливостей різноманітних напрямків здійснення державно-службової діяльності та видів державних службовців. Саме з позицій гранично широкого тлумачення державної служби підкреслюється традиційне для сучасної західної і у першу чергу англомовної термінології

співвідношення між поняттям публічної служби (public servis) і поняттям цивільної державної служби (civil servis), яку до того ж іноді називають державною службою в юридичному сенсі цього слова тому, що саме на останню категорію осіб поширюється спеціальне законодавство про державну службу. Тільки з погляду предмета теорії держави і права можливий пошук шляхів оптимального вирішення складної наукової проблеми про загальнотеоретичні поняття та ознаки посадової особи, що було для вітчизняної юридичної науки дискусійним на різних етапах її розвитку.

Таким чином, можна виснувати різноманітних аспектів організації державної служби, функціонування державно-службових відносин, особливостей правового статусу державних службовців та посадових осіб так чи інакше приводять до необхідності розгляду цих питань за допомогою підходу, основу якого має скласти спільна для окремих галузей правової науки методологія з позиції теорії держави і права як фундаментальної загальнотеоретичної дисципліни в межах системи юридичних наук. Таке дослідження повинно стати органічною складовою проблематики теорії держави і права, насамперед теорії держави як відносно відокремленого інституту, передбачає певний поворот наукових досліджень в напрямку проблематики службового призначення державності стосовно суспільства і людини під кутом зору кадрового забезпечення державного апарату, визначення правових механізмів та критеріїв формування і ефективного використання його людських ресурсів.

Водночас загальнотеоретичний підхід до питання про державну службу вимагає відмови юридичної науки від спрощеного механістичного відображення процесу формування та функціонування такої складної організації, як державний апарат, має сприяти оновленню самого характеру правових досліджень з цієї тематики, використанню як класичних, випробуваних часом структурно-функціональних методик, так і нових сучасних методологічних орієнтирів, зокрема антропологічних, політологічних, конкретно-соціологічних та соціально-психологічних методів дослідження, наповненню понятійного арсеналу теорії держави і права гуманістичним виміром.

Антропологічний вимір, який має стати тут основним, передбачає розгляд системи державного устрою та управляння як такої, де люди керують людьми, де перші з них конституювались у відносно відокремлену організацію (інститут) — державний апарат на підставі поділу суспільної праці, набуття фахових знань, проходження певних процедур відбору, а другі — займаються іншими видами діяльності, які можуть бути не менш важливими для суспільства, але стосовно публічно владних відносин є керованими. Тому теза Л. Мамута про те, що субстартом держави виступають люди[2], виглядає незавершеною і потребує уточнення — так, ним є люди, але організовані в публічно владну асоціацію, в якій вони виконують певні соціальні ролі — керуючих та керованих, мають стосовно участі в управлінні державними справами різний правовий статус — державних службовців (посадових осіб) і "пересічних громадян".

[2] Див.: *Мамут Л. С.* Народ в правовом государстве. М., 2000.

Надійшла до редколегії 10.01.2000

Н. Раданович, науковий співробітник Львівської лабораторії

прав людини АПрН України

Проблеми забезпечення відповідності законодавства України Конвенції про захист прав людини і основних свобод: загальнотеоретична характеристика

Стаття 33 Конвенції про захист прав людини і основних свобод (далі — Конвенція) встановлює, що будь-яка Висока Договірна Сторона може передати на розгляд Європейського Суду з прав людини будь-яке, на її думку, порушення положень Конвенції та протоколів до неї іншою Високою Договірною Стороною. Таке порушення виникає вже із самого факту існування національного закону, який зобов'язує, приписує чи дозволяє вжиття заходів, несумісних з гарантованими Конвенцією правами і свободами (про це прямо відзначається у Підготовчих до Конвенції матеріалах[1]).

[1] Див.: *Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е.* Європейське право в галузі прав людини. Джерела і практика застосування. Будапешт, 1997. С. 480.

Тому, аби запобігти порушенню Конвенції, необхідно привести національне законодавство у відповідність з її положеннями, нормами. Основні етапи і стадії, методи і способи діяльності, посередництвом якої відбувається таке “приведення”, аналізуються у цій статті.

Перший етап зазначеної діяльності вбачається у з'ясуванні питання щодо відповідності національного законодавства положенням Конвенції. Наслідком розгляду такого питання може стати встановлення: 1) суперечності або 2) несуперечності, або ж 3) відповідності законодавства України нормам Конвенції. Розглянемо кожну з цих ситуацій детальніше.

1). Суперечність норм національного права і норм Конвенції. Наприклад, вивчення Закону України “Про попереднє ув'язнення”, проведене ученими Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, призвело їх до висновку, що цей закон не відповідає ст. 5 Конвенції. “В законі,— вважають вони, — ніде не тільки не

згадується про презумпцію невинуватості, але часто вона й не мається на увазі, тобто немає розмежування між обвинуваченим, підозрюваним і засудженим”[1].

[1] Аналіз законодавства України на предмет відповідності європейським стандартам з прав людини // Права людини. Спецвипуск Харківської правозахисної групи. 1996. № 8. С. 3.

2). Несуперечність норм національного права положенням Конвенції матиме місце тоді, коли:

а) у національному праві існує прогалина, тобто законодавчо не врегульовано ті суспільні відносини, які перебувають у сфері дії Конвенції. Наприклад, п. “е” ст. 5 Конвенції передбачає “законне затримання осіб з метою запобігання поширенню інфекційних захворювань”, а таке затримання поки-що не врегульовано національним правом (Міністерство охорони здоров'я України розробляло законопроект “Про захист населення від інфекційних хвороб”, але на сьогодні це питання ще залишається відкритим);

б) конвенційна норма виражена оціночним поняттям, а норма національного права — поняттям формально визначеним. Так, положення ч. 3 ст. 5 Конвенції (“Кожна заарештована або затримана особа... має право на судовий розгляд впродовж розумного строку...”) містить оціночне поняття — “розумний строк”, тоді як кримінально-процесуальне законодавство України встановлює щодо таких ситуацій конкретні строки тримання особи під вартою під час досудового розслідування вчинення злочинів — за загальним правилом, не більше двох місяців. Цей строк може бути продовжено районним або прирівняним до нього прокурором до трьох місяців. В особливо складних справах цей строк може бути продовжено до шести місяців з дня взяття під варту прокурорами Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя. Заступник Генерального прокурора може продовжити цей строк до 12, а Генеральний прокурор — до 18 місяців. Наступне продовження строку не допускається. Час ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи при обчисленні строку тримання під вартою як запобіжного заходу, не враховується.

Отже, постає запитання: чи відповідають строки, передбачені у чинному КПК України, оціночному поняттю “ розумний строк”, про який ідеться у ч. 3 ст. 5 Конвенції?

Щоб відповісти на це запитання, звернемося до прецедентної практики застосування згаданої конвенційної норми Європейським Судом з прав людини (далі — Суд). Суд визначив сім критеріїв оцінки тривалості затримання: сам строк тримання під вартою; строк тримання залежно від типу порушення, від призначуваного за нього покарання; матеріальні, моральні та інші фактори впливу на особу ув'язненого; поведінка обвинуваченого у плані впливу на нього затримок будь-якого характеру; труднощі, пов'язані зі справою (наприклад, її заплутаність або велика кількість свідків); спосіб ведення слідства; поведінка судових органів при розгляді клопотань про звільнення в період ведення слідства і судового розгляду[1].

[1] Див.: *Мэрдок Дж. Л.* Статья 5 Европейской Конвенции по Правам Человека. Защита Свободы и Неприкосновенности Личности. Русская версия. Страсбург, 1994. С. 6.

Як бачимо, ці критерії теж носять оціночний характер: у кожному конкретному випадку Суд вивчає відповідність і достатність мотивів, наведених державою для виправдання обмеження права на свободу, а також відповідність і достатність мотивів продовжуваності цієї процедури. І, як зазначає Дж. Л. Мердок, “тлумачення ч. 3 ст. 5 до цього часу дає привід для суперечок”[2]. У той час як у прецедентній практиці Суду сформувалися певні критерії визначення “розумного строку”, КПК України встановлює фіксовані проміжки часу. Їх аналіз у контексті наведених критеріїв визначення “розумного строку” не дає нам підстав говорити про очевидну суперечність між нормами КПК і ч. 3 ст. 5 Конвенції, скоріше, за все можна констатувати їх *несуперечність*;

в) і конвенційна норма, і норма національного права виражені оціночними поняттями. Наприклад, п. “в” ч. 3 ст. 4 Конвенції зазначає, що термін “примусова чи обов'язкова праця” не включає до себе “...будь-яку службу військового характеру або, у разі відмови від неї за власними переконаннями, в країнах, де така відмова визнається, службу, призначену замість обов'язкової військової служби”. Натомість Закон України “Про альтернативну (невійськову) службу” передбачає в якості такої служби будь-яку

роботу незалежно від її характеру й умов. За таких обставин можна говорити про видиму несуперечність національного закону положенням Конвенції;

г) конвенційна норма відсилає до національного закону. Тільки акт застосування національного закону, з яким не погоджується заявник, може привести до визнання невідповідності цього закону вимогам Конвенції. Так, згідно з ч. 2 ст. 10 Конвенції здійснення права на свободу вираження своєї думки "може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, які передбачені законом". У Законі України "Про державну таємницю" міститься Перелік відомостей, що складають державну таємницю, п. 4.5.1 якого перераховує злочини проти держави, а п. 4.5.2 говорить і про інші злочини проти держави. Тим самим службам безпеки надається можливість надто широкого розсуду щодо оцінки поведінки громадян.

[2] Там само. С. 8.

Порівнюючи ч. 2 ст. 10 Конвенції та Закон України "Про державну таємницю", зокрема його п. 4.5.1 і 4.5.2 Переліку відомостей, що становлять державну таємницю, навряд чи можна говорити про їх очевидну суперечність; і лише в процесі застосування цього закону може бути виявлено порушення права особи на вираження своєї думки у контексті ст. 10 Конвенції. При цьому варто зауважити, що Суд, розглядаючи конкретну справу, іноді самостійно оцінює законодавство держави та практику його застосування. Так, у рішенні по справі Класе та ін. Суд не знайшов порушення Конвенції і тим самим дав позитивну оцінку законодавству і практиці ФРН на предмет їх відповідності європейським стандартам щодо права на повагу особистого життя і кореспонденції. В інших же рішеннях Суд дійшов дещо інакших висновків, визнавши, що, скажімо, законодавство Сполученого Королівства та Франції має прогалинний характер і не містить достатніх гарантій проти зловживань шляхом втручання в користування правом на поважання особистого життя і кореспонденції[1].

[1] Див.: *Энтин М. Л.* Международные гарантии по правам человека: опыт Совета Европы. М., 1997. С. 132.

Тут виділено лише деякі можливі варіанти несуперечності національного права і Конвенції, які, з одного боку, не свідчать про їхню суперечність, а з другого, не свідчать і про їх беззаперечну відповідність.

3). Відповідність норм національного права і норм Конвенції. Можна розрізняти наступні різновиди такої "відповідності":

а) залежно від обсягу національного нормативно-правового акта, який порівнюється з Конвенцією: загальну (всі норми такого акта відповідають вимогам Конвенції) та часткову (лише деякі його норми (норма) відповідають вимогам Конвенції);

б) залежно від методу встановлення відповідності: умовно кажучи, внутрішню (без залучення додаткових джерел) і зовнішню (із залученням додаткових міжнародних або національних джерел, наприклад рішень Суду або національних нормативно-правових актів);

в) залежно від врахування обсягу конвенційних приписів: загальну (норма національного права збігається з нормою Конвенції; різновидом загальної відповідності, як вбачається, є, так би мовити, тотожна відповідність, коли норму Конвенції дослівно відтворено у національному нормативно-правовому акті) та конкретизовану (норма національного права збігається з нормою Конвенції в її інтерпретації Судом у його певному рішенні).

Наведена класифікація може набувати практичного значення при здійсненні певної імплементаційної діяльності.

При вирішенні питання щодо відповідності національного права вимогам Конвенції необхідно визначитися також з методом, який використовуватиметься для цього. Взагалі кажучи, "діагноз" відповідності встановлюється шляхом порівняння і тлумачення норми Конвенції та відповідної норми (норм) національного права. При цьому, аби більш глибоко вникнути у зміст конвенційної норми, іноді доводиться вивчати рішення Суду, в якому вміщено її тлумачення. Аналогічно і з нормою

національного права: для більш правильного її розуміння у процес тлумачення залучаються норми інших нормативно-правових актів — як законів, так і підзаконних актів, а також постанови Пленуму Верховного Суду України, рішення Конституційного Суду України. Наприклад, при аналізі національного законодавства на предмет його відповідності ч. 3 ст. 5 Конвенції (“Кожна особа, яка заарештована або затримана... негайно доставляється до судді чи іншої посадової особи, уповноваженої законом здійснювати свої судові функції...”) використовуються ст. 29 Конституції України, ст. 236, 236 КПК України,ч. 4 ст. 13 Закону України “Про попереднє ув'язнення”, постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 вересня 1994 р. “Про деякі питання, що виникають при застосуванні судами законодавства, яке передбачає оскарження до суду санкції прокурора на арешт”.

Отже, можна говорити про порівняльно-тлумачний метод вирішення питання щодо відповідності норм національного права положенням Конвенції. Цей метод має такі два види: простий (коли порівнюються і тлумачаться норма Конвенції і норма національного права без залучення додаткових джерел) та складний (коли така діяльність здійснюється із залученням додаткових джерел).

Нарешті, характеризуючи діяльність по встановленню відповідності норм національного права положенням Конвенції, можна визначити певні її стадії. До них належать: визначення тих норм Конвенції і норм національного права, які підлягатимуть порівнянню; залучення, у разі потреби, додаткових джерел для тлумачення відповідної норми (норм) Конвенції (зокрема, рішень Суду або інших джерел); тлумачення конвенційної норми (норм); залучення додаткових національних джерел для тлумачення відповідної норми (норм) національного законодавства (законів, підзаконних актів, постанов Пленуму Верховного Суду України, рішень Конституційного Суду України та інших джерел); тлумачення норми (норм) національного права; визначення прийнятного критерію для вирішення питання щодо відповідності порівнюваних норм; порівняння результатів тлумачення на підставі обраного критерію; формулювання висновку щодо результатів порівняння; у разі невиявлення відповідності — визначення заходів щодо забезпечення її досягнення.

Остання стадія є власне початком **другого етапу** приведення національного законодавства у відповідність з нормами Конвенції. На ньому, якщо виявляється суперечність (очевидна невідповідність) або несуперечність (можлива невідповідність) національного права положенням Конвенції, задіюється *імплементаційна правотворчість*: приймається, доповнюється, змінюється або скасовується національний нормативно-правовий акт під впливом колізійної або такої, що вказує на прогалину, норми Конвенції. Наприклад, на забезпечення відповідності національного права п. “e” ст. 5 Конвенції (“...законне тримання під вартою... психічно хворих...” “...з метою поліпшення їх стану...”) спрямовано розробку Міністерством охорони здоров'я України законопроекту “Про психіатричну допомогу”.

Варто виділити одну з вагомих вимог, якої потрібно додержуватися при імплементаційній правотворчості — вимогу вичерпності. Адже можна просто відтворити конвенційну норму в національному праві і таким чином досягти його відповідності з Конвенцією. Проте більш ефективним буде сформулювати цю норму, зважаючи на її розуміння Судом, що сприятиме правильному її застосуванню. Наприклад, п. “e” ст. 5 Конвенції розгорнуто тлумачиться у рішенні Суду по справі Вінтерверп. У цьому рішенні, зокрема, зазначається, що для того, щоб затримання особи було визнано правомірним відповідно до п. “e” ст. 5 Конвенції, потрібно переконливо довести реальний розлад психіки затриманої особи, його інтенсивність і тривалість, аби поміщення і тримання особи у лікарні вважати законним[1].

[1] Див.: *Мэрдок Дж. Л.* Вказ. праця. С. 10.

Поряд з імплементаційною правотворчістю ще одним способом приведення національного законодавства у відповідність з вимогами Конвенції слугує *імплементаційне правотлумачення,* яке має місце у разі несуперечності (можливій невідповідності) норм національного права і норм Конвенції. Наприклад, відповідним тлумаченням приписів законів України “Про альтернативну (невійськову) службу” та “Про свободу совісті та релігійні організації” можна досягти їх повної відповідності положенням Конвенції.

Імплементаційне правотлумачення залежно від його ролі в імплементаційному процесі поділяється на: констатуюче (спрямоване на встановлення змісту кожної з порівнюваних між собою норм Конвенції та норм національного права) та перетворювальне (спрямоване на досягнення відповідності національного права вимогам Конвенції).

І, нарешті, додамо, що коли реалізація Конвенції у внутрішньому правопорядку держави затримується очікуванням результатів імплементаційної правотворчості або ж імплементаційного правотлумачення, тоді слід керуватися принципом переваги, пріоритету норм міжнародного права в разі їх суперечності з національним правом. У цьому "пункті", отже, постає питання про *імплементаційне правозастосування.* Однак розгляд цього питання вже виходить за межі теми даної статті.

Надійшла до редколегії 22.11.99

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Ю. Тодика, член-кореспондент АПрН України

Конституція і правова доктрина

У науці конституційного права не дуже часто, але все ж вживається термін "доктрина": "доктрина розподілу влад", "доктрина конституційної юстиції", "конституційна доктрина", "доктрина абсолютного суверенітету" тощо. Разом з цим аналіз літератури свідчить, що цей термін розглядається в основному як явище, притаманне міжнародному праву. Вважаємо, що таке вузьке розуміння терміна "доктрина" в правознавстві є несприятливим і занадто обмеженим.

На нашу думку, конституційне законодавство і насамперед конституції базуються на відповідних доктринах, що є осмисленням ученими, законодавцями ролі і місця конституційного права в національній правовій системі як втілення концептуальних ідей і положень в конституційних приписах. Тим більше термін "доктрина" має право на існування в науковій літературі. Питання про конституційні доктрини науково, на жаль, не ставилося. Але не було б конституційного права, конституційного законодавства, якби не існували відповідні доктрини. Якість цих явищ значною мірою зумовлюється тим, які доктрини покладені в їх основу — ліберальна, марксистська тощо.

Питання про конституційні доктрини в науковому аспекті не аналізувалося, мабуть, передусім тому, що вважалося, що доктрина притаманна тільки міжнародному праву. Такої позиції додержуються і автори юридичного словника, які дають визначення тільки двом термінам, що належать до доктрин: "доктрина міжнародного права" і "доктринальні джерела конституційного права"[1]. Цей термін обходять і енциклопедичні видання з конституційного права[2].

[1] Див.: Большой юридический словарь. М., 1998.

[2] Див.: *Баглай М. В., Туманов В. А.* Малая энциклопедия конституционного права. М., 1998.

Для того, щоб хоча б взагалі визначитися з доктриною (доктринами) в конституційному праві, є сенс розглянути, як же вона розуміється в міжнародному праві. В останньому доктрина розглядається як система поглядів і концепцій про сутність і призначення міжнародного права в конкретних історичних умовах (у широкому розумінні) і як наукові праці юристів-міжнародників (у вузькому)[3]. Майже дослівно таке ж визначення цього терміна дається в словнику-довіднику "Международное право"[4]. Доктринальні джерела конституційного права визначаються як позиції найбільш відомих учених-юристів (головним чином минулого), до яких звертаються у випадках, коли прогалини в конституційному праві не можуть бути заповнені статутом або ж зареєстрованими рішеннями суду[1].

[3] Див.: Большой юридический словарь. С. 185.

[4] Див.: Международное право: Словарь-справочник. М., 1997. С. 65.

[1] Див. Большой юридический словарь. С. 185.

Виникає питання: а чи може термін "доктрина" розумітися тільки як погляди учених або як сукупність наукових праць? Вважаємо, що ні. Так, термін "доктрина" в Конституції РФ застосовується в зв'язку з тим, що Президент РФ уповноважений затверджувати воєнну доктрину Росії (п. 3 ст. 83). Таким чином, під доктриною мається на увазі не просто система поглядів, праць учених-конституціоналістів, а нормативно-правовий акт, що має відповідну юридичну силу і є обов'язковим на всій території держави. І конституційне положення, що глава держави затверджує воєнну доктрину, відносно Президента РФ має імперативний характер, тобто він повинен її затвердити, а потім виходити з неї при прийнятті відповідних рішень.

Тому до доктрин в конституційному праві можна віднести не тільки погляди учених-конституціоналістів та їх наукові праці, а й основоположні концептуальні ідеї, втілені в конституції, інших законодавчих актах.

На наш погляд, Конституція України ґрунтується на ліберально-демократичній доктрині, яка дала змогу на концептуально новій основі вперше в історії українського

конституціоналізму чітко закріпити принципи поділу влад (ст. 6) і верховенства права (ст. 8), політичну, економічну та ідеологічну багатоманітність (ст. 15), пріоритет прав особи (ст. 3), невідчужуваність і непорушність прав людини (ст. 21), непорушність права приватної власності (ст. 41) тощо. В ній втілені концептуальні ідеї світового конституціоналізму, апробовані світовим досвідом.

У цьому відношенні істотну роль зіграла Концепція нової Конституції України, яка була схвалена Верховною Радою 19 червня 1991 р., особливо "Загальнометодологічні принципи Концепції"[2], в якій встановлювалося, що: а) нова Конституція Республіки має ґрунтуватись на Декларації про державний суверенітет України; б) через всю Конституцію мають бути проведені ідеали правової держави; в) в центрі уваги нової Конституції має бути людина як найвища соціальна цінність, її права і свободи та їх гарантії; г) регулювання Конституцією суспільних відносин повинно бути спрямоване на забезпечення умов життя, гідних людини, формування громадянського суспільства; ґ) Конституція має визначити пріоритет загальнолюдських цінностей, закріпити принципи соціальної справедливості, чітко показати прихильність України до загальновизнаних принципів міжнародного права. В цих положеннях закладені філософія Конституції України, її ліберально-демократична доктрина, спрямованість на демократичні перетворення. Конституції України 1919, 1929, 1937 та 1978 рр. базувалися на марксистській доктрині, тобто на принципово іншій основі.

[2] Див.: Конституція незалежної України. Книга перша. Документи, коментарі, статті. К., 1995.

Концепція нової Конституції України визначила спрямованість майбутнього Основного Закону відносно не тільки внутрішніх аспектів організації і функціонування держави та суспільства, а й зовнішніх, оскільки в розділі "Засади конституційного ладу" Концепція визначає позицію України щодо Союзу Суверенних Держав. Зафіксовано, що відповідно до волі народу Україна самостійно вирішує питання про утворення разом з іншими державами Союзу Суверенних Держав на основі Декларації про державний суверенітет України і насамперед таких принципів: добровільність входу і виходу; суверенна рівність і взаємовигода; відмові від застосування сили або загрози

застосування сили чи будь-яких інших засобів тиску; територіальна цілісність; непорушність існуючих кордонів; мирне врегулювання спорів і конфліктів; невтручання у внутрішні справи; повага прав людини, національних меншин і народів; рівноправність і право народу вирішувати свою долю; співробітництво і взаємоповага; сумлінне виконання договірних зобов'язань. Україна як суверенна держава укладає міжнародні договори, вступає в політичні та економічні союзи, вільно з них виходить.

Таким чином, в основу цих положень покладені міжнародно-правові аспекти взаємовідносин між державами, пріоритет прав особи, суверенітет і незалежність держави. По суті це доктрина незалежності України як держави. В ній концептуально визначені роль і місце України в межах колишнього СРСР і міжнародної спільноти в цілому. Ця доктрина базувалася на ідеях Декларації про державний суверенітет України, яка заклала базові пріоритети українського народу, що потім було втілено в Конституції України 1996 р., інших законодавчих актах.

Конституційно-правова доктрина — це сукупність філософських і правових ідей концептуального рівня, які втілені в конституції та інших законодавчих актах, що визначають спрямованість розвитку держави і суспільства, національної правової системи.

Під поняттям "конституційно-правова доктрина" ми розуміємо не якусь одну концептуальну ідею, а цілісну систему ідей і поглядів, що знайшли нормативне закріплення. Але це не заперечує її сприяння як сукупності ідей про роль конституційного права, як наукових праць учених-конституціоналістів, що мають істотне значення для розвитку теорії і практики конституціоналізму, конституційного реформування суспільства.

Між цими доктринами є суттєва різниця. Одна справа, коли доктрина як ідея або комплекс ідей не втілена в правових приписах, і зовсім інша, коли вона чітко закріплена на конституційному рівні і визначає спрямованість правової системи держави. Така ідея носить нормативний, обов'язковий характер. Причому правова доктрина визначає не тільки ідеологію законотворення і в цілому нормотворчості, а й правозастосовну і правовиховну діяльність.

Особливо часто з феноменом правової доктрини доводиться стикатися суддям Конституційного Суду України, оскільки цей орган конституційної юрисдикції дає тлумачення нормам Конституції і законів України. При цьому велике значення має правосвідомість суддів Конституційного Суду. Відповідно ті різні підходи, що виникають при розгляді справ в органі конституційної юрисдикції, пов'язані з тим, що судді можуть підходити до розгляду проблем з концептуально різних доктрин, світоглядних позицій. Це особливо характерно для суспільства, яке перебуває на перехідному етапі свого розвитку.

З доктринально різних підходів можуть аналізуватися ті чи інші події, пов'язані з конституційним процесом. Так, неоднозначно в суспільній думці і політичній еліті українського суспільства розцінюються парламентська криза (лютий 2000 р.), можливі наслідки всеукраїнського референдуму, призначеного на 16 квітня 2000 р.

Уведення до понятійного апарату конституційного права категорії "конституційно-правова доктрина" зумовлює, на наш погляд, аналіз в науковому аспекті таких актуальних проблем конституціоналізму: а) співвідношення понять "конституційно-правова доктрина" і "конституційний принцип"; б) доктрина та її закріплення в деклараціях про державний суверенітет, актах проголошення незалежності держави, концепціях конституцій, тексті основного закону держави; в) як доктрина, втілена в конституції, інших нормативно-правових актах, в цілому впливає на правову систему, її окремі блоки; г) чи можливо, щоб в одному законодавчому акті були закладені доктринально різні підходи; ґ) зародження правових доктрин та їх розвиток; д) активний вплив одних доктрин у відповідній правовій системі та їх несприйняття в інших нормативних системах, конституційних актах; е) чинники, що впливають на становлення і збагачення одних правових доктрин і відхід з "історичної арени" інших; є) якою мірою правова доктрина сприймається не тільки окремими прошарками суспільства, а й народом у цілому, як це корелюється з його менталітетом, уявленнями про гуманне, справедливе, праведне.

Конституційна доктрина закладає базу не тільки конституційного законодавства, а й усієї правової доктрини держави, її демократичної чи антидемократичної

спрямованості. Тому формулювання цієї доктрини має основоположне значення для держави, суспільства, людини і в її викристалізації важливо задіяти науковий потенціал не тільки юристів, а й філософів, політологів, соціологів, у цілому суспільствознавців.

Особливе значення має аналіз декларацій, в яких первинно закладаються правові доктрини як система наукових поглядів на майбутній оптимальний устрій держави і суспільства, які потім визначають ідеологію і спрямованість конституцій. У цьому аспекті слід відзначити Декларацію незалежності (США, 1776 р.), Декларацію прав людини і громадянина (Франція, 1789 р.), Декларацію прав трудящого і експлуатованого народу (РРСФР, 1918 р.). Майбутні конституційно-правові акти спочатку зароджуються як система політико-правових і філософських ідей, які апробуються через хартії, декларації, концепції, акти з іншою назвою, а потім уже втілюються в конституційних та інших текстах у вигляді чітких нормативно-правових приписів, обов’язкових до виконання всіма суб’єктами правовідносин.

Особливо значну роль в доктринальному аспекті, а також з позицій становлення конституціоналізму в світі зіграла Декларація прав людини і громадянина 1789 р., яка стала політичним маніфестом Французької революції. Вона стала актом історичного значення, одним з основоположних документів, який істотно вплинув на розвиток демократії і конституціоналізму в світі. При цьому якщо американську Декларацію незалежності 1776 р. було проголошено в колишній колонії, то документ Французької революції з’явився в самому центрі Європи — в класичній країні монархічного абсолютизму. Відповідно до “старого режиму”, який базувався на станових привілеях влади багатіїв, були протиставлені рівність перед законом, природні права людини і громадянина, законність у державному управлінні. Ці та інші ідеї французьких просвітителів, втілені в тексті Декларації, стали вимогами права і нормами закону. Вихідний пункт Декларації — людина від природи наділена природними і невідчужуваними правами, люди народжуються і залишаються вільними і рівними в правах (ст. 1).

Декларація 1789 р. до природних прав віднесла свободу, власність, безпеку і право чинити опір пригнобленню. Вона виходила з того, що джерело суверенітету знаходиться

в нації, ніхто не може володіти владою, якщо вона не йде від нації, що всі громадяни мають право особисто чи через своїх представників брати участь у створенні закону. Як гарантію свободи і безпеки особи Декларація встановила або ж підтвердила принципи, що стали класичними конституційними формулами: “дозволено все, що не заборонено законом” (ст. 5); “немає злочину, не передбаченого законом” (ст. 7); “ніхто не може бути покараний інакше як в силу закону, прийнятого і обнародуваного до вчинення злочину” (ст. 8); “кожний вважається невинуватим, доки його вина не встановлена” (ст. 9). У ст. 16 Декларації закріплено, що будь-яке суспільство, в якому не забезпечено користування правами і не проведено поділу влад, не має конституції, а ст. 17 встановила, що оскільки власність є священним і недоторканним правом, то ніхто не може бути її позбавлений інакше як у випадку, визначеному законом. Все це — положення конституційного доктринального рівня, які істотно вплинули на розвиток конституціоналізму в усьому світі.

Багато концептуальних положень французької Декларації втілені в Конституції України 1996 р.: поділ влад (ст. 6); усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах; права і свободи людини є невідчужуваними і непорушними (ст. 21); громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом (ст. 24); право приватної власності є непорушним (ст. 41); особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бут піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду (ст. 62). Особливе значення має положення ст. 5 Конституції України, згідно з яким носієм і єдиним джерелом влади в Україні є народ.

Все це — положення доктринального рівня, які закріплені в конституційних текстах і суттєво впливають на становлення і розвиток світового конституціоналізму. Ідеї французької Декларації вже більше 210 років конструктивно діють у цьому напрямку. Істотне значення в цьому аспекті мали не тільки Декларація 1789 р., а й Декларація незалежності (США, 1776 р.), Загальна декларація прав людини (ООН, 1948 р.). Для України основоположну роль має Декларація про державний суверенітет України. Всі республіки колишнього СРСР свого часу прийняли такі декларації, і першою з них — Російська Федерація.

Значення декларацій для становлення конституціоналізму в різних країнах полягає в тому, що в них не тільки може констатуватися і юридично підтверджуватися те, що вже реально склалося в суспільно-політичному житті країни, а й містяться принципи й настанови, які дають орієнтацію майбутнього розвитку держави і правової системи. Підкреслюючи велику роль декларацій, М. Баглай і В. Туманов вважають, що "декларація в конституційному праві — це не заява про наміри, а джерело конституційного права, акт державної влади, який має загальнообов'язковий характер"[1]. Тут дещо перебільшується значення декларації з нормативно-правової точки зору. Але це правильно в доктринальному аспекті.

[1] *Баглай М. В., Туманов В. А.* Вказ. праця. С. 111.

Деякі декларації безпосередньо стають частиною конституції, наприклад, Декларація прав трудящого і експлуатованого народу, яка була прийняті 12 січня 1918 р. І Всеросійським з'їздом Рад, потім включена в Конституцію (Основний Закон) РРСФР 1918 р., а Декларація про створення СРСР 1922 р. — в Конституцію СРСР 1924 р. Французька Декларація 1789 р. — частина нині діючої Конституції Франції, тобто її норми мають вищу юридичну силу в правовій системі цієї держави.

В історико-правовому і державно-правовому аспекті є сенс проаналізувати, як правова доктрина, що втілена на конституційному рівні в одних країнах, втілюється в правовій системі інших країн, суб'єктів федерації. Так, Декларація прав трудящого і експлуатованого народу, ідеї якої втілені в Конституції РРФСР 1918 р., в кінцевому результаті потім концептуально відображені в конституційних актах інших республік, наприклад, в Конституції УРСР 1919 р., в якій на відміну від Конституції УНР 1918 р. був чітко втілений класовий підхід. Це насамперед проявилося в обмеженні виборчих прав громадян за класовою ознакою.

На конституційний розвиток у світі впливає не тільки ліберально-демократична доктрина, а й інші, зокрема класова, марксистська доктрина. Слід враховувати, що марксистська доктрина розуміння соціально-економічних прав людини і громадянина вплинула не тільки на конституційне законодавство соціалістичних країн, а й на конституції багатьох країн з сталими демократичними традиціями. Тому "рух" і

“взаємовплив” правових доктрин конституційного рівня — це не вулиця з одностороннім рухом, де можна сказати, що тільки ліберально-демократична доктрина визначає вектор конституційного розвитку всіх країн світу. До того ж сучасний світ багатополюсний і правові системи досить різні. Відповідно, не можна стверджувати, що тільки західні конституційні доктрини і концептуальні ідеї визначають конституційно-правовий розвиток світу. Прикладом цього є ісламський світ з його специфічними традиціями і мовами. Хоча, безумовно, ідеї і доктрини Руссо, Монтеск’є, Гобса, Бодена, Локка, Канта, Гегеля в основному визначають цей розвиток.

Однією з актуальних у сучасному конституціоналізмі є проблема, як правова доктрина “входить” в правову систему відповідної країни, які чинники впливають на цей процес. Наприклад, доктрина поділу влад, яка у свій час була досконало розроблена Монтеск’є, по-різному і досить нелегко входить в конституційно-правову практику країн світу. З труднощами вона втілювалася навіть у Франції, країні, де ця доктрина знайшла найбільше наукове обґрунтування. А що говорити про країни СНД, де втілення цього демократичного принципу основ конституційного ладу відбувається, як правило, в умовах жорсткої конфронтації різних гілок влади?

Ідеального поділу влад в країнах немає, як і немає ідеального його закріплення на конституційному рівні. Приклад тому — Україна, де конфронтація між парламентом, з одного боку, і Президентом України та урядом, з іншого, призвели в січні-лютому 2000 р. до глибокої конституційної кризи, яка може ще більше поглибитися за результатами всеукраїнського референдуму. Тому, мабуть, настав час у межах доктрини поділу влад, закріпленої в ст. 6 Конституції України як конституційний принцип, замислитися над науковим обґрунтуванням доктрини взаємодії влад, пошуком організаційно-правового механізму більш досконалого поєднання зусиль владних структур, недопущення їх подальшої конфронтації. Важливо, щоб вони функціонували в консенсуальному режимі. Тому будь-яка правова доктрина, що “претендує” на рівень конституційної, тобто основоположної правової доктрини, повинна втілюватися в конституційну практику відповідних країн з урахуванням менталітету народу, рівня його політико-правової культури, вітчизняного досвіду державотворення, інших чинників. Загальних рецептів в

ідеальному варіанті тут не може бути, оскільки політична ситуація в різних країнах і на різних етапах їх розвитку є нестандартною.

У державно-правовій практиці країн СНД, в тому числі Росії, України, Бєларусі, Молдови, проявляється небажана тенденція владних структур до "розтлумачення" правової доктрини, насамперед доктрини поділу влад, через проведення всенародних референдумів, на яких би народ вирішив, якій гілці влади дати більше владних повноважень, а якій — менше. Це не дуже конструктивний спосіб розв'язання проблеми, і в ньому більше домінує не право, а політична доцільність на конкретному етапі розвитку країни.

Отже, проблема конституційно-правової доктрини в науковому аспекті належним чином не проаналізована, і їй необхідно приділити велику увагу, оскільки саме доктрини такого рівня концептуально визначають напрямки розвитку держави і суспільства.

Надійшла до редколегії 14.01.2000

В. Колісник, доцент НЮА України

Роль парламенту України в забезпеченні розвитку міжнаціональних відносин та деякі питання вдосконалення його діяльності

Визначальну роль у забезпеченні єдності українського суспільства, досягненні громадянського миру (а отже, і міжнаціональної злагоди) та співпраці різних політичних сил і соціальних груп відіграють ті нормативно-правові акти, які є результатом політичного компромісу, тобто символізують собою підсумок узгодження різних або й зовсім протилежних поглядів. Класичним прикладом юридичного закріплення політичного компромісу є Конституційний договір між Верховною Радою і Президентом України від 8 червня 1995 р., підготовка та підписання якого хоча і призупинили на деякий час роботу над текстом нової Конституції України, та все ж таки дозволили зняти у стосунках між парламентом і главою держави надмірну напруженість, яка ледве не завела Українську державу в глухий патовий кут жорсткого протистояння і безвихіддя.

Особлива роль у досягненні громадянського миру та забезпеченні міжнаціональної злагоди належить парламенту України. Це зумовлено передусім тим, що саме Верховна Рада створила сучасну законодавчу базу для динамічного розвитку міжнаціональних відносин в Україні на демократичних засадах.

Декларація про державний суверенітет України поклала початок першим крокам на шляху до створення сучасної демократичної, правової Української держави. Причому Україна в ній називається "суверенною національною державою". Далі підкреслюється, що Україна "здійснює захист та охорону національної державності українського народу". Ці положення викликали стурбованість в Україні та за її межами, бо під тиском пануючої протягом багатьох десятиліть пропаганди національна держава асоціювалася з націоналістичною в негативному розумінні цього слова не тільки у багатьох громадян, а й навіть у політиків і науковців. У засобах масової інформації з'явилися припущення, побоювання і навіть прогнози щодо можливого порушення прав і свобод громадян за національною ознакою, які незабаром переросли в твердження.

До того ж у цей час у багатьох країнах світу відбувалося подальше поглиблення кризи міжнаціональних відносин. За цих умов, особливо після прийняття 24 серпня 1991 р. Акта проголошення незалежності України, коли посилилося занепокоєння пересічних громадян щодо можливої дискримінаційної політики нової держави у сфері міжнаціональних відносин, Верховна Рада неодноразово підкреслювала своє прагнення вирішувати всі проблеми у вказаній сфері демократичними засобами. 28 серпня 1991 р. Президія Верховної Ради прийняла Звернення до громадян України всіх національностей, у якому були окреслені наміри досягти міжнаціональної злагоди на терені України. У ньому, зокрема, зазначалося: "В попередні роки проводилася політика гноблення духовного життя націй, їх мов і культур. Ми зазнали важких деформацій і викривлень, свавілля і беззаконня в національному бутті народів. Цей гіркий час ми пережили разом без чвар і в злагоді. Віднині наступає нова доба в розвитку міжнаціональних відносин на Україні. Президія Верховної Ради республіки бере на себе відповідальність, що проголошення незалежності України ніякою мірою не

призведе до порушення прав людей будь-яких національностей. Незалежна Україна як правова демократична держава, керуючись загальновизнаними нормами і принципами міжнародного права в національній сфері, Декларацією про державний суверенітет України, забезпечить рівні політичні, економічні і соціальні права всіх громадян, повну свободу розвитку всіх національних мов і культур". Таким чином, Україна відразу після проголошення незалежності офіційно взяла на себе зобов'язання проводити демократичну національну політику, толерантно і зважено вирішувати будь-які проблеми у сфері міжнаціональних відносин. Про демократичну спрямованість Звернення свідчать і його всебічний аналіз, і тон, і головні акценти і посилання на норми та принципи міжнародного права.

12 вересня 1991 р. Верховна Рада прийняла Закон України "Про правонаступництво України", в ст. 9 якого окремо було зазначено: "Україна гарантує забезпечення прав людини кожному громадянину України незалежно від національної належності та інших ознак відповідно до міжнародно-правових актів про права людини".

А вже 1 листопада 1991 р. Верховна Рада першою з парламентів країн, що виникли на терені колишнього СРСР, прийняла своєрідний нормативно-правовий документ особливої ваги та значення — Декларацію прав національностей України. Необхідність його прийняття була продиктована тією складною внутрішньополітичною та зовнішньополітичною ситуацією, яка склалася на той час. Саме тоді в Україні проводилася підготовка до всеукраїнського референдуму щодо підтвердження Акта проголошення незалежності України. І в Україні, і за її межами була розгорнута широка агітація як на підтримку, так і проти створення незалежної Української держави. Певні політичні сили та окремі діячі культури, освіти, науки намагалися дискредитувати майбутню державу, звинувачуючи її перш за все в націоналізмі. Слід враховувати, що значна кількість російських політичних діячів сприймала відновлення української державності як непорозуміння чи помилку історії. Для них здавалося природним (хоча і не зовсім бажаним) відновлення прибалтійських, закавказьких та середньоазіатських держав, але самостійна Українська держава тоді (а для багатьох ще й зараз)

сприймалася або дуже боляче, або майже як власна образа. Засоби масової інформації час від часу звинувачували Україну в неіснуючих гріхах. До того ж одночасно з всеукраїнським референдумом проводилися вибори першого Президента України. Деякі російські політичні оглядачі, очевидно з метою вплинути на результати всеукраїнського референдуму і вибори Президента України, почали висловлювати припущення щодо можливого різкого погіршення стосунків між Росією та Україною в разі обрання націоналістично налаштованого глави незалежної України і договорилися навіть до можливості обміну ядерними ударами між двома державами. Невдовзі ці припущення після численних передруків переросли в твердження. Така занадто вільна інтерпретація, а також відповідні коментарі та компроментуючі прогнози, які практично не знаходили належного спростування (поодинокі спроби потонули серед шквалу дезінформації), змусили Верховну Раду прийняти Декларацію прав національностей України й тим самим заспокоїти громадськість, знизити потенційну міжнаціональну напруженість і зняти очікування можливих обмежень прав і свобод та переслідувань за національно-етнічною ознакою. Разом з тим, на жаль, штучно створені міфологеми і в подальшому продовжували "мандрувати" просторами колишніх союзних республік, наводячи жах та викликаючи обурення пересічних громадян в Україні та за її межами і створюючи тим самим психологічний бар'єр та інші штучні перешкоди на шляху до взаємопорозуміння і співробітництва. До того ж не тільки пересічні громадяни, а досить часто і посадові особи, і політичні оглядачі, і політологи, і аналітики, і письменники, і журналісти не обтяжували себе зверненням до юридичних документів з метою встановлення офіційної позиції України. О. Солженіцин у своєму "Зверненні до референдуму 1 грудня 1991 р." навіть закликав до того, щоб з огляду на фальшиві ленінські кордони "результат референдуму враховувався окремо по кожній області: кожна область має сама вирішити, куди вона прилягає. Різні області мають різне історичне походження, несхожий склад населення, і не може доля мешканців області вирішуватися перевагою середнього арифметичного по великій 50-мільйонній республіці... такий валовий підрахунок голосів у цих кордонах може виявитися непоправним для долі багатьох мільйонів російського населення".

З метою забезпечення реалізації основних положень Декларації і гарантування національним меншинам права на вільний розвиток 25 червня 1992 р. Верховна Рада прийняла Закон України "Про національні меншини в Україні", згідно з яким "до національних меншин належать групи громадян України, які не є українцями за національністю, виявляють почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою" (ст. 3). За цим Законом Україна виходить з принципу рівноправності всіх громадян, незалежно від їх належності чи неналежності до корінних народів, національних меншин чи національних груп, гарантує їм рівні права і свободи, підтримує розвиток їх національної самосвідомості. Всі громадяни України, незалежно від належності до української нації як такої, що є національною більшістю, чи до національних меншин, користуються захистом держави на рівних підставах. У цьому Законі наголошується, що "при забезпеченні прав осіб, які належать до національних меншин, держава виходить з того, що вони є невід'ємною частиною загальновизнаних прав людини". Взагалі характерною ознакою цього Закону є його зорієнтованість на міжнародні стандарти, хоча далеко не всі з них знайшли своє відображення в українському законодавстві. З одного боку, українські фахівці під час розробки проекту Закону "Про національні меншини в Україні" спиралася на документи Копенгагенської конференції 1990 р. та деякі інші міжнародно-правові документи; з іншого — Верховна Рада прийняла цей Закон раніше, ніж Радою Європи було прийнято спеціальний комплексний акт щодо захисту національних меншин. Це, по-перше, свідчить про те, що українські законодавці поступово приходять до розуміння світових тенденцій розвитку та вміють відчувати актуальність проблеми, хоча їм іноді й не вистачає зваженості та послідовності. По-друге, після вступу України до Ради Європи виникає нагальна потреба переглянути чинне законодавство, яке стосується національних меншин, з метою усунення суперечностей між деякими його положеннями, приведення його у відповідність з положеннями Конституції України 1996 р. та запозичення деяких новацій Віденської декларації і Рамкової угоди про захист національних меншин.

Приймаючи Конституцію України, Верховна Рада приділила значну увагу створенню конституційних основ досягнення міжнаціональної злагоди. Досить сказати,

що національно-етнічний чинник використовується в Конституції України в Преамбулі та шістнадцяти статтях. За Конституцією держава взяла на себе зобов'язання сприяти "розвиткові етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України", забезпечити "всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України", "вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України". Такі зобов'язання потребують здійснення цілого комплексу заходів з боку державних органів, проведення ними цілеспрямованої, взаємоугодженої, виваженої, кропіткої щоденної роботи. І передувати такій системі заходів має перш за все створення відповідної законодавчої бази, адже згідно з п. 3 та п. 4 ст. 92 Конституції виключно законами України визначаються "права корінних народів і національних меншин" та "порядок застосування мов". Тому саме Верховна Рада як єдиний орган законодавчої влади має привести поточне законодавство передусім у відповідність з Конституцією України, а також з міжнародно-правовими документами, прийнятими Радою Європи.

Разом з тим окремі законодавчі акти, які не відповідають вимогам часу, неадекватно регулюють суспільні відносини та містять у собі суперечливі й недосконалі з огляду на юридичну техніку положення, здатні розколоти українське суспільство навпіл, спричинити хаос і дестабілізацію, що істотно знижує можливості в досягненні консенсусу з головних питань і знаходженні компромісів. Одним з таких актів став Закон від 28 жовтня 1989 р. "Про мови в УРСР", недосконалість якого дозволила зробити його об'єктом нищівної критики та засобом політичних спекуляцій з боку одних політичних сил і одночасно викликає невдоволення й розчарування з боку інших, які спочатку покладали на нього надмірні сподівання, але невдовзі усвідомили, що цей Закон не виконав і не міг повністю виконати свого функціонального призначення. Чого варте хоча б задеклароване в ст. 3 цього Закону право за певних умов користуватися в роботі державних органів "мовою, прийнятною для всього населення". Але ні порядок визначення такої мови, ні суб'єктів прийняття відповідного рішення законодавство не встановило. Воно не тільки не змогло вирішити головні проблеми та усунути нагромаджені протягом тривалого часу диспропорції, а й призвело в деяких регіонах до

їх поглиблення та мовчазного (а іноді навіть демонстративного) мовного протиставлення й протистояння.

Окремого дослідження потребують роль і значення інституту законодавчої ініціативи для подолання державно-правових конфліктів та забезпечення підвищення рівня правової культури, а отже, і збереження громадянського миру, спокою та міжнаціональної злагоди в суспільстві. Постійні спроби окремих парламентаріїв перекласти всю вину за стан справ у державі на Президента України та звинувачення Верховної Ради у неконструктивності з боку глави держави свідчать не тільки про невміння та небажання українських політиків знаходити політичний компроміс, а й про недооцінку права законодавчої ініціативи. Замість різких та безплідних випадів і народним депутатам, і главі держави слід було б запропонувати відповідні законопроекти (щодо порядку подолання вето Президента України, щодо вдосконалення порядку голосування в парламенті тощо). На жаль, і народні депутати, і глава держави іноді демонструють нехтування правовими нормами і навіть правове невігластво, що негативно позначається на суспільній свідомості і призводить до руйнації ще доволі слабких паростків правової культури. Чого лише варте твердження одного із заступників Голови Верховної Ради про відсутність в Україні Закону про референдум, хоча такий Закон було прийнято ще 3 липня 1991 р., офіційно його дію не припинено і відповідно до п. 1 розділу XV Конституції України він є чинним у частині, що не суперечить Конституції України. Дивує також позиція 309 народних депутатів, які проголосували за тимчасовий мораторій на проведення в 2000 р. всеукраїнських і місцевих референдумів. Таке рішення прямо суперечить ч. 2 ст. 72 Конституції України, відповідно до якої "всеукраїнський референдум проголошується за народною ініціативою на вимогу не менш як трьох мільйонів громадян України, які мають право голосу, за умови, що підписи щодо призначення референдуму зібрано не менш як у двох третинах областей і не менш як по сто тисяч підписів у кожній області". Але ж народним обранцям має бути добре відомо, що дію жодної конституційної норми не можна скасувати, навіть набравши під час голосування понад дві третини голосів народних депутатів від конституційного складу Верховної

Ради, якщо при цьому було порушено процедуру внесення змін до Конституції України. Відповідно до ст. 156 Конституції України законопроект про внесення змін до розділу ІІІ "Вибори. Референдум" (а саме до цього розділу входить ст. 72 Конституції) може бути подано Президентом України або двома третинами від конституційного складу Верховної Ради, потім він має бути прийнятим не менше ніж двома третинами від конституційного складу Верховної Ради. Після цього законопроект затверджується на всеукраїнському референдумі, що призначається Президентом України. До того ж Верховна Рада України має право розглядати законопроект про внесення змін до Конституції України лише за наявності висновку Конституційного Суду України щодо відповідності законопроекту вимогам статей 157 і 158 цієї Конституції.

Недостатньо дослідженим є вплив на стан міжнаціональних відносин, рівень правової поінформованості, політичної активності та правової свідомості громадян України самого процесу обговорення законопроектів та дебатів з окремих питань на пленарних засіданнях українського парламенту. Процес законотворення досить часто супроводжується політичними дискусіями, які допомагають визначити власні політичні інтереси і уподобання не тільки їх безпосереднім учасникам та політично активним громадянам, а й тим, хто ставиться до політичного життя суспільства скептично чи індиферентно, сприяють порозумінню різних соціальних груп, переосмисленню ними історичних подій та сучасного політичного буття, усвідомленню кожним своєї причетності до процесу державотворення в широкому його розумінні, а отже, й формуванню української політичної нації. Навіть несистематичне пасивне епізодичне прослуховування радіотрансляцій пленарних засідань парламенту спонукало громадян України замислитися над актуальними проблемами сьогодення. Не викликає сумніву, що висока політична активність електорату на останніх президентських виборах була підготовлена значною мірою саме парламентськими дебатами і свідчить про подолання зневіри широкого загалу у неможливість змін на краще.

Однак необережне слово політика, кинуте зопалу в процесі обговорення чергового законопроекту, може зруйнувати ту хистку рівновагу, яку вдавалося підтримувати в українському суспільстві протягом останніх років. На правовій свідомості громадян

вкрай негативно позначається відверте, а іноді навіть демонстративне нехтування народними депутатами елементарних етичних норм поведінки, починаючи від своєрідного протесту під час зачитування тексту присяги народного депутата перед вступом на посаду (частина новообраних депутатів демонстративно повернулася спиною до народного депутата, який відповідно до вимог ст. 79 Конституції України зачитував текст присяги) і закінчуючи висмикуванням мікрофона у Голови Верховної Ради та стусанами один одному. За порушення норм депутатської етики Верховна Рада 23 вересня 1999 р. позбавила права брати участь у пленарних засіданнях протягом одного тижня народного депутата М. Бродського, який, нехтуючи Конституцію України і норми субординації, демонстративно сів у крісло Президента України, та народного депутата Я. Кендзьора, який дозволив собі з сарказмом прокоментувати таку поведінку свого колеги. Перешкоджають міжнаціональному порозумінню необачні висловлювання деяких депутатів, які навмисно чи ненавмисно принижують і ображають почуття окремих осіб і національних спільнот. Значної шкоди формуванню правової культури, вихованню загальної дисциплінованості та старанності, зваженості й толерантності у міжнаціональних стосунках завдають систематичне відверте нехтування народними депутатами конституційної вимоги щодо особистого голосування на засіданнях Верховної Ради України, демонстративне ігнорування вимог головуючого на пленарних засіданнях, байдуже ставлення до актуальних для суспільства проблем, невміння та небажання вислухати промовця (особливо тоді, коли він є політичним опонентом), емоційні зневажливі вигуки та репліки, використання під час обговорення в залі пленарних засідань та кулуарах парламенту нецивілізованих аргументів (аж до агресивної поведінки, яка межує з хуліганством).

Звичайно, ефективність роботи парламенту не може визначатися суб’єктивними оцінками пересічних громадян. Та все ж парламент має турбуватися про власний авторитет і про те, який відгук знаходить його діяльність серед широкого загалу, яке враження вона залишає після себе та як вона впливає на суспільство. На пленарних засіданнях парламенту систематично відсутня значна кількість народних депутатів, пленарні засідання парламенту починаються у вівторок, а закінчуються у п’ятницю, яка досить часто фактично стає коротким робочим днем (тобто робочий тиждень переважної

більшості народних депутатів складають три з половиною дні). Перший і третій тижні місяця сесійного періоду звичайно відводяться для пленарних засідань Верховної Ради, другий — для роботи комітетів і комісій Верховної Ради, четвертий — для роботи депутатів у виборчих округах, їх самостійної роботи, пов'язаної із здійсненням депутатських повноважень, а також для роботи комісій за дорученнями Верховної Ради. За таких обставин у пересічних громадян складається враження, що народні депутати не переобтяжують себе роботою, ставляться до виконання своїх обов’язків неналежним чином, а діяльність парламенту оцінюється як неорганізована і вкрай неефективна. Внаслідок цього довіра до парламенту поступово знижується, атмосфера недостатньої організованості, дисциплінованості та вимогливості згодом сприймається як норма повсякденного життя на підприємствах, в установах і організаціях. Парадоксально, але саме Верховна Рада подає приклад низької культури організації праці, хоча за своїм складом, конституційним і функціональним призначенням мала б бути взірцем законослухняності, високої правової культури та правової свідомості, взаємоповаги й сумління.

Саме тому з огляду на можливий негативний резонанс серед широкого загалу кожний народний депутат України повинен толерантно і зважено викладати власну точку зору щодо будь-якого законопроекту, будь-якої проблеми, виходячи при цьому передусім з необхідності консолідації суспільства, досягнення громадянського миру й міжнаціональної злагоди, демонструвати організованість, дисципліну, порядок, шанобливе ставлення до Конституції та законів України, глави держави, інших народних депутатів, державних інституцій, державних символів. Уся організація роботи Верховної Ради потребує радикальних змін. Передусім необхідно відмовитися від так званої роботи в округах. Адже, по-перше, з прийняттям Конституції України мандат народного депутата перестав бути імперативним; по-друге, Конституція не передбачає такого виду діяльності парламентаріїв; по-третє, робота в округах відволікає народних депутатів від основної діяльності. До того ж незрозуміло, де і що мають робити депутати, обрані від багатомандатного загальнонаціонального округу за партійними списками. Потребує вдосконалення і система голосування, яка технічно й організаційно має забезпечити голосування кожним народним депутатом особисто як того вимагає ст. 84 Конституції

України. В Законі України “Про Регламент Верховної Ради України” має бути положення, котре забороняло б головуючому ставити на голосування те питання, щодо якого голосування вже відбулося, але рішення не було прийнято. Адже кожний народний депутат має право на власну точку зору, й відсутність достатньої кількості голосів для прийняття рішення означає, що саме таким є волевиявлення парламентаріїв. І ніхто, навіть Голова Верховної Ради, не може вимагати повторного голосування, за винятком випадків порушення процедури. Слід також законодавчо передбачити більш жорсткий та дійовий контроль за діяльністю народних депутатів, який дозволив би позбутися в майбутньому численних фактів їх відсутності на пленарних засіданнях, голосування за інших, неетичного, а іноді просто зухвалого поводження, відволікання на сторонні розмови та справи, демонстративного нехтування обов’язками народного депутата. З огляду на складну ситуацію в державі та громадську думку необхідно запровадити для парламентаріїв шестиденний робочий тиждень аж до того часу, поки не будуть прийняті нові кодекси (і передусім податковий кодекс) та інші важливі законодавчі акти. Можливо, також слід було б започаткувати інститут парламентської поліції, присутність якої сприяла б більш чіткій та організованій роботі Верховної Ради.

Надійшла до редколегії 15.01.2000

О. Мурашин, доцент НАВС України

Акти прямого народовладдя, їх система та класифікація

Серед завдань, що постають при формуванні нової правової, незалежної держави Україна одне з провідних місць посідає підвищення ефективності правових актів. І справа тут не зводиться до поліпшення порядку прийняття чи якості актів, що видаються представницькими органами або суб’єктами безпосередньої демократії. Потреби вирішення комплексних завдань і правового забезпечення всіх сфер економічного, політичного і суспільного життя висувають особливі вимоги до системного розвитку нормативно-правових актів. Не розрізнена сукупність актів різних органів і суб’єктів, а системно організований “нормативний масив” має перебувати в полі зору і вчених, і практиків. Завдяки такому підходу можна: по-перше, ширше відобразити всі засоби правового впливу на процеси, що відбуваються у країні; по-друге, всебічно виразити правові аспекти взаємодії представницьких органів і суб’єктів безпосередньої демократії; по-третє, повніше виявити внутрішні зв’язки в “нормативному масиві”; по-четверте,

краще зрозуміти системні залежності між правовою системою і оточуючим соціальним середовищем, процесами, на які вона покликана впливати.

Частиною, підсистемою загальної правової системи суспільства з притаманними їй загальними і особливими ознаками виступає система актів прямого народовладдя. Вона включає до себе всі акти суб'єктів безпосередньої демократії через організаційно-функціональну єдність їх діяльності.

Розглянемо характерні риси системи актів прямого народовладдя.

Визнаючи певну умовність цього поняття через складність і змінюваність відображуваного ним явища, відзначимо насамперед у більшості випадків його підзаконний характер. Акти безпосереднього народовладдя характеризуються досить широким діапазоном дії та охоплення суспільних відносин і, отже, великим ступенем динамічності, рухомості, адаптивності та змінюваності до умов суспільного розвитку. Нарешті, варто підкреслити і різноманітність видів актів, що висуває додаткові вимоги до їх системного упорядкування. І справа не зводиться до тих чи інших їх класифікацій за групами і т. под., оскільки головне полягає у виявленні залежностей, зв'язків усередині самої системи і поза нею.

Система актів прямого народовладдя, з одного боку, зазнає впливу загальної правової системи. Змінюється співвідношення різних правових норм, як і міра їх поєднання з іншими соціальними нормами. Система актів, прийнятих безпосередньо, відбиває у своєму розвитку загальну мету, завдання та принципи правового регулювання. З іншого боку, всередині системи актів складаються і свої залежності, зв'язки, взаємовпливи. З огляду на зазначені позиції можна вести мову:

а) про нормативно встановлені види, властивості актів прямого народовладдя;

б) про підпорядкованість, ієрархічність у відносинах між актами і нормами;

в) про змістовну характеристику і погодженість актів, що зумовлено єдністю чи комплексністю регулювання суспільних відносин;

г) про збалансованість окремих частин "нормативного масиву", похідну від рівнів прийняття рішень, багатоаспектності впливу на процеси, що регулюються;

ґ) про ціннісну орієнтацію всіх елементів системи актів прямого народовладдя, що виражає високий рівень правової, моральної культури всіх громадян.

Вірне розуміння цих зв'язків — ключ до пізнання реальних процесів, що відбуваються в системі актів безпосереднього народовладдя, виявлення і подолання суперечностей, диспропорції, запобігання небажаним і підтримки, закріплення

позитивних тенденцій. Вивчення суспільної практики переконує в тому, що дія загальних закономірностей розвитку права не виключає, а, навпаки, передбачає такий аналіз.

Важливою характеристикою динамічного і цілеспрямованого розвитку актів прямої демократії має стати впорядкованість їх видів і процедур прийняття, зміни, скасування, дії. Тут на перший план висуваються питання про необхідність існування в державі спеціального загального положення про акти прямого народовладдя.

На сучасному етапі в Україні функціонують спеціальні інституціональні закони (наприклад, Закон України "Про всеукраїнський та місцевий референдуми" та ін.), які відносно повно регулюють питання прийняття актів у контексті правового регулювання окремого інституту безпосередньої демократії, та звичайні, що одночасно з іншими регулюють лише окремі сфери цих питань. Проте посилення взаємодії суб'єктів прямого народовладдя з державними органами, органами місцевого самоврядування, різноманітність і змінюваність їх зв'язків та відповідних рішень, більш високий рівень змістовної, предметної єдності, комплексності зумовлюють перехід до єдиних правил підготовки, прийняття та виконання рішень всіма суб'єктами безпосередньої демократії. Одночасно слід продовжувати роботу по впорядкуванню видів актів, оскільки саме від цього залежить ефективність дії суб'єктів прямого народовладдя.

З урахуванням наведеного у загальному положенні бажано точніше визначити види, юридичну природу актів безпосереднього народовладдя, приблизне коло найважливіших питань, з яких вони приймаються, процедуру прийняття, а також співвідношення їх між собою.

Ми свідомо торкнулися лише тих об'єктивних процесів, які зумовлюють вдосконалення системи актів прямої демократії. Конкретизуючи їх юридичний стан, доречно буде вести мову про тенденції її подальшого розвитку і вдосконалення. Одна з них (при можливості) — забезпечення відносної планомірності з огляду на послідовне переведення процесу прийняття цих актів на планову основу. Інша пов'язана з усуненням певних розбіжностей різних видів актів, надмірного їх дублюванням шляхом запобігання випадкам прийняття суб'єктом актів, що не належать до його компетенції (наприклад, рішення загальних зборів територіальних громад, що підмінюють собою окремі положення нормативно-правових актів). Корисним видається попереднє погодження проектів актів з різними зацікавленими органами при розв'язанні важливої комплексної проблеми.

На практиці у більшості випадків недооцінюється чинник часу, коли повільно вирішуються актуальні завдання і несвоєчасно приймаються нові акти, коли із запізненням приводяться у відповідність з ними інші акти. Виникає змістовна і часова

непогодженість актів і порушуються їх зв’язки, погіршується комплексність їх впливу на суспільні процеси.

Принципове значення має підвищення якості проектів актів: за рахунок більш глибокого аналізу ситуацій і підстав, що породжують необхідність їх підготовки, застосування досягнень науки, широкого врахування громадської думки, прогнозування наслідків рішення. Інший аспект — збалансованість інформаційної та розпорядчої частин рішення, зосередження уваги на точному встановленні мети, завдань, засобів їх досягнення, новизні дій і т. под. На жаль, у рішення, наприклад, загальних зборів (сходів) громадян сіл, селищ часто вносяться пункти, що повторюють відомі завдання, існує багато пунктів-доручень на адресу державних органів, органів місцевого самоврядування, посадових осіб замість розв’язання проблеми по суті.

Дія системи актів прямого народовладдя тісно пов’язана з дією всієї правової системи, всіх соціальних норм. Тому потрібно враховувати весь спектр регулювання суспільних відносин і не покладатися на автоматичну їх реалізацію за принципом “рішення — виконання”. Адже розвиток самоврядування якраз і означає, що у загальний механізм регулювання “вплітаються” механізми саморегуляції.

Правовий акт є “багатоликим”. Тому ми іноді говоримо про акт у збірному розумінні, охоплюючи цим поняттям різноманітні види актів. У реальній дійсності провадиться різниця і дається аналіз особливостей окремих правових актів. Очевидна і специфіка актів за їх змістом відповідно до об’єкта правового регулювання.

Узагальнюючи і аналізуючи пряму правотворчу практику, вчені-юристи прагнуть науково обґрунтувати сукупність чинних актів прямого народовладдя. Поняття “акти прямого народовладдя” застосовується переважно для характеристики чисельності актів. Як відомо, воно широко використовується і в процесі нормотворчості, і в правозастосовній діяльності. Що ж до розмежування актів прямого народовладдя за різними ознаками, то зазначимо наявну недостатність розроблення цієї проблеми, що, природно, негативно позначається і на практиці прийняття та дії таких правових актів, на вирішенні питань про їх співвідношення між собою. Часткові класифікації не дають можливості охопити ними всю різноманітність правових актів, прийнятих безпосередньо, і виразити співвідношення одиничного, особливого та загального, що має лежати в основі будь-якої класифікації. Саме у цьому і полягає можливість з достатньою повнотою схарактеризовувати різні ознаки актів прямого народовладдя, існуючі між ними зв’язки і за допомогою певних критеріїв знайти форми об’єднання однорідних актів в окремі групи, а останні — у великі блоки всієї правової системи.

Наукове визначення класифікації правових актів має не тільки пізнавальне значення. Воно набуває значення юридичної конструкції. Юридичне обґрунтування

класифікації правових актів надає його елементам нормативно-регулюючого характеру, оскільки воно безпосередньо впливає на практику створення різних видів правових актів і визначення їх ознак, встановлення між ними необхідного співвідношення і зв'язків. Кожен акт посідає своє місце серед правових актів та у всій правовій системі.

З філософської точки зору будь-яка класифікація являє собою спосіб застосування логічної операції поділу обсягу поняття. Вона складається з тієї чи іншої сукупності поділів. Класифікація дає змогу на підставі істотних ознак явища визначити і встановити їх загальні і специфічні риси, зв'язки і відмінності, найбільш повно відобразити взаємодії і своєрідні переходи одного виду в інший і т. под. Для класифікації необхідно використовувати філософські категорії одиничного, особливого і загального, що виражають різноманітність світу і ступені пізнання зв'язків між фактами, подіями, грані їх стикування.

Намагаючись усвідомити за допомогою філософських категорій всю різноманітність актів прямого народовладдя, слід виходити насамперед з розуміння їх сутності, як юридичних актів, що ґрунтуються на безпосередній участі населення у вирішенні певних питань державного і суспільного життя, прямому волевиявленні при виробленні, прийнятті владних настанов, а також участі його у реалізації і здійсненні контролю та їх змістовних ознак. До останніх належать:

безпосереднє волевиявлення громадян при прийнятті такого акта;

єдність волі, що виражена в акті, з волею суб'єкта її волевиявлення;

особливе коло суб'єктів політичних відносин, суб'єктів права його прийняття;

рішення, що приймаються громадянами, ставлять за мету здійснення влади від свого імені, при цьому право на безпосереднє волевиявлення надається кожному громадянину, що має правоздатність, на підставі проживання на відповідній території, досягнення певного віку, членства в трудовому колективі і т. под.;

рішення (акт) приймається особами, що входять до складу суб'єкта прямого народовладдя, з питання, яке цей суб'єкт має право безпосередньо вирішувати або брати участь у його вирішенні;

безпосередність участі суб'єктів прямого народовладдя у здійсненні актів, що прийняті ними;

пряма участь суб'єктів безпосереднього народовладдя у здійсненні контролю за виконанням прийнятих ними рішень.

Кожна з властивостей, розкриваючи одну з найважливіших граней такого явища, як акт прямого народовладдя, може слугувати своєрідним критерієм для їх розмежування. Загальними залишаються лише характеристика природи акта і спільна оцінка всіх притаманних йому ознак. Кожний окремий акт прямого народовладдя несе в собі риси одиничного, загального та особливого. Останнє пояснюється можливістю об'єднання за певними критеріями однорідних актів у відповідні групи.

Отже, застосування зазначених критеріїв дає можливість побудувати класифікацію актів безпосереднього народовладдя.

1. Ураховуючи зміст акта, тобто коло суспільних відносин, що регулюється ним, і спосіб впливу на них, можна запропонувати типологію актів за основними сферами державного і суспільного життя, колом і характером найбільш типових і стійких відносин, що регулюються актом; акти можна групувати з огляду на однорідність предмета їх впливу, забезпечуючи тим самим їх цілеспрямованість і комплексність.

2. Припустимою є типологія актів прямого народовладдя за такою їх властивістю, як юридична сила. Адже акти мають у правовій системі різну юридичну силу. Але ця ознака дає можливість провести не тільки зовнішню, а й внутрішню розмежувальну лінію з іншими правовими актами.

3. Виправдане виділення актів прямого народовладдя за їх структурною формою.

4. Можна виділити такий критерій, як особливий, встановлений у нормативному порядку спосіб підготовки і порядок прийняття актів. У переважній більшості акти прямого народовладдя приймаються на загальних зборах громадян за місцем їх проживання чи роботи, рідше — шляхом народного, всенародного голосування (референдуму).

5. Істотними ознаками є територіальний масштаб та характер дії актів прямого народовладдя. Загальнодержавні акти — це акти, що приймаються всім населенням країни за допомогою інститутів безпосереднього народовладдя, які функціонують на рівні всієї держави. До них можна віднести акт формування (через вибори) складу Верховної Ради України, прийняття актів за допомогою всеукраїнського референдуму.

Акти прямої демократії Автономної Республіки Крим функціонують на рівні автономної республіки і приймаються через відповідні інститути безпосереднього народовладдя.

Місцеві акти прямого народовладдя діють у масштабах менших адміністративно-територіальних одиниць і передбачають їх прийняття відповідно населенням області, району, міста, району в місті, села, селища. До них належать: акт формування складу

відповідної місцевої ради, рішення з питання, що винесене на місцевий референдум, нормативні рішення загальних зборів (сходів) громадян.

Що стосується актів безпосереднього народовладдя виняткової (надзвичайної) дії, то їх регулятивні можливості реалізуються лише при настанні відповідних обставин, на які вони розраховані (наприклад, епізоотії тощо).

6). Галузеві акти прямого народовладдя — це такі, що прийняті на загальних зборах, нарадах працівників тієї чи іншої професії, галузі народного господарства, які не об'єднані єдиним трудовим колективом.

7. Акти інститутів прямої демократії низових організацій, локальні рішення загальних зборів трудового колективу і т. под. — це такі, що діють у межах об'єднання всіх працівників, які здійснюють спільну трудову діяльність на відповідному виробництві (наприклад, колективна трудова угода працівників конкретного підприємства).

8. Класифікація за обсягом питань, що містяться в актах прямого народовладдя: багатопрофільні, тобто такі, які можуть містити суверенну волю народу з різних питань. До цієї групи можна віднести акти, що приймаються на референдумі, на загальних зборах (сходах) громадян тощо.

Однопрофільні ж акти безпосередньої демократії містять у собі лише певні питання, пов'язані переважно з виробництвом, умовами праці і т. под. До цієї групи слід віднести рішення, що приймаються загальними зборами трудових колективів, акціонерів тощо.

9. Класифікація за характером і ступенем зв'язків акта прямого народовладдя з народним представництвом. Принциповою особливістю взаємодії двох форм демократії (безпосередньої і представницької) є те, що за допомогою прямого народовладдя не тільки формується, а й забезпечується функціонування основних інститутів народного представництва. Утворення рад, форми їх зв'язку з населенням ґрунтуються на принципі прямого народного волевиявлення, який притаманний безпосередньому народовладдю. Цей принцип покладений в основу загальних і прямих виборів (був покладений в основу відкликання депутатів різних рівнів, наказів виборців своїм депутатам) тощо.

Залежно від характеру і ступеню зв'язку актів прямого народовладдя з народним представництвом можна виділити дві основні групи. Першу складають акти, пов'язані тільки з формуванням і діяльністю представницьких органів і невід'ємні від народного представництва (наприклад, акт виборів).

Друга група містить у собі акти, пов’язані з функціонуванням всього державного механізму, тобто такі, що використовуються не тільки у зв’язку з організацією і діяльністю рад. До таких форм можна віднести акти, що приймаються на референдумах, загальних зборах (сходах) громадян.

Наведене коло підстав для класифікації актів прямого народовладдя цим, звичайно, не вичерпується. Тут представлені лише основні з них. Акти ж безпосереднього народовладдя можна класифікувати і з огляду на такі підстави, як спосіб організації безпосереднього волевиявлення, ступінь єдності змісту волевиявлення та ін.

Як уже зазначалося, до групи актів, пов’язаних з функціонуванням всього державного механізму, належать референдуми.

Надійшла до редколегії 10.11.99

С. Шевчук, кандидат юридичних наук,

науковий консультант судді Конституційного Суду України

Значення загальноправового принципу пропорційності

для визначення конституційності законодавчих обмежень

щодо реалізації конституційних прав і свобод

Здійснення прав і свобод людини і громадянина, перелічених у ст.ст. 29–36, 39, 41–44, 47, 54 Конституції України, може бути обмежене законами і лише в інтересах та з метою: врятування життя людей та майна чи безпосереднього переслідування осіб, підозрюваних у вчиненні злочину; запобігання заворушенням чи злочинам та з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати потрібну інформацію неможливо; забезпечення національної безпеки, територіальної цілісності, громадського порядку; охорони здоров'я і моральних цінностей населення; захисту репутації, прав і свобод інших людей; запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно; підтримання авторитету та неупередженості правосуддя; економічного добробуту.

Виникає питання: чи можна вважати будь-які обмеження щодо цих прав і свобод, встановлені в законі, конституційними, незалежно від змісту цих обмежень? Як зазначає з цього приводу П. Рабінович, "наведені підстави правообмеження сформульовані здебільшого у формально невизначених поняттях — у вигляді оціночних понять, а тлумачення, інтерпретація таких понять нерідко буває, як відомо, досить неоднозначною. Останньою інстанцією у визначенні підставності чи безпідставності встановлення законодавчих обмежень прав людини має стати Конституційний Суд України; його

висновки, як відомо, будуть остаточними, оскарженню не підлягатимуть (ч. 2 ст. 150 Конституції)".

Наука конституційного права та відповідна практика конституційного судочинства з метою визначення конституційності цих законних обмежень використовують принцип пропорційності.

Так, у Німеччині принцип пропорційності (Verhaeltnismaessigkeit) здебільшого використовується Конституційним Судом ФРН для визначення відповідності законів та інших правових актів держави конституційним правам і свободам та слугує суддівським критерієм визначення відповідності (пропорційності) обраних засобів, закріплених у правових актах держави, певній легітимній меті. Хоча цей принцип прямо і не закріплений в Основному Законі ФРН 1949 р., тобто він не є позитивною конституційною нормою, Конституційний Суд ФРН "вивів" його з кодифікації прусського права XVIII ст., коли Кодекс публічного права уповноважував адміністрацію застосовувати *тільки необхідні* засоби для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки. Державна влада може накладати тільки ті обов'язки, які є необхідними для досягнення суспільної мети. Термін "необхідні засоби" тут розуміється як "вимушені" засоби і з мінімальними обмеженнями з боку державної влади основних прав людини. Принцип пропорційності можна сформулювати таким чином: індивідуальний тягар може бути покладений на особу правовим актом держави тільки тією мірою, яка необхідна для досягнення певної легітимної мети.

Вже у 1965 р. Конституційний Суд ФРН в одному з своїх рішень зазначив: "У Федеральній Республіці Німеччина принцип пропорційності є неписаним

конституційним принципом. Він походить від принципу верховенства права і, в дійсності, природи основних прав, оскільки вони відбивають загальне право на свободу громадянина від держави і можуть бути обмеженими державними органами тільки у разі переслідування абсолютно необхідного публічного інтересу". Принцип пропорційності виступає як правова гарантія захисту основних прав людини. Оскільки він має конституційне значення, то відповідно є обов'язковим не тільки для виконавчої та судової, а й для законодавчої влади. Принцип пропорційності застосовується при вирішенні спорів між державними органами та особами стосовно порушень та обмежень їх прав і свобод.

У ФРН застосування принципу пропорційності при здійсненні конституційного судочинства складається з трьох елементів: 1) засоби, які обираються законодавцем у нормативному акті, повинні оптимально слугувати досягненню легітимної мети; 2) обрані засоби мають мінімально обмежувати гарантовані конституційні права і цінності; 3) зазначені у законі засоби повинні розумно й адекватно співвідноситися з переслідуваними цілями. Разом з тим у ч. 3 ст. 14 Основного Закону ФРН вказується на можливість застосування принципу пропорційності при визначенні обмежень на право власності: "Відчуження власності допускається тільки з метою загального блага. Відшкодування визначається на підставі справедливого врахування інтересів суспільства та зацікавлених осіб".

Так, приймаючи рішення по справі щодо загальної заборони відеозйомок судового процесу, Конституційний Суд ФРН зазначив, що така заборона може порушувати принцип пропорційності, оскільки обмеження на здійснення свободи передачі інформації

у телевізійний ефір мають бути пропорційними меті, яку переслідує забороняюча норма права. Але заборона може бути особливо непропорційною, якщо вона стосується судових процесів відомих політиків, про що мусить бути поінформована громадськість. У цій справі, на думку Конституційного Суду ФРН, телевізійній компанії мають бути дозволені зйомки судового процесу, принаймні перед початком слухань, протягом перерв та після його закінчення.

Принцип пропорційності застосовується при здійсненні конституційного судочинства і в інших європейських країнах. Так, Конституційний Суд Португалії у своєму рішенні зазначає, що положення Кримінального та Дисциплінарного Кодексу торгового мореплавства, згідно з якими член команди пароплава карається як дезертир у разі його невчасного повернення на борт, порушують конституційні принципи справедливості та пропорційності, оскільки поширюються на всіх членів команди, а не тільки на тих, хто виконує обов'язки по безпосередньому функціонуванню пароплава.

Згідно з позицією Конституційного Суду (Трибуналу) Польщі принцип пропорційності належить до принципу справедливості та відповідає наступним стандартам: правові акти мають бути прийняті лише у разі необхідності захисту публічного інтересу; вони повинні бути максимально спрямовані на досягнення поставлених цілей; між цілями правових актів та додатковими обов'язками, що покладаються на громадян в результаті їх прийняття, повинен існувати баланс.

Серед конституцій республік колишнього СРСР Конституція РФ найбільш повно закріплює принцип пропорційності у ч. 3 ст. 55: "Права і свободи людини і громадянина можуть бути обмежені федеральним законом лише тією мірою, якою це необхідно з

метою захисту основ конституційного ладу, моралі, здоров'я, прав та законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави".

Конституційний Суд РФ у деяких своїх рішеннях розтлумачив значення цього принципу: будь-які обмеження можливі тільки на підставі закону в передбачуваних Конституцією цілях та лише у межах, необхідних для нормального функціонування демократичного суспільства; законодавець, визначаючи засоби та способи захисту (державних інтересів), повинен використовувати лише ті з них, які у конкретній правозастосовній ситуації виключають можливість нерозмірного обмеження прав і свобод людини і громадянина; держава, навіть маючи на меті запобігти випадкам зловживання правом, для того, щоб здійснення конституційних прав не порушувало права і свободи інших осіб, повинна використовувати не надмірні, а тільки необхідні та суворо зумовлені цілями заходу. Цей принцип відповідного обмеження прав і свобод, закріплений у ч. 3 ст. 55 Конституції РФ, означає, що публічні інтереси, перелічені у цій нормі, можуть виправдати правові обмеження прав і свобод, якщо вони адекватні соціально виправданим цілям.

Принцип пропорційності визнає також Європейський Суд з прав людини, який розтлумачив положення Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод (1950 р.) — "обмеження, необхідні у демократичному суспільстві" та "згідно із законом" у світлі вимог цього принципу: обмеження на свободи, що гарантуються Конвенцією, мають бути "пропорційними легітимній меті, яка переслідується цими обмеженнями", "між засобами, що обираються, легітимною метою та встановленням відповідних обмежень має існувати розумне пропорційне співвідношення", оскільки "в

основі всієї Конвенції лежить пошук справедливого балансу між загальними інтересами суспільства і вимогами щодо захисту основних прав індивіда". Суд у Страсбурзі не тільки перевіряє здійснення повноважень, у тому числі дискреційних, розумно, обережно та чесно органами державної влади країн, що підписали Конвенцію, а й вимагає, щоб рішення цих державних органів ґрунтувалися "на належному сприйнятті відповідних фактів", а державне втручання було розумно необхідним для досягнення переслідуваної легітимної мети.

Принцип пропорційності є обов'язковим не тільки для країн — членів Ради Європи, а й для країн Європейського Союзу внаслідок доктрини прецедентного права, оскільки він сформульований Європейським Судом. Під таким принципом розуміється наступне: застосовані засоби мають бути адекватними очікуваному результату; відхилення від норми (дискреція) допускається тільки для досягнення поставленої мети; покарання повинно бути пропорційним вині; забороняється накладати непосильні обов'язки на осіб за рахунок інших.

Принцип пропорційності також дістав свій позитивний нормативний вияв у ст. 3в, яка була введена у Договір про Європейське Співтовариство Маастрихтським Договором 1996 р.: "Будь-які дії Співтовариства не мають поширюватися далі того, що необхідно для досягнення цілей цього Договору".

Щось схоже на принцип пропорційності можна побачити у тексті першої української конституції Пилипа Орлика 1710 р.: "Подібно до того, як Ясновельможному Гетьману з обов'язку його уряду належить керувати й наглядати за порядком щодо всього Війська Запорозького, так саме він повинен пильно дбати про те, щоб на рядовий і

простий народ не покладати надмірних тягарів, утисків і надмірних вимог, бо підштовхнуті ними (люди), залишивши свої домівки, відходять, як правило, до чужих країв за межі рідної землі, аби полегшити подібні тягарі і шукати життя кращого, спокійнішого і легшого". "Надмірні тягарі, утиски і надмірні вимоги", про що йдеться в українській конституції, можна назвати також непропорційними обмеженнями щодо реалізації основних прав і свобод.

Принцип пропорційності закріплений у попередніх проектах Конституції України, зокрема у ст. 59 проекту Конституції України в редакції від 26 жовтня 1993 р.: "Конституційні права і свободи особи не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених цією Конституцією і прийнятими на її основі законами, з метою захисту прав і свобод інших осіб, охорони здоров'я та громадської безпеки.

Такі обмеження мають бути мінімальними і відповідати засадам демократичної держави".

У висновку Венеціанської Комісії "Демократія через право", прийнятому на 30-му пленарному засіданні 7–8 березня 1997 р. щодо Конституції України 1996 р. окремо зазначається, що "на жаль, разом із загальними положеннями про можливі обмеження прав людини у попередньому варіанті частини першої статті 64 вилучено і принцип пропорційності, передбачений у частині другій цієї ж статті. Оскільки багато обмежень, передбачених окремими статтями Конституції, наприклад, обмеження свободи думки та слова, передбачені частиною третьою статті 34, є доволі широкими, то важливо, щоб Конституційний Суд України тлумачив різні обмеження прав людини у світлі загальноправового принципу пропорційності".

Принцип пропорційності застосовується судами у країнах, що належать до англосаксонської правової системи. Так, Верховний Суд Індії в одному з своїх рішень

проголосив, що “про чинність закону треба судити за його впливом на основні права громадян та за його неминучими наслідками. Якщо вплив закону та його наслідки невигідно позначаються на правах громадян, його треба проголосити нечинним”.

Верховний Суд Канади також часто звертається до принципу пропорційності при визначенні конституційності законів, що обмежують конституційні права людини. У рішенні по справі *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, Суд визнав, що традиційне нормативне положення загального права, яке забороняє поширення інформації каналами мас-медіа щодо кримінального процесу, має бути змінено з урахуванням необхідності дотримання рівного статусу, що надається Канадською Хартією Прав та Свобод — права на свободу висловлювання та права на справедливий (чесний) судовий процес. Оскільки заборона будь-яких публікацій щодо судового процесу, на думку Суду, обмежує свободу висловлювання третіх осіб, загальне право має врахувати цілі, для досягнення яких приймається така заборона, та зважити пропорційність впливу такої заборони на права, гарантовані Хартією. Зміни в загальному праві повинні врахувати наступне: заборона на публікації приймається лише у разі, коли 1) така заборона необхідна для реального усунення ризику несправедливого судового процесу; 2) позитивний ефект, спричинений забороною публікації, має переважати над ущемленням свободи висловлювання, спричиненого забороною. Тому заборона на поширення інформації каналами мас-медіа щодо кримінального процесу була визнана надто узагальнюючою та скасована на підставі невідповідності принципу пропорційності.

Після визнання принципу пропорційності невід’ємною складовою частиною конституційного права демократія збагачується новим змістом, набуває всіх ознак конституційної демократії, яка ще має синонімічну назву “судова”, або “процесуальна”, демократія. Це дозволяє вести розмову про призначення основних прав людини як засобу обмеження державної влади: обмеження щодо прав і свобод людини і громадянина, які містяться у законі, є недостатніми для визначення конституційності цього закону, оскільки ці обмеження можуть виявитися непропорційними, а отже, неконституційними. Звичайно, діяльність суддів за таких умов не може бути зведена до простого, механічного нормозастосування, оскільки потребує творчого, “динамічного” та цільового тлумачення в процесі реалізації конституційних норм з метою встановлення

конституційного судового контролю за змістом законів та визначення суддівських стандартів щодо пропорційності обмежень на основні права людини. Принцип пропорційності нормативно не закріплений в європейських конституціях, а сформульований суддями в процесі конституційного тлумачення. Хоча цей принцип не закріплений і в тексті Конституції України, проте вже настав час для обговорення питання про конституційні цілі нормативного регулювання у співвідношенні із засобами, що обираються для їх досягнення, в контексті обмеження та захисту основних прав і свобод людини і громадянина.

Надійшла до редколегії 10.01.2000

ДО 55-РІЧЧЯ ПЕРЕМОГИ НАД ФАШИЗМОМ

П. Рабінович, член-кореспондент АПрН України

Радянська законність у роки Великої Вітчизняної війни

Смисл, характер і цілі війни, яку вів з фашизмом радянський народ, знайшли втілення в ємній її назві — Велика Вітчизняна. А принесені нею випробування виявилися для громадян, керівництва партії і держави справжнім моментом істини. Смертельна небезпека, протиставлення їй усього потенціалу країни, а потім вища цінність перемоги переважували на той час для народу весь негатив режиму.

Наведені твердження й оцінки були виголошені Президентом України Л. Д. Кучмою в його доповіді на урочистому засіданні з нагоди 55-річчя визволення України від фашистських загарбників[1] та повною мірою стосуються і радянської правової системи: вона виявилась вагомим важелем концентрації й спрямування зусиль усіх ланок суспільства та держави на здобуття перемоги над фашистською Німеччиною та її союзниками.

[1] Див.: Уряд. кур'єр. 1999. 20 жовт.

Однієї із складових цієї правової системи був режим законності, яку згідно з пануючим тоді світоглядом, називали "соціалістичною". Під час Великої Вітчизняної війни 1941–1945 рр. вимога додержання цієї законності набула особливого значення. У

цей період усе радянське законодавство було підпорядковане головній меті — перемозі над сильним і підступним ворогом. Воно втілювало і забезпечувало воєнну (у найширшому розумінні) доцільність.

Особливість правотворчості під час війни полягала в інтенсивному розвитку воєнного законодавства, яке регулювало будівництво й діяльність Радянських Збройних Сил, зміні деяких законів мирного часу (що регламентували, наприклад, свободу пересування, таємницю листування, обов'язки громадян тощо), а також у введенні в дію низки надзвичайних законодавчих актів. Зазначені особливості радянського законодавства відповідали Конституції СРСР 1936 р., яка передбачала можливість прийняття спеціальних законів у воєнний час.

Юридичною основою надзвичайних заходів, здійснюваних у місцевостях, де було оголошено воєнний стан, був Указ Президії Верховної Ради СРСР від 22 червня 1941 р. "Про воєнний стан", прийнятий відповідно до п. "п" ст. 49 Конституції СРСР[1]. Отже, йшлося не про вихід за межі закону, не про відступ від закону, а про застосування надзвичайних заходів.

[1] Див.: Ведомости Верхов. Совета СССР. 1941. № 29.

Здійснення правових норм під час Вітчизняної війни характеризувалося тим, що діяльність усіх суб'єктів права повинна була відповідати чинним законам і підзаконним нормативним актам, а міркування доцільності не могли протиставлятися законності і використовуватися для виправдання її порушень.

Вимога суворого додержання законності неодноразово підкреслювалась у цей час в актах центральних органів державного управління й прокуратури. Так, у наказі Народного комісара юстиції СРСР від 29 червня 1941 р. "Про перебудову роботи судових органів та органів юстиції на воєнний лад" вказувалося, що "кожний вирок, кожне рішення, кожна дія суду мають сприяти великій боротьбі, зміцнювати державність і встановлений порядок, неухильно здійснювати соціалістичну законність". Прокурор СРСР у директивному листі від 26 вересня 1941 р. запропонував усім місцевим прокурорам "перевіряти законність обов'язкових постанов, виданих органами державної

влади після 22 червня 1941 р., й опротестовувати ті з них, які видано із порушенням чинних законів”[1].

[1] Законодательные и административно-правовые акты военного времени. М., 1942. С. 98, 113–114.

І дійсно: органи прокуратури, суду, а також місцеві органі державної влади у винятково напруженій обстановці воєнного часу вели рішучу боротьбу за додержання законів[2].

[2] Пеǧеконливі факти такої боǧотьби наводяться, напǧ., у книзі О. Є. Луньова, С. С. Студенікина і Ц. А. Ямпольської “Социалистическая законность в государственном управлении” (М., 1943. С. 41–43).

Характерно, що судові й арбітражні органи при розгляді цивільних справ, пов’язаних із невиконанням договірних зобов’язань, відкидали посилання сторін на перебої у постачанні, нестачу робочої сили та ін., звичайні для умов війни труднощі, орієнтуючи сторони на те, що стан війни сам по собі не звільняє боржника від виконання за договором зобов’язань. Боржник звільнявся від їх виконання тільки у тих випадках, коли неможливість цього була викликана воєнними діями[3].

[3] Див., напр.: Соц. законость. 1942. № 3–4.

Здійснення правових приписів у цей період характеризувалося, зокрема, тією особливістю, що рішення деяких надзвичайних органів проводилося у життя звичайними органами державного управління в загальному порядку[4]. Іншою особливістю здійснення радянських правових норм під час Вітчизняної війни, коли потрібно було оперативно вирішувати багато нових питань, ще не врегульованих спеціальними законодавчими актами, було більш широке використання аналогії закону й аналогії права[1]. Така можливість, як відомо, була прямо передбачена чинним тоді кримінальним законом.

[4] Див.: *Якуба О. М.* Чрезвычайные органы Советского социалистического государства // Учен. зап. Свердлов. юрид. ин-та. 1945. Т. 1. С. 33.

[1] Див., напр.: *Шаргородский М.* Вопросы общей части уголовного права в условиях военного времени // Учен. зап. Моск. ун-та. Вып. 76. Труды юрид. ф-та. 1945. Кн. 1. С. 104–105.

Воєнна обстановка вимагала максимальної централізації діяльності державного апарату. Це внаслідок тимчасової необхідності зумовлювало певні обмеження у компетенції республіканських і місцевих органів державної влади й державного управління, а також зростання питомої ваги імперативних норм права в усьому масиві законодавства. У цьому зв'язку в галузі реалізації юридичних приписів дещо звужувалися межі, в яких суб'єкт права мав можливість вибору того чи іншого варіанта поведінки, що є теж однією з особливостей правового регулювання під час війни.

Настійна необхідність забезпечити найсуворішу дисципліну, порядок, узгодженість в усіх ланках і верствах суспільства, без чого не можна було організувати відсіч фашистським загарбникам і здобути перемогу, вимагала точного перетворення в життя радянських законів — як звичайних, так і надзвичайних. Це було підкреслено в одній з передових статей газети "Правда". У ній зазначалося, що "порядок, дисципліна й організованість, які є необхідними на всіх етапах нашої боротьби, стали ще необхіднішими в умовах воєнного часу. Проте забезпечити порядок і дисципліну немислимо без права, без законів, без органів, що здійснюють контроль за їх виконанням. Суворо окреслені й виражені у законі правила поведінки громадян гарантують міцний правопорядок у складній воєнній обстановці. Закон — могутнє знаряддя в руках Радянської держави і поряд з іншими засобами боротьби перебуває на озброєнні радянського народу"[1].

[1] Правда. 1943. 4 сент.

Підвищені вимоги законності під час війни виражалися, зокрема, у встановленні деяких нових юридичних обов'язків громадян перед Радянською державою[2], а також у встановленні більш суворих, ніж у мирний час, санкцій за правопорушення, суспільна небезпека яких значно зросла за умов воєнного часу.

[2] Див.: *Утевский Б. С.* Обязанности гражданского населения во время войны. М., 943.

Законність функціонувала не тільки в тилу й у районах воєнних дій, а й, за найменшої можливості, на території, тимчасово окупованій фашистами. Підпільними органами радянської влади, партизанськими з'єднаннями і радянськими громадянами-патріотами вимоги радянського законодавства про врятування від загарбників мирних жителів, а також народного майна, про матеріальну допомогу армії й партизанам та ін. здебільшого перетворювалися у життя. Партизанський рух спрямовувався нормативним актами відповідних органів (наприклад, наказом Центрального штабу партизанського руху "Про рейкову війну", прийнятим у червні 1943 р.). Партійні та військові органи домагалися здійснення законності як у самих партизанських з'єднаннях, так і в їхніх відносинах з населенням. Ці питання були спеціально розглянуті, наприклад, Вітебським й Могильовським підпільними обкомами партії, а також Пленумом ЦК Комуністичної партії Білорусії у 1942–1943 рр.[3] Отже, і в тилу ворога правомірність дій радянських надзвичайних органів визначалася законодавством, яке втілювало воєнно-патріотичну доцільність. Так, один з керівників партизанського руху на Чернігівщині О. Федоров пізніше писав: "...знищення комендантів та усяких фюрерів було нашим солдатським обов'язком, а не терористичними актами. Знищення зрадників народу — старост, бургомістрів, поліцаїв — також не терор. Це не представники законної влади, а просто шпигуни, зрадники, перебіжчики. Вони злочинці, ми їх не вбиваємо, а страчуємо відповідно до законів Батьківщини"[1].

[3] Див.: Социалистическая законность в деятельности местных Советов БССР. 1917–1953 гг. Минск, 1960. С. 226–230.

[1] Федоров А. Ф. Подпольный обком действует. М., 1957. С. 302.

А втім, не будемо ідеалізувати ситуацію — особливо тепер, коли широко відомим стали і такі факти, котрі аж ніяк не "вписуються" у вимоги законності, навіть із зазначеним вище її особливостями, зумовленими обставинами воєнного часу. І справа не тільки у тому, що "коли говорять гармати, закони мовчать". Жахливі протизаконні акції (а ще більшою мірою такі заходи, що здійснювались за допомогою законів, декотрі з

яких потім цілком слушно було кваліфіковано як неправові чи антиправові), до яких вдавалося партійне і державне керівництво у довоєнні роки, не припинялося так чи інакше і під час Великої Вітчизняної війни (та й у повоєнні роки також).

У цій війні разом з радянським державним і суспільним ладом витримала іспит і вітчизняна правова система, яка опосередковувала всі основні державні заходи щодо забезпечення оборони країни і досягнення перемоги над фашизмом. Успішному перетворенню в життя цих заходів, безперечно, сприяв і режим законності.

Надійшла до редколегії 14.01.2000

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

О. Мироненко, член-кореспондент АПрН України,

Заслужений діяч науки і техніки України

Вітчизняний конституціоналізм від І. Мазепи до К. Розумовського (1687–1764)

У середині XVII ст. ще досить “хиткий” український конституціоналізм як практика державотворення еволюціонізував від 1648 р. під найсильнішим впливом багатьох гетьманів (Б. Хмельницький, І. Виговський, Ю. Хмельницький, І. Брюховецький, Д. Многогрішний, П. Дорошенко, І. Самойлович та ін.), але за одного московського самодержця Олексія Михайловича[1]. У 1676 р. великий государ і цар “всія Великої, Малої і Білої Русі” помер, і влада перейшла формально до юного Федора Олексійовича, а фактично до кількох боярських кланів. Одні з таких кланів, керуючись перш за все власними меркантильними інтересами, підтримували Федора, інші — чи то Софію Олексіївну, чи то зовсім малолітніх чад і спадкоємців Іоанна Олексійовича або Петра Олексійовича. Мабуть, жорстока боротьба за перебування біля трону в Москві відсунула у тінь інтерес російських бояр до вкрай зруйнованої Правобережної України, що виявилося у Бахчисарайському договорі 1681 р. Вже за доби царювання Софії Олексіївни у 1686 р. Правобережжя, за винятком Києва і його найближчих околиць, було “навічно” віддане Речі Посполитій, а Запорізька Січ перейшла у “подвійне”

підпорядкування Росії і Гетьманщини. Дещо раніше у повному віданні московського патріархату опинилась і українська православна церква. Розповсюджене в Україні підступне доносительство генеральної старшини один на одного і власних провідників призвели у липні 1687 р. до звинувачення гетьмана І. Самойловича у зраді та заслання його до Сибіру.

[1] Див.: *Мироненко О.* Еволюція вітчизняного конституціоналізму "від Богдана до Івана" (1648–1687) // Вісник Академії правових наук України. 1999, №№ 3 (18), 4 (19).

Український конституціоналізм як практика державотворення розвивався на початку розглядуваного періоду саме в таких історичних умовах. 25 липня 1687 р., тобто відразу після відібрання булави у І. Самойловича, були ухвалені Коломацькі конституції. Цей документ, що складався з 22 статей[1], виявився вже сьомою надбудовою (три з них, тобто конституції 1659, 1663 і 1665 рр., були скасовані) над актами Б. Хмельницького 1654 р., котрі, як і доповнення до них 1669, 1672 і 1674 рр., залишалися чинними. Отже, у 1687–1708 рр. "конституція України" фактично налічувала 90 статей, які багато в чому повторювали, підтверджували, скасовували одна одну, тобто це був конгломерат суперечливих правових положень, з яких практично застосовувалися найперші 11 статей і монарші грамоти 1654 р. та статті останнього гетьмана. Коломацькі конституції мали найвищу юридичну силу понад два десятиліття, тобто найдовше з усіх аналогічних правових актів. Генеральна козацька рада від імені "і гетьмана, і всієї старшини, і Війська Запорізького, і народу Малоросійського", з одного боку, царівна і малолітні царі, В. Голіцин та ще біля десятка російських бояр, воєвод, окольничих, стольників і думних дяків, присутніх під час обрання І. Мазепи, — з іншого, уклали договір конституційного характеру, яким підтверджувалися козацькі права і вольності, надані Олексієм Михайловичем.

[1] Див.: Отрешение от Гетманства Ивана Самуйловича и избрание Ивана Мазепы и проч. // Источники Малороссийской истории, собранные Д. Н. Бантыш-Каменским. М., 1858. Ч. 1. С. 305–319.

Але це було лише зовнішнім прикриттям нового тиску на автономію Гетьманщини. Генеральна рада фактично припиняла існування і остаточно передавала свої функції Раді

старшин, яка продовжувала інтригувати і за мазепинських часів, схиляючи гетьмана то до Порти, то до Криму, то до Польщі, то до Швеції. Сила російських правителів після підписання Коломацьких статей особливо відчувалась у Києві, Чернігові, Переяславі, Ніжині, Острі, де стояли московські ратні люди. Спеціальний Московський стрілецький полк у Батурині, який потрібно було годувати виключно українським хлібом, здійснював наглядові функції щодо самого гетьмана і охороняв його резиденцію від підступних дій власної козацької аристократії, тобто від Старшинської ради. З цього очевидна недовіра до названої самоврядної установи як з боку Москви, так і самого гетьмана. Але тут же ст. 4 забороняла І. Мазепі відбирати у старшини царські грамоти на маєтки, а ст. 11 дозволяла гетьману змінювати членів Старшинської ради, тобто генеральну старшину і полковників, виключно з дозволу царя. Цим самим правове становище козацької еліти значно зміцнювалось, але й Старшинська рада, як і раніше, не мала права самовільно переобирати гетьмана. Істотним нововведенням, що завдавало відчутного удару по самоврядним козацьким органам, які визначали раніше кандидатуру провідника на основі рівного голосування, стала заборона обирати гетьмана без попереднього узгодження з царем, “без чолобитної і без Указу Великих Государів” (ст. 6). Свобода виборів, таким чином, скасовувалася.

Кількість козацького реєстрового війська знову збільшувалась з 20 до 30 тис. чоловік. На колишньому рівні залишалось і “милостиве жалування” старшинам і козакам з кишені того ж українського народу. Практично відкривалися для малоросів кордони Росії, але не для торгівлі. У той же час Коломацькі конституції рішуче відкидали вимогу козацької старшини на хоч би обмежені дипломатичні стосунки з сусідніми державами, категорично забороняли торгові зв’язки з Кримом, встановлювали жорсткі перепони на шляху переходу з селянського стану у козацтво, фактично визнавали “вічне” польське панування на Правобережжі, нав’язували мешканцям України під страхом смертної кари досить сумнівні грошові знаки — чехи, примушували Гетьманщину до участі у війнах Росії проти Криму і Туреччини, до будівництва укріплень на річках Самарі, Орелі, Берестовій, Корчику тощо.

Чимале значення для правових основ функціонування Гетьманщини мала ст. 19, яка вперше відкрито проголошувала курс на з'єднання українців і росіян у один народ,

одну суцільну державу. “Малоросійський народ усілякими засобами з Великоросійським народом з'єднувати і у нерозривне та міцне согласіє призводити через укладання шлюбу та іншу поведінку”[1]. Ця ж стаття забороняла навіть згадувати про те, що Малоросійський край будується на основі гетьманського регламенту, і приписувала мешканцям Війська Запорізького “одноголосне підкреслювати”, що вони є “їх Царської Пресвітлої Величності Самодержавної держави... народом Малоросійським разом з Великоросійським народом”[2]. Такого роду документи І. Мазепа “сприймав радостно” і присягав на Біблії на вічну вірність російським монархам. Через короткий час саме ці приписи гетьмана стали “юридичною основою” не лише для нищення вітчизняної державності, а й навіть для викорінювання української мови.

[1] Отрешение от Гетманства Ивана Самуйловича... С. 318.

[2] Там само.

До “активу” гетьмана і старшини Війська Запорізького можна віднести такі положення Коломацьких конституцій, як заборона російським воєводам, у тому числі і у “Богом врятованому граді Києві”, втручатися у місцеве судочинство і судопровадження та в інші внутрішні справи, включаючи збирання податків (ст. 2), звільнення найвищої козацької еліти від будь-яких поборів (ст. 3), збереження за нею наданих раніше дворянських титулів (ст. 4), заборону царським послам, посланцям, гінцям самочинно зупинятись у дворах козацької старшини, відбирати у неї підводи і коней без дозволу представників місцевої влади (ст. 5), зобов’язання Москви надавати військову допомогу при зовнішньому нападі (ст. 7), не заперечувати повернення у рідні місцевості колишніх полонених-українців, якщо вони не вчинили злочину на території Росії (ст. 9), залишати у силі правила успадкування козацького майна у разі смерті козака, але вже не дружиною і дітьми, а тільки дружиною (ст. 15). Погодилася царівна і на ще одне офіційне підтвердження чинності монарших грамот 1654 р. щодо прав і вольностей міщан Києва і Ніжина (ст. 18).

Всі тяготи військової повинності (постої, харчування, надання амуніції тощо) перекладалися на міщан і селян[1]. Останніх, як і козаків, під страхом покарання заборонялося називати зрадниками (ст.). Заколотників приписувалося придушувати і

“карати на горло”, а робити це повинне було встановлене ще Глухівськими, а потім скасоване Конотопськими статтями, але насправді залишене і навіть зміцнене І. Самойловичем спеціальне військове утворення з тисячі козаків на чолі з полковником (ст.ст. 12, 13). На конституційному рівні знову заохочувалися доноси на гетьмана і козацьку старшину (ст. 10). Як і раніше, вивезення до Росії українського вина і тютюну тягло за собою беззастережну конфіскацію всього товару (ст. 14). Солдат, драгунів, “людей інших чинів”, “людей боярських”, селян, тобто всіх втікачів з Росії, наказувалося “не тримати і з Малоросійських городів віддавати без будь-якої затримки” (ст. 8). Не залишилися без уваги укладачів Коломацьких конституцій навіть “пожитки” І. Самойловича та його дітей: їх поділили порівну між гетьманським військовим скарбом та царівною і царенятами (ст. 21).

[1] Докладніше про це див.: *Мироненко О. М.* Права і свободи людини у державницьких змаганнях українських гетьманів. К., 1995.

Істотним “конституційним” нововведенням у такому важливому питанні для Війська Запорізького, як проблема земельної власності, стала передача військових маєтностей, тобто земель, що перебували раніше у розпорядженні гетьманського скарбу, в повне порядкування московського трону. На час ухвалення Коломацьких статей фонд військових маєтностей значно скоротився з причини їх продажу (часто — елементарного розбазарювання) гетьманським скарбом, самовільного загарбання старшиною, “займанщини” нею незаселених територій, примусового скуповування, чисельного надання і пожалування” селянських земель чи то гетьманом, чи то царським урядом, перетворення їх на спадщину козацьких верховодців тощо. Території. що залишилися, були розділені на землі вільні (загальнодержавні) та рангові (надавалися старшині тимчасово на період несення служби). Кількість вільних земель, які посполиті, виконуючи повинності на утримання війська та адміністрації і сплачуючи податки, вважали своєю на підставі сталого звичаєвого права, мала тенденцію до зменшення, а рангові території — до помітного збільшення.

Коломацькі статті — конституції виявилися першим і єдиним документом, який “дарувала” Гетьманщині Софія Олексіївна. 13 жовтня 1687 р. вона ще й надіслала І.

Мазепі царську жалувану грамоту, але її зміст в основному відповідав ухваленим раніше конституціям. Через два роки боротьба Софії з Петром І закінчилася постриганням її у черниці, а І. Мазепа став одним з перших державних діячів, який ще у вирі сутички за корону зустрівся з юним монархом-переможцем і зумів увійти у його повну довіру. Про те, що гетьман протягом багатьох років свято дотримувався чинних конституційних положень, свідчать численні нагороди, величезні маєтки та інші пожалування, одержані ним від Петра І, що разом з нещадною експлуатацією власного народу зробили українського гетьмана одним з найбільших багатіїв тогочасного світу.

Мабуть, саме побоювання втрати таких багатств змусило І. Мазепу зрадити, як тоді вважалося, "слабкого" Петра І і перейти на бік "набагато сильнішого" нового сюзерена — Карла XII. Але прорахунок став очевидним за результатом Полтавської битви 1709 р., після розгрому в якій гетьман утік за кордон і незабаром помер.

Подальший розвиток українського конституціоналізму на початку XVIII ст. був пов'язаний з появою кількох актів — роздумів програмного характеру, викладених переважно у 1710–1712 рр. гетьманом в екзилі П. Орликом та його однодумцями з числа кількатисячного загону козаків-емігрантів під популярними у той час назвами "пактів", "конституцій", "маніфестів", "договорів", "постанов" і навіть "виводу прав України". Найвідомішим з них залишається розповсюджуваний у сучасній літературі документ під найменуванням "Пакти і конституції законів та вольностей Війська Запорізького". Початкова його назва, яка більш відповідає змісту цього політичного акта, — "Договір і постанова між Гетьманом Орликом та Військом Запорізьким"[1]. Проект був складений елітою козацької старшини, провідниками церкви і шляхетства, які разом з І. Мазепою втекли з України до Бендер, тобто під покровительством турецького султана, і згадується у літературі і як Бендерські статті, Бендерські конституції, а в останній час — ще й як конституція Пилипа Орлика.

[1] Договор и постановление между Гетманом Орликом и войском Запорожским в 1710 году // Источники Малороссийской истории... Ч. 1. с. 242–255.

З правових позицій його можна розцінити як договір-зобов'язання гетьмана перед козацькою старшиною у разі обрання на найвищу посаду. Бендерські статті

відрізняються від більш ранніх, але діючих конституційних актів 1654, 1659, 1663, 1665, 1669, 1672, 1674, 1687 рр. тим, що в них здійснюється спроба не лише визначити права і обов'язки гетьмана і старшини на майбутнє, а й узагальнити суспільно-політичний устрій козаччини, який склався на ґрунті соборності, звичаєвого права і військової демократії, тобто "народної конституції" русів протягом майже півторастолітнього існування Січі та Війська Запорізького. Автори Бендерських конституцій не робили якихось концептуальних відкриттів, не створювали нових державних моделей, не проголошували невідомих до них управлінських принципів, а досить творчо підійшли до досвіду своїх пращурів і виклали на папері те, що склалося на практиці, закріпилось у генетичній пам'яті поколінь і пройшло багатолітнє випробування. Цей виклад вони зробили на підґрунті засвоєних ними досягнень європейської політико-правової думки — визнання природних прав і свобод людини, ідеальних (натуральних) прав народу, договірного походження держави, необхідності обмеження абсолютної влади монарха, відомих ще у Давній Греції і Давньому Римі політичних прав громадян на службу у війську, на участь у громадському житті, у народному зібранні, на долю у загальній власності, на зайняття виборних посад, на захист особистих і майнових прав у суді, на приватну власність, на станові привілеї, всебічно обґрунтованих, починаючи з XIII ст., прав народів на скинення тирана тощо.

Відчувається вплив на творців Бендерських конституцій ідей Аристотеля, Марсілія Падуанського, Д. Локка, С. Оріховського про розподіл влади, вчення Бодена, Кальвіна, Гроція, Мільтона про народний суверенітет, принципових положень Великої хартії вольностей 1215 р. і Білля про права 1689 р. про обмеження свавілля у податках, про скасування надзвичайних судів, про недоторканність особи та ін. У розглядуваному документі здійснюється спроба приблизного визначення території Гетьманщини, обґрунтування права запорожців на значну частину Дніпра, окреслення складу Генеральної ради та у найзагальніших рисах її компетенції, охорони козацького майна від розкрадання, створення хоча б якихось перепон кар'єризму, зловживанням з боку гетьмана і полковників, ствердження привілеїв Києва та інших міст. Заслуговують на увагу декларації про неприпустимість чинити здирства, пригнічення, наклади та

утяження не лише щодо військових, а й посполитих, про надання допомоги козацьким дітям, про розподіл тягаря податків не тільки між селянами, а й купцями і козаками.

Та трагедія П. Орлика і його соратників полягала саме в тому, що їх погляди відображали бажання виключно козацької старшини, і не всієї, а лише невеличкої її частини з числа прихильників І. Мазепи. Абсолютна ж більшість козаків, як і народ у цілому, ідеї П. Орлика не сприйняли, а його самого викинули з України. Головною причиною фіаско найвірнішого мазепинця, як і всіх його попередників, що орієнтувались на далеких північних і південних сусідів, стало чітко зафіксоване в Бендерських статтях плазування перед "найяснішим маєстатом, його королівською величностю швецькою як оборонцем і протектором нашим" (не козацький парламент, а саме Карл XII затвердив ці конституції) та "найсвітлішими їх милостями" султаном Турецьким та ханом Кримським. Мабуть, навряд чи можна було розраховувати на те, що народ гаряче підтримає прагнення Орлика "впросити у королівської величності шведської такого трактату, щоб його величність та його спадкоємці, найясніші королі шведські титулувалися постійними протекторами України". Рішуче відкинув народ і заклики Бендерських конституцій до "братерства, військової колегації та постійної приязні" з одвічними противниками — Оттоманською імперією і Кримським ханством. До того ж величезні етнічні території України — Галичину, Закарпаття, Буковину, Холмщину, Підляшшя, Полісся, три чверті Волині, тобто все, що знаходилося на захід від р. Случ, П. Орлик залишав за Польщею.

Аж ніяк не могла відбивати "народні ідеали і мрії про справедливий устрій суспільного життя" виключна увага П. Орлика до станових прав і привілеїв. Природні права і свободи простолюдинів авторів Бендерських статей хвилюють мало, зате привілеї козацької верхівки оголошуються святими, недоторканними. У деяких з конституцій очевидна зневага до колишніх вольностей рядових козаків. Відкидає П. Орлик і давно знану у Європі свободу совісті, свободу віросповідання, чим теж грубо порушує природні права католиків, уніатів (це не завадило гетьману в екзилі у 1721 р. перейти до стану греко-католиків), мусульман, а з особливою ненавистю ставиться до іудеїв. У тексті документу відчувається неприхильність гетьмана не лише до неправославних, а й до деяких народів взагалі, що викликає обґрунтований сумнів стосовно істинного

демократизму його прагнень і мислення. Це підтверджується подальшими конституціями, у яких полковники і генеральні радники, обрані по полках, затверджуються гетьманом, інша старшина також не може бути обраною на свої посади без урахування гетьманської волі, "яко потребується швидкого управління", то воно відправляється вже одноособове "гетьманською повагою".

Отже, чергова спроба вирватися з "автономних обіймів" Росії шляхом віддання України у залежність від іншої держави та ще й за допомогою третьої сили — чи не одвічних супротивників українства (або Туреччини, або Криму, або Польщі) — зазнала краху. Бендерські конституції спіткала доля Гадяцького договору 1658 р., Слободищенського трактату 1660 р., Дігтярівського договору 1708 р. та деяких інших утопічних проектів. Але, незважаючи на це, Бендерські статті увійшли до історії вітчизняної конституційної думки як міфічні варіанти розвитку національної державності.

До конституційних проектів П. Орлика цілком обґрунтовано можна віднести і політичні трактати вигнанця "Вивід прав України", "Маніфест до Європейських урядів" та деякі інші[1] Головне їх призначення — визнання міжнародним співтовариством (у той час, майже виключно, Європою) природних прав "козацької нації" на творення власної держави у вигляді вільного князівства. Трактати насичені досить поширеними вже на європейському континенті гаслами: про право на протест проти гніту, про повернення націям можливості уживання своїх стародавніх прав, про виключні права і привілеї станів і князів тощо.

[1] Див.: Вивід прав України: Документи і матеріали до історії української політичної думки. Нью-Йорк, 1964. С. 86–94.

Але із загального змісту політичних трактатів випливає, що еталоном "незалежності" козацького князівства, "суверенності" України для П. Орлика є Гетьманщина доби Б. Хмельницького, а взірцем для досягнення — Дігтярівський договір 1708 р. І. Мазепи і Карла XII. Тобто знову таки, як і у всі попередні часи, "суверенітет" Війська Запорізького допускався виключно під чиїмось покровительством. Про те, що П. Орлик залишався сином своєї доби і у політичних програмах її не випереджав, свідчить і

беззаперечне визнання ним права на інтервенцію для допомоги пригніченим громадянам іншої держави, права на завоювання чужих територій та ін. Викликає сумнів або й підриває довіру до істинно патріотичних почуттів екзильного гетьмана його особливе акцентування у закликах до європейських держав на необхідності "повернення України саме гетьманові Орлику", а не іншому можновладцю.

Водночас з конституційними проектами екзильного провідника кількох тисяч українських козаків, що втекли з Гетьманщини разом з І. Мазепою, на Лівобережжі побачила світ низка статей-конституцій І. Скоропадського. Цьому передувало те, що відразу після переходу Мазепи на бік Карла XII і укладення між ними Дігтярівського договору (30 жовтня 1708 р.) Петро І видав "премощнєйшую грамоту" на обрання новим гетьманом стародубського полковника І. Скоропадського (6 листопада 1708 р.), за смислом якої "права, і вольності, і порядки військові від колишніх Великих Государів... колишнім Гетьманом у статтях викладені" царем підтверджувалися. Грамота вміщувала ще одну важливу норму конституційного характеру, про яку Петро І згодом геть забув: "...Милостиво піклуючись про народ Малоросійський жодного пенязя у всьому Малоросійському краю у казну вилучати забороняю"[1].

[1] Див.: Источники Малороссийской истории... Ч. III. С. 232; История Малороссии Николая Маркевича, Т. III. С. 360.

6 листопада 1708 р. у Глухові І. Скоропадського було обрано на посаду гетьмана обох боків Дніпра, але традиційних при цьому статей-конституцій не ухвалено. Та, виходячи із змісту царської грамоти, чинними залишались усі 90 формально діючих до цього статей Б. Хмельницького, Д. Многогрішного, І. Самойловича і навіть І. Мазепи. Лише 17 липня 1709 р. з'явився "Рішительний указ Великого Государя" на досить скромні прохання І. Скоропадського, писані у обозі під Решетилівкою (тепер райцентр у Полтавській області). Ці два документи відомі в історії під назвою Решетилівських конституцій, які складалися з 14 статей[1] З них відчутне виключно поважне ставлення Петра І до Б. Хмельницького, якого він цитував неодноразово не лише у згаданих настановах, а й у багатьох наступних актах. Формально цар ще раз визнавав за Гетьманщиною права і вольності козацького стану часів свого батька і Б.

Хмельницького, але вже у першому пункті указу підкреслював, що прохання І. Скоропадського про “змістовні, на підтвердження тих, що були, статей, будуть надані у майбутньому, коли час дозволить, бо зараз за нестачею часу та за походом його Величності у Польщу того вчинити неможливо”[2].

[1] Див.: Статьи Гетьмана Ивана Скоропадского // История Малороссии Николая Маркевича. Т. III. С. 325–338.

[2] Там само. С. 326.

Тексти Решетилівських статей зовнішньо не позбавляли ані гетьмана, ані Генеральну раду, ані Раду старшини колишніх повноважень. Та за змістом нові конституції зробили такі повноваження нездійсненими, утопічними, паперовими. Українські війська, підірвані “запорожцями клятими через явну свою зраду та противність”[1], звільнялися від військових походів на “нинішнє літо” (до його закінчення залишався один місяць), “окрім хіба найгострішої потреби” (ст. 8). Але фактично вони переходили під повний контроль російського генералітету, тобто командування 10 драгунських і 6 гренадерських полків, які Петро І самочинно ввів на Україну (ст. 2). Якби у гетьмана з’явилося бажання хоч якось відновити діяльність Генеральної ради, то робив би це він віднині лише за вказівками царського стольника А. Ізмайлова, котрий постійно знаходився у Глухові і слідкував за кожним кроком І. Скоропадського. У Києві такі наглядові функції здійснював воєвода Д. Голіцин (ст. 7), хоча, знову таки суто формально, воєводам щодо малоросів приписувалося “прав їх і вольностей не порушувати, в суди і розправи їх не вступати” (ст. 5).

[1] Там само. С. 333.

Судячи з реакції Петра І на прохання про повернення містечка Котельви до Гадяцького полку (ст. 4), втрачались і повноваження гетьмана чи самоврядних козацьких органів на вирішення деяких питань адміністративно-територіального поділу Гетьманщини. Відмовив цар навіть у поверненні захопленої у боях з мазепинцями артилерії (ст.ст. 3 та 4). Викликала роздратування у самодержця і пропозиція гетьмана звільнити козацькі двори від військових постояльців, що потягло за собою відповідь:

“Малоросійський народ і без того багато милостей Царської Величності мав і нині має в утриманні всіх привілеїв, вольностей і свобод” (ст. 6)[1].

[1] У наведених першоджерелах статей І. Скоропадського, опублікованих М. Маркевичем, очевидна помилка царської канцелярії, яка полягає в тому, що відповідь Петра І на ст. 6 вміщена під номером 7, а на ст. 7 — під номером 6.

Мабуть, виходячи саме з такого постулату, Петро І під приводом засудження зрадників-січовиків і з метою запобігти можливості їх повернення у Січ та зібрань бунтівників заборонив мешканцям порогів полювання, рибальство, торгівлю сіллю тощо (ст. 9). Питання про податки і збори цар залишив відкритим до отримання додаткових відомостей щодо цієї справи (ст. 11), незважаючи на те, що І. Скоропадський переконливо доводив факти розкрадання і вивезення гетьманського військового скарбу І. Мазепою.

Очевидно, все ж побоюючись подальших виступів козацтва, Петро І наказував воєводам слідкувати, щоб російські солдати не чинили свавільства щодо мешканців Війська Запорізького, а відповідальність за це поклав на стольника А. Ізмайлова та князя Д. Голіцина (ст. 7). Втручання у внутрішні справи з боку воєвод допускалося лише у поодиноких випадках і тільки за згодою місцевих полковників чи іншої козацької старшини. Гетьманські сердюцькі і компанійські війська приписувалося поставити на харчування у місцях, не зруйнованих війною, та виплачувати їм жалування у повному розмірі (ст. 11).

Зважаючи на те, що багато дворів міщан Чернігова було зламано на матеріали для будівництва фортифікаційних споруд навколо міста, потерпілим дозволялося зводити нові приміщення на зручних для них земельних ділянках, але фортеці не займати (ст. 12). Важливе значення для ефективності управлінської діяльності гетьмана і Генерального уряду мала сувора вказівка царя надалі надсилати з Москви укази і розпорядження виключно на ім'я гетьмана і тільки від самого самодержця, Малоросійського приказу або від міністрів, “яким ці справи підпорядковані, а не від кого іншого” (ст. 13).

Самі по собі Решетилівські пункти І. Скоропадського — це своєрідний конституційний протест, викладений у формі заяви про наміри, яка юридичної сили не мала. Але скріплені приписами царя у вигляді Рішительного указу по кожному з таких пунктів, у сукупності вони набирали чинності і перетворювалися на чергові 14 доповнень до формально діючих 90 статей "конституції України", тобто конгломерату гетьманських пунктів 1654, 1669, 1672, 1674, 1687 рр. та низки царських жалуваних грамот.

Прагнення І. Скоропадського до відновлення деяких прав Гетьманщини не припинилися на охарактеризованих конституціях. У літературі поширена помилка у ототожнюванні понять "Решетилівські статті" і "Статті І. Скоропадського". Гетьман посилав царю прохання у вигляді статей майже до кінця свого життя, і разом взяті вони за обсягом і змістом набагато перевищують власне Решетилівські конституції. Скажімо, через рік після набрання чинності останніми І. Скоропадський звернувся до Петра І з вимогою припинити пограбування з боку московського війська, що викликало досить змістовний маніфест царя від 11 березня 1710 р.[1] Така ж позитивна реакція російського можновладця стала наслідком "прохальних пунктів" гетьмана про надмірні побори воєвод на українських землях[2].

[1] Манифест государя Петра I о запрещении всякого чина людям оказывать Малороссийскому народу обиды, озлоблення, укоризны, порицание измениками и излишнее требование подвод и прочее // Источники Малороссийской истории... Ч. II С. 262–264.

[2] Доношение от всего Малороссийского народа с просительными о их надобностях пунктами // Там само. С. 264–266.

Але на цьому "заслуги" царя стосовно конституціювання автономії Війська Запорізького у складі Російської імперії, мабуть, вичерпуються. Надалі його дії, іменні і "рішительні" укази майже цілком були спрямовані на нищення автономних прав Гетьманщини.

Після утворення у 1722 р. Малоросійської колегії і смерті І. Скоропадського “конституція України”, що являла собою на той час своєрідну суміш з 104 формально діючих статей Б. Хмельницького, Д. Многрішного, І. Самойловича, І. Мазепи, І. Скоропадського та низки монарших грамот і указів, на п’ять років перетворилась у “мертвий акт”, оскільки її дію фактично призупинила явно “антиконституційна” Інструкція бригадиру С. Вельямінову, затверджена Петром І 16 травня 1722 р.[1] Спроби наказного гетьмана П. Полуботка висловити протест закінчилися його ув'язненням і смертю в Петропавлівській фортеці. Вимоги залишків від Ради старшини на чолі з миргородським полковником Д. Апостолом у вигляді “Коломацьких чолобитних” щодо відновлення діяльності Генеральної ради для обрання нового гетьмана теж не мали успіху і призвели до нових репресій. Ще одним грубим нехтуванням “конституції України” було переведення справ Гетьманщини з Колегії закордонних справ до Сенату, тобто цинічне демонстрування ставлення до Війська Запорізького як до внутрішньої провінції Росії, а не автономної держави.

[1] Див.: Инструкция Бригадиру господину Вельяминову // Источники Малороссийской истории...Ч. II, С. 322–325.

Деякі зрушення у цьому плані з’явилися лише після смерті Петра І і імператриці Катерини І. Наполегливість Д. Апостола призвела у 1727 р. до скасування Малоросійської колегії, обрання його гетьманом України і поновлення діяльності Ради старшин. Скориставшись ворогуванням О. Меншикова з С. Вельяміновим, які не поділили між собою українські маєтності, при фактичній бездіяльності малолітнього імператора Петра ІІ та за участю деяких генеральних старшин, полковників і бунчукових товаришів Д. Апостол домігся 27 липня 1728 р. нових конституцій для Гетьманщини, які увійшли в історію під назвою Рішительних пунктів[1]. Спочатку вони опрацьовувались у Верховній таємній раді, звідки їх було знову відправлено старшині для формулювання додаткових роз’яснень, а потім повернулися на ще одне вивчення Таємною радою.

[1] Див.: Статьи Гетмана Данилы Апостола // История Малороссии Николая Маркевича. Т. Ш. с. 344–390.

Знову таки з посиланням на статті Б. Хмельницького у Війську Запорізькому формально відновлювалася діяльність Генеральної козацької ради, для якої відроджувалися повноваження “вільними голосами обирати гетьмана”, але тільки за дозволом і згодою монарха (ст. 2). Рада генеральної старшини могла комплектуватися з обраних вищих посадових осіб уряду, полковників, сотників, але з числа двох-трьох кандидатів, узгоджених з гетьманом і імператором (ст. 3). Важливим нововведенням були гарантії гетьмана, що депутатами такої Ради можуть ставати й іноземці, тобто росіяни. З одного боку, правове становище обраних старшин зміцнювалося дорівнянням полковників до російських генерал-майорів, обіцянками надання за службу землі і

маєтностей а з іншого — члени Ради потрапляли у дуже сильну залежність від гетьмана, бо царські грамоти на власність віднині мали видаватися лише за його особистим проханням і переважно тільки на час служби (ст.ст. 10, 12)[1].

[1] Див.: Це було викликане тим, що рангові військові маєтності повсюдно привласнювалися зажерливою старшиною, а кількість вільних земель стрімко зменшувалася.

Істотно підвищувалася роль Ради старшини у судових справах (ст. 1). Відновлювався старий принцип "де три козака, там два третього повинні судити". Мабуть, уперше в тексті конституцій використовувалася категорія "малоросійські права" (преамбула). Рядових козаків повинні були судити курінні та інші отамани, посполитих — сільські отамани, міщан — війти "за своїми артикулами і від своїх людей". Наступною інстанцією визначалися суди сотенні і міські (градські), далі — полкові. Генеральний суд, який тепер складався з трьох українців і трьох росіян, не був найвищим арбітром, бо його рішення можна було оскаржити гетьману "яко президенту того суду". Якщо гетьман мав сумнів щодо присуду, він збирав Старшинську раду — "Генеральних персон і полковників загальним слідством апробувати". При цьому Рада старшин мала повноваження не лише скасовувати рішення Генерального суду, а й накладати на суддів штраф на користь незаслужено покараного. Невдоволені ухвалою гетьмана чи Ради старшин отримували право "бити чолом його Імператорській Величності в Колегії закордонних справ".

Останнє положення, стверджене у спеціальному указі імператора, мало чимале значення не тільки для деякого піднесення авторитету самоврядних органів Гетьманщини, а й для визнання автономного статусу Війська Запорізького: Москва знову натякала на його "закордонність". З інших положень розглядуваних конституцій слід було б відзначити офіційне "поповнення" Ради генеральної старшини генеральним підскарбієм-росіянином, який разом зі своїм колегою з числа українців мав наглядати за справленням податків і витрат та запобігати зловживань при цьому з боку полковників та інших козацьких отаманів (ст. 7). Безумовною заслугою Д. Апостола стало значне розширення повноважень Старшинських рад у галузі організації торгівлі та промислу (ст. 15), спроба поставити перепони на шляху скупівлі за безцінь чи відвертого захоплення українських земель великоросами (ст.ст. 16 та 19), законодавче закріплення принципу комплектування деяких військових частин на добровільних засадах (ст. 6), виведення з Гетьманщини сербських військ (ст. 5), постановку питання про перенесення столиці з Глухова у більш зручне для України місце (ст. 11) тощо. Деякі вимоги гетьмана (про новий статус біженців з Росії, про висилку з України розкольників) молодий імператор відхилив, одну статтю (про майно старшин) залишив без відповіді, ще одну (про кордони з Слобожанщиною) переніс для майбутнього розгляду. Але на абсолютній більшості з них, хоч іноді й з застереженнями, стоїть повеління: "По цьому бути так".

У цілому, незважаючи на деякі занадто поблажливі компроміси у стосунках з Росією, відверто вороже ставлення до євреїв (ст. 15), сприяння у подальшому закріпаченні селянства, Д. Апостол чимало зробив для відновлення діяльності Ради старшин, уникнення від повного її зросійщення, консолідації українського суспільства, загальмування процесу деформації Гетьманщини як політичного тіла. Водночас із затвердженням Рішительних пунктів за ініціативою гетьмана у Глухові розпочалась інтенсивна робота з кодифікації українського права, головною метою якої стало обґрунтування стрижневої конституційної ідеї щодо автономного статусу України, права на самоврядування тощо. Безперечним внеском Д. Апостола у формування конституційних засад функціонування Гетьманщини стали його подальші інструкції й універсали, спрямовані на вдосконалення діяльності судової системи і судочинства, відмову імперії від введення нових видів оподаткування, на оборону прав українських міст, відновлення української адміністрації, упорядкування землеволодіння і землекористування тощо.

Останній виток у своїй еволюції у XVIII ст. український конституціоналізм як практика державотворення зробив у 1750–1764 рр., тобто під час перебування на найвищій державній посаді К. Розумовського. Причиною такого короткочасного злету стало поновлення уваги за допомогою О. Розумовського імператриці Єлизавети Петрівни до конституцій Б. Хмельницького і царських жалуваних грамот Гетьманщині свого діда Олексія Михайловича. 18 грудня 1749 р. імператриця видала грамоту, в якій наголошувалося, що “Її Імператорська Величність зволіла обіцяти своїм Імператорським словом новообраному Гетьману і всім вірним підданим Малоросійського народу всі вольності, права і привілеї, які вони мали з часу прийняття під Російську державу Богдана Хмельницького з Військом Запорізьким і усім Малоросійським народом непорушно тримати”[1]. Правління гетьманського уряду було зліквідовано, а на розширеному засіданні Ради старшин під виглядом зборів Генеральної військової ради у Глухові гетьманом України було обрано 22-річного нащадка старовинного козацького роду К. Розумовського. Традиційних статей-конституцій при цьому не затверджувалося. Суто формально чинними залишалися всі 123 пункти конституцій 1654, 1669, 1672, 1674, 1687, 1709 та 1728 рр., а насправді в офіційних документах імператриці і Гетьманщини згадувалися лише Переяславські статті Б. Хмельницького.

[1] Див.: Універсал гетьмана К. Розумовського від 22 квітня 1760 р. // Хрестоматія з історії Української РСР. К., 1959. Т. 1. С. 503–504.

Та молодий гетьман у Глухові бував рідко, а Генеральна військова рада, як і протягом першої половини XVIII ст., не збиралася. Це створило умови небувалого для Гетьманщини піднесення ролі Ради старшин, яка під фактичним проводом гетьманського обозного С. Кочубея стала дійсним верховодом на українських землях, управляючи “всякими військовими і цивільними справами на основі Військових прав, колишніх

звичаїв та встановлених пунктів і в нагляд... Малоросійських прав, конфірмованих указами Малоросійському народу”[1]. Це положення з універсалу К. Розумовського свідчить про формальне визнання всіх не скасованих у різний час статей-конституцій колишніх гетьманів[2].

[1] Там само. с. 504.

[2] Докладніше про це див.: *Мироненко О. М.* Історія Конституції України. К., 1997.

Відсутність “других Глухівських” статей у 1750–1764 рр. дозволяла й імператриці, і К. Розумовському безперешкодно втручатись у “конституційній простір” Гетьманщини, змінювати його і доповнювати чи то монаршими грамотами, чи то гетьманськими універсалами, тексти яких фактично готував все той же С. Кочубей. Ще однією особливістю вітчизняного конституціоналізму розлядуваного періоду стало повернення на Україну пропольського шляхетського духу, який панував на зборах Рад старшин, прагнення надати цим зібранням багатьох рис сейму Речі Посполитої.

Значним конституційним завоюванням Старшинської ради Гетьманщини можна вважати тимчасове повернення України до відання Колегії закордонних справ, поширення повноважень гетьмана на Запоріжжя, реформування війська на традиціях колишніх неписаних “козацьких конституцій”, його переозброєння, постановку питань щодо відновлення дипломатичних зв'язків Гетьманщини тощо. Були підготовлені, але не реалізовані і радикальні пропозиції щодо зміни конституційного статусу Гетьманщини. Вона мала перетворитися на конституційну монархію зі столицею в Батурині, у якій царювала б династія Розумовських, обмежена сильним парламентом.

Та на шляху здійснення таких планів стали імператриця та її оточення. Єлизавета Петрівна, мов би злякавшись власного “демократизму” щодо України, шляхом утворення Нової Сербії, Слов'яно-Сербії та інших штучних адміністративних одиниць фактично започаткувала ліквідацію у майбутньому полкового устрою, скасувала митний кордон між Гетьманщиною і Великою Росією, чим дуже сильно підірвала фінансовий стан Малоросії, бо прибутки від митних зборів йшли саме у гетьманський скарб, потім ще більш ужорсточила фінансовий контроль над Гетьманщиною, а згодом рішуче відкинула всі прохання К. Розумовського та Ради старшин про хоча б обмежені дипломатичні стосунки тощо. Щодо військових маєтностей, то всі вони за доби хазяйнування останнього гетьмана були привласнені і перетворені на спадщину тією ж козацькою старшиною, загребущі настрої якої дуже влучно охарактеризував С. Величко: “Для срібла й злата не тільки кожний із них дав би виколоти собі око, але брата й отця свого не пощадив би; то як би мав жалувати матки погибающої України”. Майже не залишилося на цей час і вільних виробників — посполитих, оскільки розграбовані були й усі землі загальнодержавного фонду.

Кінцеву ж крапку на українському конституціоналізмові як практиці державотворення XVII–XVIII ст.ст. поставила Катерина II. Чималу “допомогу” імператриці у цій справі надала українська еліта, яка, керуючись виключно власними меркантильними інтересами, у черговий раз зрадила українському народові[1].

Формальною підставою скасування автономії України стала записка вихователя К. Розумовського, провідника його особистої канцелярії, статс-секретаря імператриці Г. Теплова під назвою “Найсекретніші примітки теперішнього стану Малоросії”. Думки видатних українських дослідників М. Костомарова, М. Куліша, О. Лазаревського, О. Єфименка, А. Маркевича та ін. з цього приводу можна узагальнити у визначенні Гетьманщини як “спорохнілого дерева, котре само мусіло завалитись, підточене своїми внутрішніми болячками”[2]. У наступні півтора століття вітчизняний конституціоналізм еволюціонізував уже виключно як теорія і рух аж до революційного зламу 1917 р.

[1] За відмову від гетьманства К. Розумовський отримав 50 тис. рублів щорічної пенсії, місто Гадяч з околицями та інші величезні маєтки.

[2] *Дорошенко Д. І.* Огляд української історіографії. К., 1996. С. 44.

Надійшла до редколегії 20.09.99

А. Козаченко, викладач Полтавського державного

аграрного коледжу управління і права

Уряд сотника в другій половині XVII ст.: історико-правовий погляд

Серед комплексу проблем, пов’язаних з дослідженням державної влади України другої половини XVII ст., чи не найменш вивченою залишається сотенна організація. Як відомо, сотники, або соцькі, виконували військові та адміністративно-управлінські функції в Київській Русі. До XVI ст. вони перебували в складі місцевої адміністрації Литовського князівства[1].

[1] Див.: Грушевський М. Історія України-Руси. К., 1994. Т. 5. С. 291.

У реєстровому козацькому війську посаду сотника впровадив наприкінці XVI польський уряд. Сеймова постанова 1590 р. закріпила за сотником функції командира військового підрозділу — сотні[2]. Це підтвердила та встановила 20 сотницьких посад ординація 1601 р. Формування уряду сотника польське законодавство не врегульовувало. За козацьким звичаєм сотників обирали сотенні ради.

[2] Див.: там само. Т. 7. С. 178.

З тим, щоб закріпитися “на волості” і отримати імунітет привілейованого стану, козаки на початку XVII ст. визнавали за сотником значно ширші повноваження

порівняно з тими, що передбачалися польськими урядовими актами. В 1625 р. Річ Посполита змушена була прийняти ординацію, яка встановила військово-територіальний полково-сотенний устрій, визнала за козаками право обирати старшину і, зокрема, сотників, надала їм адміністративні та судові повноваження щодо козацького стану[3].

[3] Див.: Архив Юго-Западной России. К., 1863. Ч. 3. Т. 1. С. 288.

За ординацією 1638 р. найвищим виборним козацьким урядом залишився уряд сотника. Та і його сейм позбавив права на судочинство "древних юрисдикций, прерогативов"[4].

[4] Воссоединение Украины с Россией. Документы и материалы: В 3-х т. М., 1953. Т. 1. Док. 149. С. 255.

На початку національно-визвольної війни під проводом Б. Хмельницького місцева влада на території України формально залишалася в руках польської адміністрації. Зборівська угода 1649 р. не змінила військово-територіальний статус полків і сотень[1], повноваження сотників відновила в межах, передбачених сеймовою постановою 1625 р. Білоцерківська угода 1651 р. в ст. 5 скасувала формування старшинських урядів шляхом виборів та встановила призначення козацької старшини, в тому числі й сотників, польським урядом з подання гетьмана[2].

[1] Див.: *Грушевський М.* Історія України-Руси. К., 1995. Т. 8. Ч. 3. С. 215–217.

[2] Див.: Памятники, издаваемые Киевскою комиссиею для разбора древних актов. К., 1898. Т. 1. Док. 16. С. 600.

Фактично ж уже в другій половині 1648 р. на підставі звичаїв та постанов генерального уряду сотники перебирають на себе повноваження польської місцевої адміністрації і виконують функції голови адміністративно-територіальної одиниці — сотні. Полково-сотенний устрій і владу сотників визнала Росія, що законодавчо зафіксували Переяславсько-Московська угода 1654 р. та наступні україно-російські договори другої половини XVII ст.

В Українській державі відповідно до “давніх прав і вольностей” уряд сотника, як і раніше, формувався шляхом виборів. Ініціювати їх проведення міг генеральний, полковий та сотенний уряд або козаки сотні. На попередньому етапі виборів козаки, об’єднавшись у групи, висували кандидатів у сотники. Претендувати на посаду сотника могли представники козацького стану. Звичай не передбачав майнового, освітнього, релігійного та національно-етнічного цензу. Але Переяславська угода 1659 р. в ст. 8 заборонила займати старшинські уряди “новокрещенным иноземцам” і представникам будь-яких конфесій, “кроме православных христиан”[3].

[3] Полное собрание законов Российской империи. СПб., 1830. Т. 1. № 262. С. 497.

Вибори проводилися на повній сотенній раді за участі всіх козаків сотні. Пункт 7 Переяславських статей 1659 р. встановив, що вибори “начальных людей” не повинні відбуватися “без рады и без совета всей черни”[1].

1 Полное собрание законов Российской империи. Т. 1. № 262. С. 497.

Рада скликалася на центральній площі сотенного міста або в іншому “приличном местцу”. Сотенні старшини запитували козаків, кого б вони хотіли мати сотником. У відповідь козаки вигукували імена своїх кандидатів. Обраним вважався той, хто отримав просту більшість голосів. Якщо жоден із кандидатів не отримував підтримки більшості або голоси розділялися приблизно порівну між двома з них, через певний час проводилися повторні вибори. Іноді новообраного сотника козаки покривали шапками, посипали землею та проголошували “сирно”, що означало посадження на стіл — надання уряду[2]. Вибори сотника затверджувалися універсалом гетьмана або полковника. Представник генерального чи полкового уряду перед особовим складом сотні зачитував універсал і вручав обраному сотникові клейноди — корогву і калеп (чекан).

[2] Див.: *Слабченко М.* Малорусский полк в административном отношении. Одесса, 1909. С. 121.

Проте така процедура виборів нерідко носила некерований, непередбачуваний характер, а отже, не могла влаштувати козацьку старшину. Внаслідок цього

поширюється інший варіант виборів, за яким кандидатуру сотника попередньо визначає вищий уряд або сотенна старшина і нав'язує її козакам. Рада скликається рішенням гетьмана чи полковника і проходить за участі їхнього представника. Завчасно попереджена старшиною група козаків на раді активно голосує за наміченого кандидата. На підставі цього представник вищого уряду проголошував вибори такими, що відбулися, зачитував універсал і вручав новому сотникові клейноди. Вибори сотника без санкції генерального або полкового уряду вважалися недійсними.

Формування влади сотника шляхом виборів до кінця XVII ст. збереглося в Полтавському і Миргородському полках, але і тут вибори щораз носили формальний характер. Загалом же виборність сотників збереглася більшою мірою, ніж полковників[1].

[1] Див.: *Дядиченко В.* Нариси суспільно-політичного устрою Лівобережної України кінця XVII — початку XVIII ст. К., 1959. С. 251.

Вже за Б. Хмельницького поряд з обранням сотників радою починає практикуватися призначення на сотницький уряд гетьманом. А за І. Самойловича та І. Мазепи призначення гетьманом у більшості полків стає основним способом формування уряду сотника, що було грубим порушенням козацького звичаю. Тому процедура призначення сотника відбувалася в урочистій обстановці перед козаками усієї сотні. Це створювало ілюзію дотримання "давніх прав і вольностей". На кінець XVII ст. трапляються випадки призначення сотників полковниками. Так, у 1691 р. київський полковник К. Мокієвський призначив носівським сотником Л. Лихолетка[2].

[2] Див.: Центральна наукова бібліотека НАН України ім. В. І. Вернадського ІР–11. № 27664.

У перші роки національно-визвольної війни за умов становлення козацької адміністрації на місцях зустрічається так звана "вислана" старшина[3]. В листі до брянського воєводи 1649 р. К. Прокопович називає себе "висланий сотник от его милости Богдана Хмельницкого"[4]. "Вислана" старшина, очевидно, призначалася генеральним урядом тимчасово для виконання конкретних доручень.

[3] Див.: Акты Южной и Западной России. СПб., 1862. Т. 3. Дополнения. С. 5. (далі — ЮЗР).

[4] Там само. Дополнения. С. 46.

Уряд сотника посідали військові та бунчукові товариші, полкові і сотенні старшини, городові та курінні отамани, а в окремих випадках і прості козаки. Сотниками ставали не тільки потомствені козаки, а й вихідці з шляхти та міщан. У реєстрі 1649 р. із 241 сотника 15 — шляхтичі[1]. Крім українців, сотницький уряд нерідко посідали росіяни, поляки, білоруси, серби, молдавани, татари та ін.

[1] Див.: *Шевченко Ф.* Політичні та економічні зв'язки України з Росією в середині XVII ст. К., 1959. С. 202.

За козацьким звичаєм право звільняти сотників належало сотенній раді, і термін їх повноважень отримав назву "до ласки войсковой". Водночас, починаючи з гетьманування Б. Хмельницького, а особливо в останній чверті XVII ст., практикується позбавлення сотницького уряду рішенням гетьмана. Відповідно термін повноважень сотників визначається як "до ласки рейментарской". Наприклад, І Самойлович у 1680 р. звільнив олишівського сотника С. Супруненка і призначив нового — Л. Шрамченка[2], у 1681 р. позбавив уряду конотопського сотника І. Ждана та призначив Ф. Кандибу[3].

[2] Див.: Центральна наукова бібліотека НАН України ім. В. І. Вернадського. Ір–11. № 18225.

[3] Див.: Памятная книга Черниговской губернии. Чернигов, 1862. С. 334.

Усунення сотників від уряду радою до кінця XVII ст. збереглося тільки в Миргородському та Полтавському полках. Проте рішення ради затверджувалося гетьманським універсалом.

Окремі особи перебували на посаді сотника різний час — від кількох місяців до десяти і більше років. Обрані радою обіймали уряд порівняно короткий час, але нерідко обиралися повторно. Так, майже щороку змінювалися сотники Лохвицької сотні[4].

Сотники, призначені гетьманом, перебували на посаді значно довше, що забезпечувало необхідну для генерального уряду стабільність місцевої влади.

[4] Див.: *Кривошея В.* Українська козацька старшина. К., 1997. Ч. 1. С. 35.

На кінець XVII ст. сотники все частіше намагалися закріпити уряд за своїм родом, адже він надавав значні привілеї. В Ічнянській сотні Переяславського полку тривалий час на сотницькому уряді перебували представники роду Стороженків, в Говтнянській сотні Мирогородського полку — Острогрaдські, в Борознянській сотні Чернігівського полку — забіли. З цього приводу М. Слабченко висловив думку, що мала місце "передача должности сотника в наследство или даже в приданое за дочерьми"[1]. Дійсно, уряд сотника іноді переходив від батька до сина, але не в результаті передачі його в спадок, а внаслідок виборів радою чи призначення гетьманом.

[1] *Слабченко М.* Вказана праця. С. 120.

Компетенція сотників законодавчо закріплена не була. Окремі їх повноваження врегульовувалися козацькими звичаями та актами генерального і полкових урядів. В основному це були універсали, накази чи листи гетьмана, рідше — полковників, з конкретними дорученнями.

Звичай віддавав перевагу колегіальному принципу управління сотнею. Натомість генеральний уряд з метою забезпечення виконавчої вертикалі намагався максимально централізувати владу. Універсали гетьманів часто адресувалися особисто сотникам і, по суті, надавали їм право виносити рішення одноособово. В свою чергу сотники прагнули концентрувати в своїх руках якомога більшу владу, при цьому вони порушували старі звичаї, брали на себе не властиві їм функції.

Сотники залучалися до роботи у вищих та полкових органах влади. Вони очолювали сотню або її делегацію на загальновійськових та полкових козацьких радах, запрошувалися на з'їзди старшини. Так, у 1671 р. в роботі старшинського з'їзду взяли участь 26 сотників[2]. Генеральний уряд включав сотників до складу посольств Війська Запорозького, різноманітних слідчих комісій, інспекцій, колегії генерального або

полкового суду. Представником генерального уряду на виборах переяславського полковника в 1690 р. був ніжинський сотник В. Гуменський[1]. Досить часто сотники виконували обов'язки наказного полковника.

[2] Див.: Акты ЮЗР. СПб., 1863. Т. 4. С. 53.

[1] Див.: *Петровський М.* До історії полкового устрою Гетьманщини. Ніжин, 1929. С. 70.

Сотник — голова сотенного уряду, якому належали військові, адміністративні та судові повноваження в межах сотні. Щонайперше, за традицією сотник виконував обов'язки командира військового підрозділу, персонально відповідав за боєготовність сотні, щорічно проводив мобілізацію і демобілізацію козаків. Під час військових дій сотник особисто командував сотнею. За невиконання наказу він мав право карати козаків смертю.

Під керівництвом сотника сотенний уряд приймав рішення про надання чи відторгнення земельних угідь[2], про збір податків, розпоряджався скарбом сотні, проводив перепис населення і майна, здійснював нотаріальні дії, встановлював повинності[3]. Сотник підписував універсали, накази, листи, прийняті сотенним правлінням.

[2] Див.: генеральне слідство про маєтності Стародубського полку. К., 1929. Т. 1. С. 470–471.

[3] Див.: *Слабченко М.* Вказ. праця. С. 123–124.

Сотники забезпечували виконання постанов вищого уряду, особисто контролювали збір податків, стягнення мита[4], законність землеволодіння, будівництво фортець та ін., про що звітували перед полковою канцелярією[5].

[4] Див.: Акты ЮЗР. СПб., 1877. Т. 9. С. 401.

[5] Див.: *Дядиченко В.* Вказ. праця. С. 264–265.

На сотників покладалося виконання правоохоронних функцій. Вони організовували проведення попереднього слідства і дізнання, затримання збіглих селян і дизертирів[6]. Сотник або за його рішенням городовий отаман очолював колегію сотенного суду. Універсал Б. Хмельницького 1648 р. про покарання учасників нападу на Густинський монастир адресовано прилуцькому сотникові і отаманові[1]. Сотник мав вирішальний голос у прийнятті "військового приговору". І навіть, якщо він не приймав участі в процесі, городовий отаман діяв за вказівками сотника.

[6] Див.: *Слабченко М.* Вказ. праця. С. 123–124.

[1] Див.: Документи Богдана Хмельницького (1648–1657). К., 1961. Док. 16. С. 56–57.

Адміністративні та судові повноваження сотенних урядів переплітались з функціями магістратів. А розташування їх на території одного населеного пункту неодмінно вело до співпраці. Так, у 1651 р. зіньківський сотник Ф. Татарниченко разом з магістратом надіслали олешнянському воєводі листа про те, що вони не чинитимуть перешкод російським купцям[2]. Починаючи з другої половини 50-х років, сотенна старшина намагається управляти ратушами. В 1655 р. сотник лохвицької сотні М. Гамалія очолює міський суд[3]. На кінець XVII ст. особисто або через городових отаманів сотники остаточно підпорядковують собі ратушне правління[4].

[2] Див.: Воссоединение Украины с Россией. Т. 2. Док. 200. С. 473.

[3] Див.: Центральний Державний Історичний Архів України. Ф. 232. Оп. 1. Спр. 2. Арк. 137.

[4] Див.: *Слабченко М*. Вказ. праця. С. 142.

Керуючись постановами генерального уряду в одних випадках, чи ігноруючи козацьке право в інших, сотники доволі часто одноособово формували сотенну адміністрацію, розпоряджалися матеріальними цінностями та фінансами[5], своїми універсалами затверджували право на володіння маєтностями, надавали у власність "пустовські" незаселені землі[6].

[5] Див.: *Дядиченко В.* Вказ. праця. С. 265.

[6] Див.: *Модзалевський В.* З історії роздавання свобідних військових земель в XVII віці // Записки НТШ під ред. М. Грушевського. Львів, 1913. Т. 113. С. 70–72.

Козацький звичай передбачав інститут наказних сотників. Наказний призначався гетьманом або полковником з числа сотенної старшини тимчасово, коли "совершенний" сотник не міг виконувати свої обов'язки, коли сотницький уряд залишався вакантним або на час військового походу[1]. Іноді наказні сотники постійно управляли частиною сотні, якщо її територія була надто великою. Для виконання різних доручень одночасно могли призначатися два і більше наказних. У Вороновицькій сотні Кальницького полку за реєстром 1649 р. було два наказних сотника[2].

[1] Див.: *Дядиченко В.* Вказ. праця. С. 260.

[2] Див.: Реестра всего войска Запорожского. СПб., 1875. С. 197.

Посвідчували уряд наказного сотника гетьманський чи полковницький універсал та сотницькі клейноди. Наказний мав значно вужчі повноваження порівняно з "совершенним" сотником. Тільки наказний, призначений для військового походу, користувався такою ж владою, що й "совершенний" сотник.

Полково-сотенний устрій є унікальним державно-правовим явищем, яке виникло і набуло розвитку на основі української національної правової традиції за екстремальних політичних та соціально-економічних умов. Сотенний уряд на чолі з сотником успішно функціонував і у XVIII ст., коли Україна втратила політичну автономію, що є доказом його ефективності як одного з ключових інститутів місцевої влади і управління.

Надійшла до редколегії 11.11.99

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Ч. Азімов, член-кореспондент АПрН України

Сервітути в цивільному праві України.

У чинному ЦК України норми, що спеціально регулюють сервітутні відносини, відсутні, оскільки з усіх інститутів речевого права в ньому зберігся лише інститут права власності. Проте ці відносини існують і регулюються нормами як ЦК, так й інших нормативних актів (Земельного, Житлового кодексів), хоча такими не іменуються.

Відзначене становище змінилося в зв'язку з легалізацією речевих прав. Воно одержало своє нормативне закріплення в Указі Президента України "Про державну реєстрацію права на нерухоме майно"[1]. Цей нормативний акт визначає зміст речевого права як встановлене в межах закону безпосереднє панування над річчю, тобто обтяжується річ, а не власник. Закон не зобов'язує власника здійснювати які-небудь дії на користь сторонніх осіб. Однак наявність речевого права зобов'язує всіх і кожного не порушувати його.

[1] Див.: Уряд. кур'єр 1999. 15 черв. С. 7.

Речеве право України складається з двох інститутів: права власності та обмежених речевих прав[2]. Останні є похідними від права власності і покликані регулювати відносини щодо забезпечення безпосереднього і часткового панування сторонньої особи над річчю. Вони здійснюються на основі закону або договору.

[2] В літературі обмежені речеві права одержали назву “право на чужу річ”.

Речеві права характеризуються такими ознаками, як право слідування і наявність абсолютного захисту.

Право слідування супроводжує річ незалежно від того, у кого б вона фактично не знаходилася і яким би шляхом у нього не виявилася. Знаходження речі без достатніх підстав у сторонньої особи розглядається як порушення прав, що належать особі, яка має на неї обмежені майнові права. Вона може пред'явити позов до будь-кого, у кого річ знаходиться.

Абсолютність захисту виражається в тому, що особа, яка має обмежені права на річ, може захищати їх і від власника речі.

Сервітутне право виникає безпосередньо з права на річ, а тому до кого б остання не перейшла, ця обставина не впливає на дієвість сервітуту. Він може закріплювати права користування річчю в різних обсягах — від вельми незначного (прогон худоби), до досить широкого (надання житлового будинку в довічне користування). У цьому разі сервітут практично вичерпує фактичний зміст права власності, залишаючи власнику тільки те, що римські юристи називали “голим правом”.

Але яким би не був сервітут, правомочності сервітуарія завжди менші за обсяг права власності. Власник речі, над якою встановлюється сервітут, не позбавляється таких правомочностей, як користування (в обсязі, що залишився) і розпорядження.

Суб'єктами сервітутних відносин можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Управомоченою є особа, якій надається обмежене право користування річчю, а зобов'язаною — особа, що зазнає введеного обтяження на користування річчю, тобто вона позбавляється визначеного сервітутом обсягу її використання.

Предметом сервітуту може бути як нерухоме (земля, споруди, квартири, будинки і т. под.) так і рухоме майно (сировина, товари і т. ін.)

Управомочений зобов'язаний використовувати предмет сервітуту за його призначенням. Він не має права перетворити житловий будинок на виробниче приміщення.

Особа, що надає сервітут, якщо інше не передбачене законом або договором, має право одержувати від сервітуарія пропорційну плату за користування річчю.

Оскільки сервітут забезпечує право на чужу річ, остільки власник не може мати цих прав і права власності на одну і ту ж річ, бо останнє більше за обсягом і поглинає менше у вигляді сервітутного права (нікому не може “слугувати власна річ”). Усякий раз, коли власник сервітуту стає власником речі, його сервітутне право припиняється.

Оскільки сервітути носять похідний характер від права власності, остільки вони не можуть бути предметом самостійної угоди. Їх не можна купити, продати, передати в заставу.

Сервітути класифікуються за різними ознаками, в тому числі на земельні й особисті. У свою чергу земельні сервітути диференціюються на сільські й міські.

Земельний сервітут регулює право користування чужою земельною ділянкою. Під останньою розуміється частина земної поверхні, яка повинна відповідати низці загальних вимог (бути позначеною кордонами, мати конкретне місцеположення, цільове призначення), а також безпосередньо юридичним вимогам (належність на праві власності або на праві землекористування, оренди та ін.).

Коли земля в нашій країні належала виключно державі, остання вирішувала питання про її експлуатацію і благоустрій. З виникненням приватної власності створюється ситуація, коли власник земельної ділянки не має необхідних умов для її використання (відсутність доступу до доріг загального користування, водоймищ і т. под.). З метою створення таких умов і встановлюються сервітути. Вони покликані забезпечити можливість експлуатації ділянки, однак не потрібно, щоб сервітут збільшував її цінність чи прибутковість. Останнє, можливо, матиме місце, але не заради цього встановлюється сервітут.

Земельна ділянка, заради якої встановлюється сервітут, іменується пануючою, а обтяжена — службовою. залежно від місцеположення пануючої ділянки її власник може вимагати один або декілька сервітутів, причому різних за змістом і обсягом. Так, в одному випадку він надається тільки для прогону худоби, в другому — для прогону і водопою тварин, у третьому — для будівництва водопроводу або доступу до дороги загального користування через декілька ділянок.

Своє легальне закріплення земельні сервітути одержали в Українському класифікаторі обмеженого користування земельною ділянкою, затвердженому Держкомземом України 24 травня 1998 р.

Сервітут може бути встановлений в інтересах осіб, які не є власниками ділянок, а володіють ними на інших підставах (землекористувач, орендар). Можливо, що на один об'єкт встановлюються декілька сервітутів. Якщо вони не можуть бути здійснені одночасно, то кожний з власників сервітуту може вимагати встановлення такого порядку їх здійснення, який за справедливим розсудом відповідав би інтересам усіх управомочених осіб (строки і обсяг користування водоймищем).

Важливою ознакою земельного сервітуту є його безстроковий характер, оскільки в противному разі ділянка втратила б свою цінність після закінчення встановленого для її сервітуту терміну. Проте це загальне правило не позбавляє сторони права встановлювати в разі необхідності й час дії сервітуту.

Земельний сервітут є неподільним у разі розділу службової ділянки між кількома особами, але він все ж залишається обтяженим як одне ціле. Коли здійснюється розділ пануючої ділянки, то сервітут зберігає чинність відносно як усієї ділянки, так і її складових частин.

Український класифікатор поділяє земельні сервітути на публічні, реальні та особисті. До публічних належать ті, що дозволяють прохід до доріг загального користування, ремонт межових знаків і споруд, а також зобов'язують власника службової ділянки не заважати проведенню комунікацій і не допускати стоку дощових і стічних вод, проникнення на суміжну ділянку отрутохімікатів і мінеральних добрив. Реальний сервітут обтяжує одну ділянку на користь іншої, а особистий обтяжує земельну ділянку в інтересах особи, яка

використовує її відповідним чином і одержує з цього певну користь. У цьому правилі поєднане правове регулювання як земельних, так і особистих сервітутів. Щодо останнього відсутні наукові дослідження, присвячені його аналізу.

У світовій практиці публічні сервітути покликані задовольняти суспільні та регіональні інтереси. До них належать: національна безпека, охорона здоров'я, прокладення газо- і нафтопроводів, будівництво громадських споруд. Підставою для виникнення публічного сервітуту, як правило, є нормативний акт. Прикладом цього можуть слугувати правила, викладені в ст. 4 Закону України “Про власність”, який установлює, що на власника може бути покладений обов'язок допускати обмежене користування його майном також іншими особами.

Публічний сервітут має місце й тоді, коли він надається окремим особам для використання земельних ділянок у суспільних інтересах (прокладка кабелю, зведення ліній електропередач та ін.). При цьому його володілець не зобов'язаний перебувати по сусідству.

В інтересах окремих фізичних і юридичних осіб можуть встановлюватися приватні сервітути на сусідні земельні ділянки. Так, п. 8 ст. 40 ЗК і Український класифікатор зобов'язують власників і землекористувачів одних ділянок дозволяти власникам і користувачам інших ділянок прохід до доріг загального користування, а також здійснювати ремонт межових знаків і споруд.

Право проходу виникає за умови, коли ділянка з усіх сторін оточена ділянками, що перебувають у володінні інших осіб, або коли одна із сторін не стикається з іншими ділянками, але через неї неможливо зробити прохід власнику пануючої земельної ділянки. Спосіб реалізації цього права має бути таким, щоб прилеглим ділянкам могло бути завдано мінімальної шкоди.

У разі необхідності ремонту межових знаків або споруд власнику пануючої ділянки повинно бути надане право заходу на службову ділянку. Воно може мати місце за умови, що без цього неможливо здійснити ремонт вказаних об’єктів.

Крім того, земельні сервітути поділяються на позитивні та негативні.

Позитивний сервітут має місце тоді, коли власник зобов'язується не чинити перешкод у проведенні до суміжних земельних ділянок необхідних комунікацій.

Негативний сервітут надає його власнику право вимагати від власника прилеглої ділянки утримуватися від тих чи інших видів її використання. Так, у разі застосування для обробки ділянки отрутохімікатів або використання мінеральних добрив власники сусідніх ділянок мають право вимагати вжиття необхідних заходів для недопущення їх проникнення на сусідні ділянки. У зв'язку з цим не допускається будівництво яких-небудь споруд для зливу дощових і стічних вод на сусідні ділянки, за винятком споруд штучного стоку води, прокладених через сусідню ділянку, якщо інші способи відведення води відсутні.

Поряд з сільськими існують також міські сервітути. Спочатку основними видами міських сервітутів були: а) право робити навіс або дах, проникаючи ними в чужий повітряний простір; б) право опирати балки на чужу стіну, право споруджувати прибудову до чужої стіни або опирати її на чужу опору. Пізніше до міських були віднесені: право стоку дощової води, право її спуску; прокладення каналу для нечистот; право вимагати, щоб не були забудовані вікна, щоб не був зіпсований вигляд; право зведення будівель не вище встановленої висоти[1].

[1] Див.: Римское частное право. М., 1996. С. 208.

Легальним міським сервітутом зараз є будівництво будинків і споруд з опорою на сусідню ділянку. Однак згідно зі ст. 68 ЗК власники ділянок, що перебувають у санітарно-захисній зоні, не позбавляються своїх прав. Проте ці права обмежуються. Аналогічно вирішується питання й при використанні ділянок підприємствами транспорту, зв'язку та ін. Земельна ділянка і в цьому разі не вилучається, права власника на неї лише обмежуються.

Видається, що підприємства і організації, які використовують земельні ділянки для здійснення певних дій, набувають на них права сервітуарія.

Як правило, сервітут встановлюється за договором з власником службової ділянки. У разі недосягнення згоди про встановлення сервітуту або його умов спір вирішується судом. У зв'язку з цим виникає питання про юридичну підставу цього спору.

В основі сервітутного обтяження лежить правило про сусідство. Так, ст. 40 ЗК вказує на необхідність добросусідських відносин між власниками земельних ділянок. Однак ЗК не розкриває основу добросусідства. В літературі добросусідство розглядається, як квазідоговірні відносини[2], тобто зобов'язання. Вони виникають за відсутності між сторонами договору, але за своїм характером і змістом схожі із зобов'язаннями, що виникають з угоди. Право сусідства в загальному плані встановлює порядок експлуатації земельних ділянок, що примикають одна до одної, і зобов'язує: терпимо ставитися до певних дій з боку сусіда; не здійснювати певних дій, які можуть негативно вплинути на сусідні ділянки; здійснювати низку обов'язкових спільних дій.

[2] Див.: *Л Жюллио де ла Морандьер Л.* Гражданское право Франции. М., 1960. С. 62.

Останнє і покладено в основу раніше зазначеної класифікації сервітутів на позитивні й негативні.

Земельний сервітут є лише таким обтяженням, що підвищує можливості використання пануючої ділянки. Якщо цього досягти неможливо, то власник службової ділянки може відмовитися від надання йому сервітуту. Якщо відпали підстави, на яких був установлений сервітут (у зв'язку з прокладкою водопроводу відпала необхідність у проході через службову ділянку до водоймища), то на вимогу власника службової ділянки він може бути припинений.

У разі, коли ділянка внаслідок встановлення сервітуту не може використовуватися відповідно до її цільового призначення, власник має право вимагати через суд припинення сервітуту.

Поряд із земельними існують також особисті сервітути. Їх відмінність від земельних полягає в тому, що вони належать певному суб'єкту і носять строковий характер. Особистий сервітут зумовлює його невідчужуваність від свого носія і тільки від нього залежить його існування. Особистий сервітут не може бути довшим, ніж життя того, кому він належить.

Існують різні види таких сервітутів.

Сервітут, що містить право користування річчю, включаючи привласнення плодів, які вона приносить, іменується узуфруктом. Він складається з двох правомочностей:

користування річчю і привласнення плодів, що приносяться нею. Тому предметом узуфрукту можуть бути речі, використання яких можливе без їх споживання або знищення.

Український класифікатор визначає зміст узуфрукту. По-перше, він встановлюється в інтересах конкретної особи і носить тимчасовий характер; по-друге, його не можна передати сторонній особі (якщо інше не передбачено законом або договором); по-третє, особа, річ якої обтяжена сервітутом, має право вимагати пропорційної оплати.

Світовою практикою вироблено ще низку істотних правил, яких мусить додержуватися узуфруктарій. Він повинен користуватися річчю з додержанням всіх правил як її експлуатації, так і привласнення плодів, що приносяться нею. Узуфруктарій має піклуватися про підтримку прибутковості речі і охороняти її від будь-яких пошкоджень. Річ, що повертається, повинна бути у стані придатності для подальшого її використання.

Широке поширення в нашій країні одержали сервітути, за якими сервітуарій дістає право користування річчю, але не плодами, що приносяться нею (прибутками). Останні іменуються узусами і встановлюються внаслідок або закону, або угоди окремих осіб.

Так, ст. 156 Житлового кодексу передбачає, що припинення сімейних відносин членів сім'ї з власником будинку не позбавляє їх права користування приміщенням, що ними займається. Аналогічним чином регулюються і права колишніх членів сім'ї члена житлово-будівельного кооперативу. У зв'язку з цим виникає питання про права і обов'язки власників речі і осіб, які мають на неї сервітут. Зрозуміло, що вони не мають права здавати це приміщення за договором найму, оскільки в цьому разі узус набуває прав узуфрукту (позбавляється прибутку). Особа, яка володіє внаслідок закону узусом, має право тільки користуватися приміщенням, що займає. Вона за бажанням власника зобов'язана вносити йому плату за користування житловим приміщенням і комунальні послуги відповідно до правил, встановлених ст. 62 ЖК. У літературі зазначається, що в таких випадках колишні члени сім'ї з моменту припинення сімейних відносин з власником житла стають наймачами житлових приміщень, що займаються ними[1]. Однак при цьому не визначається юридична природа цих відносин. Видається, що в обох наведених випадках має місце особистий сервітут у вигляді узусу.

[1] Див.: Жилищный кодекс Украины: научно-практический комментарий. К., 1990. С. 445–446.

Можливість виникнення узусу внаслідок волевиявлення окремих осіб передбачається ст. 539 ЦК. Вона встановлює, що заповідач може покласти на спадкоємця, до якого переходить житловий будинок, зобов'язання надати іншій особі довічне користування цим будинком або певною його частиною. У разі подальшого переходу права власності на будинок або на відповідну частину будинку право довічного користування зберігає силу.

Права типу узус має тільки відказоотримувач, члени його сім'ї і родичі таким правом не користуються. У разі смерті відказоотримувача право на мешкання інших осіб вирішується відповідно до чинного законодавства.

Відказоотримувач не є наймачем житлового будинку, тому не зобов'язаний платити квартирну плату, земельну ренту, обов'язкове страхування. Інші платежі, пов'язані з користуванням будинком або його частиною (оплата електроенергії, очищення прилеглої до будинку території, телефон та ін.) відказоотримувач оплачує сам.

Особа, якій за заповітом надане довічне користування житловим приміщенням, не може бути виселена з будинку, позбавлена права користування земельною ділянкою, прилеглою до будинку, за позовом власника[2].

[2] Див.: Гражданский кодекс Украины: Научно-прктический комментарий. Х., 1999. С. 786.

Надійшла до редколегії 30.11.99

І. Жилінкова, доцент НЮА України

Імперативне і диспозитивне регулювання

майнових відносин у сім'ї

У теорії права імперативне і диспозитивне регулювання розглядаються як дві основні моделі правового регулювання. Сутність диспозитивного регулювання полягає в "наданні особі можливості самій, своєю волею визначати власну поведінку, що відкриває простір для дій цієї особи на власний розсуд, "за свавіллям" у позитивному значенні виразу"[1]. Імперативне регулювання, навпаки, ґрунтується на жорсткій регламентації поведінки учасників відносин, чіткому встановленні меж, в яких особа може діяти. Ці моделі побудови нормативного матеріалу знаходять свій вияв у всіх галузях та інститутах права, в тому числі й сімейного.

[1] *Алексеев С. С.* Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 382.

Протягом кількох десятиліть норми сімейного права імперативно визначали майновий устрій сім'ї, обсяг і зміст прав та обов'язків учасників сімейних відносин. Самі сторони не наділялися правом за власним бажанням змінювати правовий режим майна, що їм належить. Таке право не було надано і суду. Відтак у літературі склалися дві протилежні точки зору

щодо характеру правового регулювання відносин у сім'ї. В теорії права метод регулювання сімейних відносин характеризувався як диспозитивний[1], а в сімейно-правовій літературі підкреслювався їх імперативний характер[2]. Відзначалося також, що в сімейному праві абсолютно переважають імперативні норми[3], в зв'язку з чим "сімейне право не допускає коригування встановлених ним правил волевиявлення (в тому числі й угодами учасників відносин). І в цьому розумінні, на відміну від цивільного права, воно не наділяє суб'єктів правовою свободою"[4].

[1] Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2-х т. М., 1981. Т. 1. С. 297; Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. М., 1997. С. 318.

[2] Див.: Советское семейное право / Под ред. В. Ф. Чигира. Минск, 1989. С. 15; Семейное право / Под ред. А. И. Беспаловой, У. К. Ихсанова. Алма-Ата, 1984. С. 13; *Белякова А. И., Ворожейкин Е. М.* Советское семейное право. М, 1974. С. 12; Советское семейное право / Под общ. ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. К., 1982. С. 18; Советское семейное право / Под ред. В. А. Рясенцева. М., 1982. С. 12.

[3] Див.: *Яковлев В. Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественніх отношений. Свердловск, 1972. С. 162.

[4] Советское семейное право / Под ред. В. А. Рясенцева. М., 1982. С. 14.

Слід визнати, що остання точка зору мала значно більше підстав для свого існування. Справді, незважаючи на генетичний зв'язок сімейного права з цивільним (основу якого становить диспозитивне регулювання), правове регулювання майнових відносин у сім'ї тривалий час здійснювалося переважно шляхом імперативних приписів. Звичайно, ніхто не міг примусити людину вступити в шлюб чи мати дітей, однак якщо такого роду соціально-біологічні зв'язки виникали, то їх учасники автоматично набували прав і обов'язків, прямо передбачених у законі. Стосовно ж сімейних відносин визнавалася лише та "диспозитивність, що перебуває за межами права"[1].

[1] *Яковлев В. Ф.* Вказ. праця. С. 162.

У літературі досить поширеною була думка про те, що договірні відносини є нетиповими для учасників сімейних відносин, а якщо вони і мають місце, то носять в основному безоплатний характер. Наприклад, Д. Єремєєв пише, що "практична потреба в майнових угодах між подружжям невелика"[1]. В. Яковлєв взагалі відмовляє угодам членів сім'ї в праві називатися договорами. На його думку, "юридичні акти суб'єктів сімейного права не належать за своїм характером до угод чи договорів, вони слугують особливим різновидом правових актів. Відсутність угод і договорів є важливим свідченням своєрідності методу сімейного права"[2].

[1] *Еремеев Д. Ф.* Право личной собственности в СССР. М., 1958. С. 102.

[2] *Яковлев В. Ф.* Вказ праця. С. 163.

Вочевидь, тут позначалося загальне ставлення до договору, що склалося в нашій правовій доктрині. Адже він не розглядається як джерело права, бо має індивідуальне, а не загальне значення і не розрахований на невизначене число типових випадків. Як відзначив

Ю. Тихомиров, тривалий час “в працях з теорії держави і права договори не належали до видів нормативного соціального регулювання, джерел права, а розглядалися швидше за все як їх “побічна дитина”[1]. В кращому разі визнавалося, що договори мають “відому юридичну енергію”[2], хоча визначити сутність правового явища, що має такі властивості, практично неможливо.

[1] *Тихомиров Ю. А.* Договор как стимулятор общественных отношений // Правоведение. 1990. № 5. С. 29.

[2] *Алексеев С. С.* Теория государства и права. Т. 1. С. 85.

У сімейному праві існувало власне пояснення причин такої жорсткої регламентації майнових відносин у сім’ї. Найчастіше посилалися на необхідність всебічної охорони інтересів членів сім’ї. В. Яковлєв, наприклад, ставив запитання: “Чи не тягне імперативність приписів обмеження волі громадян у сфері сімейних відносин або ж надмірної “зарегульованості” останніх?” І відповідав: “Сімейне право не тільки не обмежує волю осіб, а й, навпаки, охороняє її”[1]. При цьому воля членів сім’ї охоронялася і в тих випадках, коли потреби в цьому не існувало. Так, імперативність приписів повною мірою поширювалася на відносини подружжя, а також батьків і повнолітніх членів сім’ї. Стосовно перших закон однозначно встановлював режим спільності майна, а щодо останніх — його роздільності. В літературі це також пояснювалося необхідністю захисту прав членів сім’ї, які можуть бути порушені, якщо їм буде надане право самостійно визначати правовий режим свого майна[2]. Навіть якщо визнати, що договори подружжя про визнання роздільним їх спільного за законом майна справді могли підірвати майнову базу сім’ї (у зв’язку з чим вони і заборонялися), то питання про те, чому повнолітні члени сім’ї не могли своєю угодою визнати роздільне майно спільним, взагалі залишалося без відповіді, хоча тут йшлося про об’єднання майна, а отже, зміцнення сімейних устоїв.

[1] Советское семейное право / Под ред. В. А. Рясенцева. С. 13.

[2] Див.: *Бошко В. И.* Очерки советского семейного права. К., 1952. С. 69; Гражданско-правовое положение личности в СССР / Отв.ред. Н. С.Малеин. М., 1975. С. 345.

Сьогодні є очевидним, що сувора регламентація майнових відносин у сім’ї, здійснювана протягом кількох десятиліть, визначалася не природою цих відносин (принаймні, в переважній більшості випадків), а чинниками політичного характеру та уявленнями про природу відносин власності, що панували в суспільстві. Насправді ж “ніяка норма не в змозі охопити всього різноманіття фактів, врахувати всі особливості ситуацій, що викликають застосування закону”, в зв’язку з чим законодавець повинен “надавати можливість для конкретизації норми, допускати в певних рамках “доврегулювання” правовідносин самими учасниками”[1]. Таке індивідуальне регулювання, що ґрунтується на дозволеній моделі, визначається як автономно-договірне[2]. Воно є виявом нормативної саморегуляції, а цивільно-правовий договір виступає тут засобом піднормативного регулювання відносин з урахуванням інтересів його учасників[3]. У зв’язку з цим роль договору в правовому регулюванні істотно підвищується, а сам він набуває якості нормативного документа[4].

[1] Проблемы теории государства и права / Под ред. С. С.Алексеева. М., 1987. С. 263.

[2] Див.: *Алексеев С. С., Дюрягин И. Я.* Функции применения права // Правоведение. 1972. № 2. С. 27.

[3] Див.: *Тихомиров Ю. А.* Вказ. праця. С. 28–29, 33.

[4] Див.: *Сильченко Н. В.* Границы деятельности законодателя // Сов.гос-во и право. 1991. № 8. С. 23.

Загальне розширення диспозитивних засад регулювання майнових відносин, що відбувається в останні роки, призводить до зростання ролі індивідуального правового регулювання і в сімейно-правовій сфері. "З появою шлюбних договорів і аліментних угод неможливо більше уникати застосування конструкції договору в сімейному праві"[1]. "Розширення кола суб'єктів нормотворчості і правотворчості веде до більш тісного переплетення норм регулювання і норм саморегулювання, правових актів і актів самоуправління, до іншого співвідношення приписів і угод"[2]. У цьому плані можна погодитися з М. Антокольською, що сьогодні змінилися самі принципи регулювання майнових відносин у сім'ї, коли правила, встановлені імперативними нормами, поступаються місцем диспозитивному регулюванню[3].

[1] *Антокольская М. В.* Семейное право. М., 1996. С. 99.

[2] *Тихомиров Ю. А.* Вказ. праця. С. 33.

[3] *Антокольская М. В.* Вказ. праця. С. 51.

Диспозитивне регулювання надає широкі можливості членам сім'ї самостійно визначати зміст своїх майнових відносин шляхом укладення різного роду договорів. Аналіз діючого законодавства свідчить про те, що договірний режим майна членів сім'ї виникає в таких випадках: 1) при укладенні подружжям шлюбного контракту (ст. 27^1 КпШС України); 2) при укладенні членами селянського (фермерського) господарства договору про встановлення правового режиму їх майна (ч. 2 ст. 18 Закону України "Про власність"); 3) при укладенні членами сім'ї договору про встановлення правового режиму майна, придбаного ними в результаті їх спільної праці (п. 1 ст. 17 Закону України "Про власність").

Усі згадані договори мають свою специфіку, яка, з одного боку, об'єднує їх в одну групу, а з другого, — відрізняє від інших цивільно-правових угод. Ці договори створюються у вигляді альтернативи, противаги тим правилам, що встановлені в законі. В цьому, по суті, і полягає їх значення. У таких випадках "закон стає первинним юридичним джерелом розвитку договірних форм, створюючи міцний правовий фундамент для договорів як форми альтернативно-юридичних дій та стимулюючи розширення їх кола. Закон або ж прямо передбачає і вводить договірні форми, або ж допускає їх у випадках, не врегульованих законодавством"[1]. Якщо сторони згодні з порядком регулювання майнових відносин, передбаченим законодавством, то угоди сторін, що дублюють його, позбавлені будь-якого сенсу. Значення договірного режиму майна членів сім'ї саме в тому і полягає, що сторони своєю угодою встановлюють інший, порівняно із законом, порядок регулювання своїх майнових відносин.

[1] *Тихомиров Ю. А.* Вказ. праця. С. 29.

Договори членів сім'ї формулюються за бажанням самих сторін, тому й обсяг та характер суб'єктивних прав та обов'язків, що виникають з таких договорів, щоразу носить індивідуальний характер. У процесі такого регулювання "суб'єкти права розробляють для себе своєрідні "мікронорми", що можуть стосуватися ситуації в цілому чи окремих її фрагментів"[1]. Важливим моментом майнових відносин у сім'ї є те, що такого роду регулювання здійснюється на стадії формування цих відносин, а не у разі виникнення спору між сторонами. Індивідуальне регулювання, яке здійснюється судом за наявності конфліктної ситуації в сім'ї, має значно менше шансів бути ефективним порівняно з регулюванням, що здійснюється за бажанням самих сторін на основі самостійно визначених ними майнових пріоритетів. За своїм значенням щодо конкретних членів сім'ї встановлювані ними в договорі правила відіграють таку ж роль, як і законодавчі норми стосовно членів сім'ї, які не уклали спеціального договору. Тому при необхідності суб'єктивні права і обов'язки членів сім'ї, що випливають з укладеного ними договору, захищатимуться в такому ж порядку, як і права, що випливають із прямого припису закону.

[1] *Кашанина Т. В.* Соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования // Правоведение. 1991. № 4. С. 56.

Звичайно, ніхто не може заперечувати проти імперативних норм у сімейному праві взагалі. Зобов'язуюча, імперативна побудова нормативного матеріалу в деяких випадках є просто незамінною. Зокрема, вона важлива при регулюванні майнових відносин з участю неповнолітніх чи недієздатних членів сім'ї. Для цього закон має чітко визначати майнові права та обов'язки учасників відносин, включаючи особливі гарантії і засоби захисту майнових прав дітей та недієздатних осіб. Важливо інше: щоб тоді, коли це можливо (а таких випадків існує чимало), законний режим майна членів сім'ї не був єдиним, щоб поряд з ним існував і договірний режим, згідно з яким сторони могли б самостійно визначати свої майнові пріоритети.

Більш того, саме договірний режим майна членів сім'ї в деяких випадках має бути визначальним, а законний — застосовуватися тоді, коли сторони з якоїсь причини його не встановлять. Бо ж державна влада якщо й "дає свої визначення, то, за загальним правилом, лише на той випадок, якщо приватні особи чомусь своїх визначень не зроблять, а отже — лише на надолуження чогось того, що не вистачає"[1]. В першу чергу це стосується майнових відносин подружжя, батьків та їхніх повнолітніх дітей, а також членів селянського (фермерського) господарства.

[1] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. С. 10.

Надійшла до редколегії 15.12.99

Є. Карманов, ст. викладач Харківського банківського коледжу

Розвиток та сучасні проблеми правового регулювання

банківського вкладу в іноземній валюті

Нерідко доводиться стикатися з думкою про те, що валютні кошти на банківському рахунку клієнта є його власністю. Ні юридичних, ні фізичних підстав для такого висновку немає. Право власності, як і будь-яке інше речеве право, як об'єкт може мати річ або сукупність речей. Для з'ясування цього питання необхідно розкрити юридичну сутність договору банківського вкладу в іноземній валюті.

Договір вкладу одержав чітку законодавчу регламентацію ще в 1921 р. Так, відповідно до декрету РНК від 30 червня 1921 року "Про скасування обмежень грошового обігу та заходи щодо розвитку вкладної та переказної операцій" скасовувалися будь-які обмеження сум, які можуть бути у власності приватних осіб, пропонувалося вжити заходів щодо розвитку вкладної та переказної операцій і встановити для них спеціальні правові гарантії[1].

[1] див.: *Гавзе Ф. И.* Развитие социалистического гражданско-правового договора. Минск, 1959. С. 38; история Государственного банка СССР. М., 1971. С. 97–98.

Міркуючи про договір банківського вкладу в іноземній валюті (депозитний договір в іноземній валюті), важливо мати на увазі відому умовність термінології, яка говорить про "зберігання" грошових коштів вкладника. Незважаючи на використання поняття "депозит" (depositum і означає з часів римського права договір зберігання), ні про яке зберігання валюти в дійсності, звичайно, не може бути й мови. У більшості випадків, особливо для юридичних осіб, предметом цих відносин є безготівкова валюта, яка не існує зовсім у вигляді паперових купюр і становить собою право вимоги (видачі або перерахування відомої суми валюти). Але навіть при внесенні на рахунок готівкової валюти вона надходить до банку та знеособлюється, а вкладнику за його вимогою видаються інші купюри.

Не можна розглядати ці відносини і як різновид "зберігання із знеособленням речей" (так зване "іррегулярне зберігання", предметом якого є речі, визначені родовими ознаками)[1]. Адже банк не зберігає валютні кошти в буквальному смислі цього слова (навіть із знеособленням купюр), а використовує їх у своїй діяльності, не кажучи вже про фізичну неможливість "зберігання" безготівкових грошей.

[1] Див.: *Агарков М. М.* Основы банковского права. М., 1994. С. 68–72; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Л., 1961. С. 367; *Вильнянский С. И.* Кредитно-расчетные правоотношения. Х., 1955. С. 16.

З цієї точки зору потрібно вказати на невдале визначення вкладу у ст. 43 Закону України "Про банки і банківську діяльність" та ст. 384 ЦК України. Тут вклад визначено як грошові кошти, які розміщуються для "зберігання" та "одержання по них доходу", з чого при буквальному тлумаченні випливає обов'язок банку зберігати купюри вкладника, виражені в іноземній валюті вкладника, та повернути йому їх, що неможливо. Тому вклад в іноземній валюті як об'єкт банківських угод, які розглядаються, становить собою не суму в іноземній валюті, а зобов'язальне право вимоги. Банківський рахунок, на якому знаходиться вклад в іноземній валюті, є не титулом права власності або іншого речевого права, а

визначає розмір і зміст відповідного права вимоги клієнта до банку. На вклад не може існувати речевого права, в тому числі права власності вкладника або банку, бо не можна фізично володіти, наприклад, безготівковими коштами в іноземній валюті. Зобов'язальне ж право вимоги може бути об'єктом майнового обігу і навіть включатися до складу майна (наприклад, підприємства, спадкова маса), втілюючи в себе деяку товарну (економічну) цінність. Його, проте, не можна змішувати з речевим правом, об'єктом якого є річ, а не домагання відомої поведінки з боку зобов'язаної особи. Відмінність речевих і зобов'язальних прав очевидна і є традиційною для європейського континентального права[2], але вона невідома англо-американській правовій системі[3], великий вплив якої на регламентацію фінансових відносин безперечний. некритичне запозичення термінології та конструкцій є причиною численних непорозумінь, які виникають з цього приводу в банківській практиці.

[2] Див.: Гражданское право Украины: В 2-х ч./ Под ред. А. А. Пушкина, В. М. самойленко. Х., 1996. Ч. 1. С. 27; Гражданское право: В 2-х т. / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1998. Т. 1. С. 475–622.

[3] Див.: *Ласк Г.* Гражданское право США. М., 1961.

Викладене пояснює наведене нижче визначення договору банківського вкладу в іноземній валюті. Договір банківського вкладу в іноземній валюті (депозитний договір в іноземній валюті) являє собою згоду, внаслідок якої одна сторона (банк), яка прийняла від іншої сторони (вкладника) або для неї суму в іноземній валюті (вклад), що надійшла, зобов'язується повернути суму вкладу та виплатити відсотки по ній на умовах та в порядку, передбачених договором. Відповідно з цим визначенням банк, який прийняв вклад, зобов'язується повернути суму вкладу з виплатою передбачених договором відсотків. Замість обов'язку "зберігати" вклад на банк покладається обов'язок вжити певних заходів щодо забезпечення повернення вкладу, тобто мати додаткові гарантії, які забезпечують виконання ним своїх обов'язків за цим договором.

Це визначення договору банківського вкладу в іноземній валюті (депозитного договору в іноземній валюті) свідчить про те, що депозит є самостійним видом договору. Своїм корінням він уходить в договір позики і оформлює кредитні відносини між боржником (банком) та кредитором (вкладником).

Банк не має права відмовити фізичній особі в укладенні договору банківського вкладу в іноземній валюті, а також встановлювати різні умови договору для різних вкладників, включаючи виплату відсотків за депозитом, або віддавати перевагу одному вкладнику перед іншим. Проте відмова від прийому вкладу буде обґрунтованою, якщо відкликана ліцензія банку на виконання відповідних операцій або банк публічно оголосив про припинення прийому вкладів від населення з фізичних чи інших причин[1]. Однак депозитний договір, укладений юридичними особами, не має властивостей публічності, і банк може проводити диференційовану валютну політику по вкладах окремих осіб.

[1] Див.: *Павлодский Е. А.* Кредитно-расчетные отношения по новому Гражданскому кодексу // дело и право. 1996. № 11. С. 22.

На нашу думку, особливу увагу слід звернути на те, яким шляхом виникають відносини, що розглядаються.

Відповідно до п. 6 “Правил здійснення депозитних операцій для банківських депозитів”, затверджених постановою Правління НБУ від 30 червня 1998 р. № 280, відносини банківського вкладу в іноземній валюті можуть оформлятися відкриттям строкового депозитного рахунку як з укладенням договору банківського вкладу (видачею ощадної книжки), так і видачею ощадного (депозитного) сертифіката[2]. У той же час п. 6.1.4 Інструкції НБУ “Про відкриття банками рахунків у національній та іноземній валюті відкриваються уповноваженим банком фізичним і юридичним особам (резидентам і нерезидентам) на підставі укладеного депозитного договору між власником рахунку та банком на визначений у договорі строк[3]. При цьому нічого не говориться про можливості виникнення таких відносин у результаті видачі ощадного (депозитного) сертифікату. Крім того, і ст. 43 Закону України “Про банки і банківську діяльність” говорить лише про видачу вкладнику вкладного документа[1], не називаючи, яким документом конкретно ці відносини мають бути оформлені. Зазначене свідчить про те, що цей вид договору в цивільному праві України ще не знайшов повного врегулювання, тобто суб’єкти, які вступають в ці відносини, можуть їх оформити, використовуючи один із засобів на свій вибір, який відповідає чинному цивільному законодавству.

[2] Див.: Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності. К., 1998. Вип. 8. С. 37.

[3] Див.: Там само. 1999. Вип. 2. С. 19.

[1] Див.: Банківська справа в Україні: законодавчі і нормативні акти: У 4-х т. / За ред. В. А. Ющенка. К., 1998. Т. 1. С. 16.

Важливо визначити та провести юридичний аналіз елементів договору банківського вкладу в іноземній валюті, тобто тих правовідносин, що виникають у результаті укладення договору.

Для встановлення елементів правовідносин, що виникають у результаті укладення договору банківського вкладу в іноземній валюті як єдності правової форми та матеріального змісту, доцільно визначити структуру правовідносин. це дозволило б повніше виявити головні ланки механізму впливу цивільного права на валютні відносини та ефективність такого впливу.

Найплодотворнішим для аналізу є визначення поняття структури як способу зв’язку елементів, як системи їх відносин у рамках цілого[2]. З цієї точки зору можна було б самі правовідносини розглядати як структуру, оскільки вони пов’язують учасників цих відносин[3].

[2] Див.: *Свидерский В. И.* О диалектике элементов и структуры. М., 1962. С. 13–14.

[3] Див.: *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: В 2-х т. М., 1987. Т. 1. С. 324–328.

З метою індивідуалізації окремого цивільно-правового відношення наука цивільного права окреслює його елементи: суб’єкти і об’єкти, суб’єктивне цивільне право і суб’єктивний цивільний обов’язок[4]. Тобто доцільно дослідити структуру правовідношення, яке розглядається як кінцева реалізації правової норми, як єдність правової форми та матеріального змісту, інакше кажучи, дати аналіз елементів структури: сторін (суб’єктів), прав та обов’язків, а також об’єктів договору банківського вкладу в іноземній валюті.

[4] Див.: Цивільне право України / За ред. О. А. Підопригори, Д. В. Боброової. К., 1995. С. 50.

В ролі суб'єктів у зобов'язаннях можуть виступати фізичні та юридичні особи. Суб'єктів зобов'язальних правовідносин прийнято називати сторонами. Уповноважена сторона в зобов'язанні називається кредитором, а зобов'язана — боржником. Ці особи є безпосередніми учасниками зобов'язальних відносин і ними можуть бути особи, які мають достатню дієздатність[5].

[5] Див.: Гражданское право Украины / Под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. Ч. 1. С. 343.

Сторонами депозитного договору в іноземній валюті є банк та вкладник. Вкладником може бути будь-яка юридична або фізична особа. Банк повинен мати право на залучення коштів в іноземній валюті у вклади відповідно до одержаної ліцензії. За смислом п. 2 "Правил здійснення депозитних операцій для банківських депозитів" суб'єктами депозитних операцій є лише комерційні банки. Ні юридичних, ні фактичних підстав для такого тлумачення суб'єктів депозитного договору немає.

Договір банківського вкладу має бути укладений у письмовій формі. недотримання форми депозитного договору в іноземній валюті тягне за собою нікчемність його з наслідками, встановленими ст. ст. 45, 48 ЦК України. Слід зазначити, що письмова форма розуміється досить широко. Вона вважається дотриманою не тільки при підписанні сторонами єдиного документа, а й якщо внесення вкладу засвідчено ощадною книжкою[1], ощадним (депозитним) сертифікатом[2] або іншими виданими вкладнику документами, що відповідають вимогам нормативних актів та звичаям ділового обігу.

[1] Див.: Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності. 1998. Вип. 8. С. 37.

[2] Див.: Новейшее законодательство Украины. К., 1992. С. 73.

З формою укладеного договору банківського вкладу безпосередньо пов'язані раніше зазначені два способи його реалізації. Перший передбачає відкриття вкладнику спеціального вкладного (депозитного) рахунку, на якому відображується рух коштів вкладника (дата операції, надходження, витрати, залишок). На доказ укладення договору вкладнику видається один примірник договору або ощадна книжка. При другому способі рахунок може не відкриватися, але вкладник одержує цінний папір (ощадний сертифікат), який оформляє договір. Пред'явлення такого паперу легітимує його власника як вкладника.

Зміст договору банківського вкладу в іноземній валюті складає обов'язок банку повернути вкладнику суму вкладень (основний борг) з виплатою передбачених відсотків.

Зараз важливе значення приділяється гарантіям повернення вкладів, перш за все одержаних від громадян. Внаслідок Указу Президента України від 10 вересня 1998 р. № 996/98 "Про заходи щодо захисту прав фізичних осіб — вкладників комерційних банків України"[3] та постанови Кабінету Міністрів України і НБУ від 21 січня 1999 р. № 70 "Питання Фонду гарантування вкладів фізичних осіб"[4] для забезпечення повернення і компенсації збитків створюється Фонд гарантування вкладів фізичних осіб. Учасниками Фонду виступають НБУ та комерційні банки. Слід зазначити, що останні держать обов'язкові резерви в НБУ. Ця правова норма міститься в ст. 28 Закону України "Про банки і банківську діяльність", ст. ст. 15, 25 Закону України "Про Національний банк

України", положенні НБУ "Про порядок формування банківською системою України обов'язкових ресурсів".

[3] Див.: Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності. 1998. Вип. 10. С. 3.

[4] Див.: Там само. С. 6.

Роль обов'язкових резервів полягає в тому, щоб, з одного боку, забезпечити мінімальну ліквідність банку і збереження в них депозитів, а з іншого — бути інструментом грошово-кредитної політики[1]. крім того, з метою підвищення надійності та стабільності банківської системи, захисту вкладників комерційних банків та відповідно до ст. 24 Закону України "Про банки і банківську діяльність", положення НБУ "Про порядок формування і використання резерву для відшкодування можливих втрат за позиками комерційних банків" НБУ встановлює порядок формування і використання резерву для відшкодування можливих витрат за позиками комерційних банків.

[1] Див.: Банківська енциклопедія / за ред. А. М. мороза. К., 1993. С. 198.

Комерційні банки, які мають ліцензію НБУ на залучення вкладів фізичних осіб, з метою забезпечення захисту вкладників — фізичних осіб, створення фінансових можливостей відшкодування їм коштів у разі ліквідації банку відповідно до ст. 24 Закону України "Про банки і банківську діяльність" та "Порядку формування комерційними банками спеціального фонду страхування вкладів фізичних осіб", затвердженого постановою Правління НБУ від 22 лютого 1999 р. № 72 створюють спеціальний фонд страхування вкладів фізичних осіб. Такий фонд створюється банком у встановленому НБУ розмірі за рахунок, відкритий у НБУ.

Способи забезпечення виконання зобов'язань банку по депозитах юридичних осіб визначаються угодами між ними. При укладенні депозитного договору банк зобов'язаний надати будь-якому вкладнику інформацію про забезпечення вкладу.

З нашої точки зору особливий інтерес у розглядуваному питанні становить відповідальність за депозитним договором в іноземній валюті. Вона настає для боржника в таких випадках: 1) за невиконання або неналежне виконання зобов'язань по забезпеченню повернення вкладу; 2) за погіршення умов забезпеченості; 3) за прийняття депозиту від громадян неуповноваженою особою або з порушенням нормативних актів про вклади; 4) за неповернення вкладу, його неправомірне утримання або невиплату відсотків.

У всіх названих ситуаціях вкладник має право вимагати від свого контрагента негайного повернення суми вкладу. У першому і другому випадках відповідальність полягає у виплаті вкладнику неустойки у формі облікової процентної ставки, яка обчислена на день повернення боргу, а також у відшкодуванні збитків. У третьому випадку, крім сплати облікової процентної ставки на день повернення боргу, кумулятивно стягуються збитки (понад суму відсотків). У четвертому випадку відповідальність настає на тих же підставах, що й у перших двох випадках.

Зазначимо, що коли виникає необхідність накладення арешту на грошові кошти, передані у вклад, застосовуються правила ст. 53 Закону України "Про банки і банківську діяльність"[1], інструкції № 7 НБУ "Про безготівкові розрахунки в господарському обороті України"[2], "Порядку безспірного списання (стягнення) коштів з рахунків в іноземній валюті суб'єктів підприємницької діяльності (крім банків) на території України",

затвердженого постановою Правління НБУ від 16 квітня 1998 р. № 374[3]. Такий арешт здійснюється судом і постановами слідчих органів або арбітражних судів. Після накладення арешту припиняються всі видаткові операції по депозиту в межах арештованих сум. Стягнення на депозит може бути звернено лише за виконавчими листами, виданими судами, за наказами арбітражних судів та іншими виконавчими документами, а також на вимогу Державних податкових адміністрацій та державного комітету України по матеріальних резервах і його органів.

[1] Див.: Законодательство Украины о банковской деятельности. Х., 1996. С. 8.

[2] Див.: Збірник нормативних актів національного банку України за 1997 рік: У 2-х ч. К., 1998. Ч. 1. С. 197–198.

[3] Див.: Законодавчі і нормативні акти з банківської діяльності. 1998. Вип. 11. С. 24–26.

Перш ніж підвести підсумок аналізу особливостей банківського вкладу в іноземній валюті, потрібно, на нашу думку, з'ясувати юридичну сутність його припинення.

Договір припиняється, коли сторони звільняються від усіх обов'язків за договором. Припинення договору банківського вкладу в іноземній валюті допускається за згодою сторін (банку та вкладника), оскільки відповідно до ст. 220 ЦК України сторони, які добровільно уклали договір, у такому ж добровільному порядку можуть його розірвати[4].

[4] Див.: Кодекси України: У 3-х кн. / Відп. ред. В. Ф. Бойко. К., 1997. Кн. 2. С. 199.

За загальним правилом договір за вимогою однієї із сторін може бути розірваний за рішенням суду, арбітражного або третейського суду лише у випадках, особливо передбачених законом, та в разі істотного порушення договору іншою стороною. Слід констатувати, що розірвати договір банківського вкладу в іноземній валюті за одностороннім волевиявленням не можна.

Підсумовуючи викладене, необхідно зазначити, що зараз у зв'язку зі змінами, які відбуваються в економіці України, система договорів, що склалася раніше, потребує подальшого вдосконалення. До цього слід додати, що сьогодні розглядувані відносини регламентуються великою кількістю нормативних актів, котрі не тільки не регулюють їх у повному обсязі, а й спираються на дещо застарілі концептуальні положення та мають деякі суперечності.

Виходячи з наведеного і враховуючи при цьому не тільки юридичні, а й економічні ознаки, необхідно внести до нового ЦК інститут банківського вкладу в іноземній валюті. Для цього в новому ЦК України слід помістити главу під назвою "Банківський вклад в іноземній валюті". Це дасть можливість встановити на території України єдиний режим здійснення вкладних операцій в іноземній валюті для всіх суб'єктів, які беруть участь у цих відносинах, визначити їх права та обов'язки.

Надійшла до редколегії 20.09.99

А. Гетьман, професор НЮА України

Законодавчі аспекти зародження екологічних прав людини

Людина, її життя та здоров'я багато в чому залежать від впливу створеного нею довкілля. І це при тому різноманітті соціально-економічних, політичних, культурних та інших її прав і свобод, які проголошені та зафіксовані у численних законах і підзаконних нормативно-правових актах. Саме права і свободи визначають певні можливості людини для її існування та розвитку в конкретних історичних умовах.

На загальнотеоретичному рівні інтерпретація поняття "права людини" визначена в таких точках зору: це певним чином нормована свобода[1], потреби людини[2], інтереси людини[3], форма існування або спосіб прояву моралі[4].

[1] Див.: *Нерсесянц В. С.* Права человека в истории политической и правовой мысли: от древних до Декларации 1789 г. // Права человека в истории человечества и в современном мире. М., 1989.

[2] Див.: *Мюллерсон Р. А.* Права человека: идеи, нормы, реальность. М., 1998. С. 8, 12.

[3] Див.: *Шейканов Н. А.* Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. С. 10–26.

[4] Див.: *Милн А.* Права человека и человеческое многообразие // Международное сотрудничество и права человека. М., 1989. С. 37.

Зазначені підходи до поняття "права людини" (крім першого), на думку П. Рабіновича, відбивають досить суттєві, проте не онтологічні "статуси" досліджуваного феномена, і тільки категорія свободи дозволяє найбільш адекватно відобразити саме онтологічну соціальну сутність прав людини[1]. З такою позицією слід погодитися.

[1] Див.: *Рабінович П. М.* Основні права людини: загальнотеоретична характеристика // Вісник Академії правових наук України. 1995. № 2. С. 25.

Класифікація основних прав людини має велике значення для розуміння феномена історизму в процесі становлення законодавчого регулювання екологічних прав. Прийняті у 1966 р. міжнародні пакти про права соціальні, економічні та культурні, а також про права громадянські та політичні сформулювали відповідну класифікацію, що була відображена у цих назвах і означала значний крок з огляду праворегулятивної практики та суспільної науки. Країни колишнього СРСР були зорієнтовані у своєму законодавстві саме на запропоновану класифікацію прав людини. Як це випливає зі ст. 37 Конституції України 1978 р., окремі права особи були об'єднані в такі групи: соціально-економічні, політичні та особисті.

В літературних джерелах це питання мало найрізноманітніші з широким діапазоном точки зору. Їх можна узагальнити з посиланням на запропоновану П. Рабіновичем класифікацією основних прав за змістом потреб людини, а саме:

фізичні (або життєві, вітальні) права — це можливості людини, необхідні для її фізичного існування, задоволення біологічних та матеріальних потреб;

особисті права — це можливості збереження, прояву, розвитку та захисту морально-психологічної індивідуальності людини, її світогляду і духовності;

культурні (гуманітарні) права — це можливості доступу до духовних здобутків людства, їх засвоєння, використання та участі в подальшому їх розвитку;

економічні права — це можливості людини реалізувати свої здібності і здобувати засоби до існування, беручи участь у виробництві матеріальних та інших благ;

політичні права — це можливості людини брати участь у державному і громадському житті, впливати на діяльність різноманітних державних органів, а також громадських об'єднань політичного спрямування[1].

[1] Див.: *Рабінович П. М.* Вказ. праця. С. 26.

Можливі також й інші класифікації основних прав людини за різноманітними критеріями, що супроводжуватимуть такі розподіли. Але наведена класифікація важлива

з точки зору її неподільності і взаємозалежності. Вона охоплює і такий різновид, що належить до основних прав людини, як екологічні права.

Визначення поняття екологічних прав міститься в окремих наукових дослідженнях українських учених[2]. Між іншим, за справедливим зауваженням російської вченої М. Васильєвої, можливі два тлумачення обсягу поняття "екологічні права". Перше — це тільки право на безпечне довкілля. Друге — це коли мається на увазі конгломерат повноважень, прав та обов'язків у сфері природокористування і охорони довкілля. Для такого тлумачення, як вважає М. Васильєва, типовим є широке розуміння прав громадян екологічного характеру[3]. На думку української вченої Н. Кобецької, слід розрізняти поняття "права громадян в галузі екологічних відносин" і "екологічні права громадян". Екологічні права — більш вузьке поняття, тоді як права громадян у галузі екологічних відносин містять всі повноваження громадян, що так чи інакше пов'язані з довкіллям, природними ресурсами[4].

[2] Див.: *Анісімова Г. В.* Здійснення громадянами екологічних прав: Дис. ...канд. юрид. наук. Х., 1996; *Краснова М. В.* Гарантії реалізації прав громадян на екологічну інформацію: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. К., 1997.

[3] Див.: *Васильєва М. И.* Проблеми защиты общественного интереса в экологическом праве // Гос-во и право. 1999. № 8. С. 50.

[4] Див.: *Кобецька Н. Р.* Екологічні права громадян України: Автореф. канд. юрид. наук. К., 1998.

Запропоновані підходи мають важливе значення для розв'язання проблеми реалізації екологічних прав, практики застосування відповідних еколого-процесуальних норм.

Але вважаємо за доцільне розглядати обсяг поняття екологічних прав у дещо інших аспектах, а саме: у вузькому розумінні — безпосередньо як право на безпечне навколишнє середовище; у широкому розумінні — як права, пов'язані з використанням і відтворенням природних ресурсів та охороною довкілля. При цьому в останній аспект

тлумачення обсягу поняття екологічних прав не слід включати відповідні повноваження та обов'язки, як це роблять деякі науковці[1].

[1] Див.: Экологическое право России. / Под ред. В. Д. Ермакова и А. Я.Сухарева. М., 1997. С. 229, 236–237.

Термін “екологічні права” вперше в Україні як незалежній, демократичній, соціальній державі на законодавчому рівні був зафіксований в Законі України від 25 червня 1991 р. “Про охорону навколишнього природного середовища”. Потім він використовувався у документах з підготовки проекту нової Конституції України і, нарешті, в прийнятій 28 червня 1996 р. Конституції України. Але це зовсім не означає, що екологічні права до теперішнього часу були відсутні. Спробуємо зазирнути в минуле, знайти те соціально-правове явище, яке зараз ми називаємо “екологічні права людини”, і дати йому відповідну оцінку.

Сучасна постановка питання про екологічні права людини спирається на великий попередній досвід людства, передусім у галузі організації суспільного життя людей, правового способу регуляції їх поведінки, їх ролі і значення в оточуючому світі. Історія прав людини взагалі становить собою історію прогресуючого розширення правового визнання як людини тих чи інших людей для того чи іншого кола суспільних відносин, історію збагачення і поширення принципу правової рівності на все більш широке коло суспільства і відносин.

Виникнення в історико-політичній думці ідеї природної рівності всіх людей (рівності за природою) стало важливою віхою в обґрунтуванні такого аспекту, як всезагальність і єдність вимог закону. В усьому процесі поступової універсалізації (внутрішньодержавний рівень — міжнародний рівень) положень про права уявлення про природжені та невідчужувані природні права людини, на думку В. Нересесянца, відіграли істотну роль. Ці права, зберігаючись і в умовах державності, мають бути визнані та гарантовані публічною владою і законом[1].

[1] Див.: *Нерсесянц В. С.* Вказ. праця. С. 27.

Розвиваючи природноправові погляди антично-просвітницького підходу до людини, Б. Спіноза відмічав, що “мета держави в дійсності є свобода”[1]. Він підкреслював, що природне право кожного не вирішується наперед, оскільки людина діє за законами своєї природи, пристосовуючись до своєї користі, спонукається страхом або надією.

[1] *Спиноза Б.* Избранные произведения. М., 1957. Т. 2. С. 261.

Теоретичне уявлення про невідчужувані природні права людини наклали свій відбиток на конструкцію власне прав людини на використання, експлуатацію природних ресурсів, їх охорону від знищення, пошкодження, псування, заподіяння шкоди природі у будь-який інший спосіб.

Найперші тексти загальновідомих і доступних пам'яток права, які стосуються охорони природи, наочно демонструють, що встановлення прав у цій сфері першопочатково визначаються наперед природними чинниками. В тих місцях, де необхідні для життєзабезпечення людей природні ресурси були обмежені, правові норми встановлювали такий режим їх використання, який дозволяв би задовольняти природні потреби людей у питній воді та родючих землях, розумно вести господарство в цих природних умовах.

Там же, де запаси тих чи інших природних ресурсів були величезні, а масштаби їх використання обмежені, що в сукупності не тягло за собою загрози для їх виснаження чи знищення як засобу і умов життя, правове регулювання здійснювалося інакше. В цьому разі природне середовище протистояло людині як сила, з якою необхідно боротися, щоб вижити. Тут права природокористувачів переважно визначалися економічними чинниками, реалізовувався механізм охорони власності (першопочатково общинної, а згодом і приватної).

Збільшення масштабів господарського впливу на природу приводить до структурування прав відносно окремих природних об'єктів. Їх використання обмежується або навіть забороняється для одних цілей в інтересах ведення інших видів господарської діяльності, які визначаються державою як пріоритетні.

Першим писаним документом, який належав до періоду правління Ярослава Мудрого в Київські Русі, є “Руська Правда”, від якої, за думкою М. Булгакова та А. Ялбулганова, бере свій початок природоохоронне законодавство, пов'язане із захистом власницьких прав[1]. “Руська Правда” встановлює право власності[1] на окремі природні об'єкти, які перебувають під охороною держави. Її статті передбачають штраф за крадіжку бобра (власності князя), псування княжої борті з бджолами, неумисну порубку дерева та ін.[2]

[1] Див.: *Булгаков М. Б., Ялбулганов А. А.* Природоохранные акты: от “Русской Правды” до Петровских Времен // Гос-во и право. 1996. № 8. С. 137.

Див.: Правда Русская. Т. 2. Комментарий. М., Л. 1947.

В подальшому право власності на природні об'єкти з їх флорою і фауною як одне з основних прав не порушилося і в міру розвитку феодальних відносин зміцнювало свої позиції, зачіпаючи ті чи об'єкти природи — диких тварин, які є об'єктами полювання, рибні ресурси, лісові багатства з різноманіттям фауни і флори, що є в них.

У цей період державна влада надає великого значення захисту лісових ресурсів. Оскільки ліс завжди складав основу економічної та воєнної моці феодальної держави Російської імперії, вже починаючи з XVI ст. суворо заборонялася вирубка дерев у зарубовій смузі, штучно утвореній на південних кордонах Росії. За указом Івана IV від 1571 р. під час щорічних осінніх випалювань полів на руcько-польському кордоні для кращого спостереження за супротивником заборонялося спалювати ліси і лісові заруби “у государевых украинских городов”[1].

[1] Цит за: *Булгаков М. Б., Ялбулганов А. А.* Вказ. праця. С. 140.

Поряд із захистом лісів, починаючи з другої половини XVII ст., стали видаватися укази, які стосувалися обмеження і регламентації полювання. Достаток тварин і птахів сприяв поширенню полювання, яке переслідувало дві основні мети — особистий інтерес дворянського стану до заняття полюванням та інтереси скарбниці. Все це мало велике позитивне значення для охорони і захисту дикої фауни. Відомо, що царевими указами

окремі території Мурманського узбережжя, які використовувалися для царевого полювання, оголошувалися заповідниками. В свою чергу казенні інтереси примусили з середини XVII ст. оголошували заповідними цілі райони Сибіру і Далекого Сходу, де хутровий промисел ставав хижацьким[2].

[2] Див.: *Вилков О. Н.* Промыслы и экология в феодальной Сибири // Известия Сибирского отделения АН СССР. Сер. История, филология и философия. Новосибирск, 1989. Вып. 3. С. 39.

Достаток водойм, а відповідно риби й інших водних тварин, що знаходилися в них, тривалий час не вимагав спеціальних заходів їх правової охорони. Вперше захист права приватної власності на рибні багатства передбачався в Соборному уложенні 1649 р.[3] Таким чином, основним екологічним правом, яке з'явилося в період феодальної держави, слід вважати право власності (держави в цілому, царевої родини, окремих станів) на природні ресурси, що становили економічний і воєнний інтерес.

[3] Див.: Российское законодательство X–XX веков. 1990. Т. 3. С. 430.

В той же період уперше видаються укази про захист довкілля в зоні проживання людини (користуючись сучасною термінологією — санітарні норми). Виконання відповідних санітарних норм було зумовлене необхідністю запобігання і боротьби з епідеміями —найбільшим лихом середньовічної держави. За указом російського царя від 1640 р. передбачалися заходи охорони населення від масових захворювань у місцях його проживання, а також приписувалося, що слід виконати для боротьби з порушенням санітарно-епідеміологічних правил[1].

[1] Про заходи щодо виконання санітарних правил див.: *Булгаков М. Б., Ялбулганов А. А.* Вказ. праця. С. 146–147.

З початку XVIII ст. проблема охорони середовища проживання людини набуває особливої актуальності. Наприклад, згідно з таким правовим документом, як "Учрежденія для управленія губерній" 1775 р., земський ісправник зобов'язаний стежити, "чтобы везде на местах и дорогах была чистота"[2]. Відповідно до Уложення про

покарання кримінальні та виправні 1845 р. “если кто-либо построит признанные по закону вредными для чистоты воздуха или воды фабрику, мануфактуру или завод в городе или хотя или вне города, но выше оного по течению реки или протоки, то сии заведення уничтожаются на счет виновного и он подвергается аресту на время от семи дней до трех месяцев или денежному взысканию не свыше трехсот рублей”[3].

[2] Российское законодательство X–XX веков. 1990. Т. 5. С. 223.

[3] Цит. за: *Голиченков А. К.* Экологический контроль: теория, практика правового регулирования: Дис.... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 32.

Викладені тут положення законодавства XVIII ст. доповнюють історичні аспекти охорони атмосферного повітря, що містяться в дослідженнях Н. Малишка. Так, у Лікарняному статуті 1905 р. у розділі “Про охорону чистоти повітря” зазначалося, що “полиция наблюдает, дабы на улицах, дорогах, мостах и возле оных нигде не было ничего такого, что может заражать воздух”. Там же встановлювалося, що “заводы, мануфактурные и другие заведення, вредные чистоте воздуха и воды, должны быть устраиваемые по особым правилам, изложенным в Уставах о промышленности и Строительном”. Заборонялося будівництво фабрик і заводів, що завдають шкоди чистоті повітря в містах і вище міст за течією рік та протоків. У 1833 р. були видані правила “Про розміщення і влаштування приватних заводів, мануфактурних, фабричних та інших закладів у С.-Петербурзі”, які передбачали, що “все вредные газы, могущие отделяться при производстве работ, должны быть непременно поглощаемы или сжигаемы”[1]. В цьому документі промислові підприємства залежно від шкідливості впливу на атмосферне повітря поділялися на три категорії, причому підприємства третьої категорії не повинні були розміщатися в місті[2].

[1] Цит. за: *Малышко Н. И.* Государственный контроль за охраной атмосферного воздуха. К., 1982. С. 19.

[2] Див.: Там само. С. 20.

Таким чином, у правових документах XIV ст. уперше з'являються норми, що передбачають життєве середовище людини, захист життєво необхідних для людей об'єктів природи — атмосферного повітря, води, грунту. За думкою російських вчених, що досліджують проблеми історії розвитку правових норм охорони природи, розвиток капіталізму приніс нові риси в правове регулювання відносин суспільства і природи. Законодавство не могло ігнорувати процеси, пов'язані з розвитком капіталістичного підприємництва і промисловості, хоча нерідко намагалося обмежитися компромісом між інтересами підприємців і земельних власників. З'являються спроби правового регулювання природокористування в загальних інтересах підтримання чистоти, порядку, боротьби з епідеміями та ін.[3]

[3] Див.: *Голиченков А. К., Новицкая Т. Е., Чиркин Т. Е.* Очерки истории экономического права: развитие правових идей охраны природы // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. № 1. С. 55, 57.

Створення відповідних правових норм, а також їх реалізацію в процесі правового регулювання суспільних відносин природокористування, на нашу думку, слід розглядати як передумову зародження правового явища, яке ми називаємо безпечним для людини середовищем існування. І хоча відповідного об'єктивного права у людини ще не виникає, проте держава опосередковано передбачає механізм його захисту, а саме: вибір місця будівництва шкідливих для певних об'єктів природи промислових та інших підприємств, необхідність поглинання або спалювання газів, які негативно впливають на атмосферне повітря, та ін.

На початку XX ст. внаслідок ступеня, що різко підвищився, використання землі для потреб сільського господарства, промисловості, транспорту виникла реальна загроза зникнення не тільки окремих об'єктів природи, а й цілих природних комплексів. Виникає необхідність захисту природного середовища як єдиного комплексу, де суб'єктивне право людини на безпечні умови життя визначається ступенем безпеки її середовища існування.

У цей період виникає громадський природоохоронний рух. У 1905 р. питаннями охорони природи займаються Московське товариство дослідників природи, а також

Руське географічне товариство, яке створило у 1912 р. постійну природоохоронну комісію. З'являються місцеві товариства охорони природи, а також створюються заповідники, які сприяють збереженню в незмінному стані окремих видів тварин і рослин, цікавих геологічних об'єктів, найбільш типових ділянок ландшафтів. Перший державний заповідник "Супутинський" був організований у 1911 р. У 1912 та 1916 роках було створено декілька державних заповідників: на острові Мориця (Латвія), Баргузинський, Салиський, "Кедрова падь" та ін.

Вже згадуване Руське географічне товариство стало ініціатором одного з важливих "починів" того періоду — створення першого в Росії закону про охорону природи, проект якого був розроблений у 1915–1916 рр. постійною природоохоронною комісією. На жаль, прийняттю цього важливого закону заважали соціально-економічні руйнування, що відбулися роком пізніше.

Надійшла до редколегії 13.12.99

М. Мельник, доцент, заступник Керівника

Науково-експертного управління

Секретаріату Верховної Ради України

Відповідальність за хабарництво: історичний аспект

Хабарництво як соціальне явище є явищем історичним. Будучи при цьому явищем негативним, воно примушує державу і суспільство виробляти певні імунітети від нього, вживати відповідних заходів щодо обмеження поширення хабарництва, мінімізації його негативних наслідків, коротше кажучи — боротися з ним.

З хабарництвом боролися в усі часи, починаючи з моменту виникнення держави. Історія свідчить, що держава, поки вона існує як соціально-правовий інститут, не може одержати повної перемоги над хабарництвом. Але трагедії у цьому немає. Проблема полягає в іншому — у масштабах і впливі хабарництва на здійснення публічної влади в суспільстві. Головне, що не повинна допустити держава, — не дати хабарництву здобути перемогу над владою, мінімізувати прояви хабарництва та їх вплив на суспільні процеси. Значною мірою це досягається правильним визначенням стратегії і тактики, вибором ефективних правових засобів боротьби з хабарництвом.

З огляду на це цікавим і корисним є звернення до недалекого минулого з метою аналізу розвитку вітчизняного кримінального законодавства про відповідальність за

злочини, пов'язані з хабарництвом. Інтерес до історичного аспекту розвитку такого законодавства обумовлений двома основними обставинами: 1) необхідністю переосмислення підходів кримінально-правової боротьби з хабарництвом; 2) потребами вдосконалення законодавства про відповідальність за хабарництво, що є особливо актуальним для процесу реформування кримінального законодавства, який з прийняттям проекту нового КК України у першому читанні увійшов у свою завершальну стадію.

Отже, коротко проаналізуємо нормативно-правові акти, присвячені цій проблемі, починаючи з перших актів радянської держави, які заклали основи сучасного вітчизняного законодавства про відповідальність за хабарництво.

Першим спеціальним законодавчим актом радянської держави, складовою якої впродовж сімдесяти років була Україна, котрий був присвячений боротьбі з хабарництвом, став **декрет РНК РРФСР від 8 травня 1918 р**. Юрисдикція РНК РРФСР поширювалася і на територію сучасної України. “видання цього декрету було обумовлено тим, що в період проведення Великої Жовтневої соціалістичної революції класово ворожі елементи намагалися шляхом підкупу службовців державних установ дезорганізувати роботу радянського державного апарату і дискредитувати його в очах трудящих. Слід відзначити, що багато чиновників, які перейшли до радянського державного апарату, продовжували займатися хабарництвом. Внаслідок зазначених причин хабарництво в перші роки після Великої соціалістичної революції набуло досить великих розмірів. З’явилася необхідність суворої і безпощадної боротьби з хабарництвом”. Як видно з наведеної цитати, основною (та й власне єдиною) причиною наявності хабарництва в радянській державі визнавалося привнесення чиновниками старого буржуазного режиму цього зла в радянський державний апарат. Таким чином, виключалася навіть імовірність вчинення хабарництва з боку тих державних чиновників, які представляли клас трудящих. очевидно, що таке обґрунтування причин походження хабарництва у соціалістичній державі не витримує ніякої критики і було обумовлене виключно ідеологічними міркуваннями. такий підхід до причинної обумовленості хабарництва зберігався і в подальшому і находив своє відображення в законі та інших нормативно-правових актах. Цей момент яскраво демонструє ту роль, яка відводиться кримінальному праву в ідеологічно заангажованій державі.

До хабарництва декрет відносив як одержання хабара посадовою особою державного апарату, так і дачу такій особі хабара, причому обидва ці злочини каралися однаково суворо. Декрет визначав одержання хабара як прийняття особами, які перебувають на державній чи громадській службі, хабара за виконання дій, що входять у коло їх обов’язків, або за сприяння у виконанні дії, яка є обов’язком посадової особи іншого відомства. одержання хабара і дача хабара каралися позбавленням волі на строк не менше п’яти років, поєднаним з примусовими роботами на той же строк. 16 серпня 1921 р. РНК був виданий новий декрет “Про боротьбу з хабарництвом”, який уточнив склад одержання хабара. Зокрема, в диспозиції норми про відповідальність за одержання хабара вказувалося на одержання хабара особисто або через посередника, на одержання хабара у будь-якому вигляді, на одержання хабара за виконання дій в інтересах того, хто дає хабара. Декрет передбачив можливість за певних умов звільнення хабародавця від кримінальної відповідальності. Положення цього декрету без якихось особливих змін були відображені в **першому КК УСРР**.

У цьому кодексі, який було введено в дію постановою ВУЦВК від **23 серпня 1922 р.,** було передбачено кримінальну відповідальність за низку дій, пов’язаних з хабарництвом. Якщо оцінювати кримінально-правові норми цього кодексу про відповідальність за хабарництво з позицій сьогодення, то слід відзначити їх деякі особливості, пов’язані як з техніко-юридичними моментами, так і з самим змістом цих норм.

Відповідно до КК УСРР 1922 р. кримінальна відповідальність встановлювалася за одержання хабара, посередництво у вчиненні цього злочину, приховування хабарництва, дачу хабара та провокацію хабара. Причому відповідальність за всі ці діяння (за винятком провокації хабара) передбачалася в одній статті — 114.

Зараз складно однозначно сказати, чим саме керувалися розробники цього кодексу і законодавець, описуючи в рамках однієї статті стільки досить різних за своїм характером діянь. Сам по собі цей факт не дозволяє констатувати, що в той період одержання хабара, посередництво в хабарництві, дача хабара та приховування хабарництва вважалися одним складом злочину. Якби було саме так, то ст. 114, по-перше, не виділяла окремі частини, присвячені кожному з цих діянь; по-друге, не диференціювала за їх вчинення кримінальну відповідальність. Разом з тим він щонайменше підкреслював органічний взаємозв'язок більшості з діянь, що входили до складу хабарництва, вказував на їх взаємообумовленість.

Відповідальність за одержання хабара була передбачена ч. 1 ст. 114 КК УСРР. Диспозиція цієї норми сформульована таким чином: “Одержання особою, яка перебуває на державній, союзній або громадській службі, особисто чи через посередників у будь-якому вигляді хабара за виконання чи невиконання в інтересах того, хто дає хабара, будь-якої дії, що входить в коло службових обов’язків цієї особи”. Як випливає звідси, суб’єктом одержання хабара визнавалася особа, яка перебувала на державній, союзній або громадській службі.

За одержання хабара встановлювалося покарання у вигляді позбавлення волі на строк до п’яти років з конфіскацією майна або без такої. Слід зазначити, що це покарання було значно м'якшим від покарання, яке чинний КК України встановлює за одержання хабара. Відповідно до санкції ч. 1 ст. 168 чинного КК одержання хабара карається позбавленням волі на строк від п’яти до десяти років з конфіскацією майна і позбавленням права займати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк п’ять років. Як бачимо, навіть у період фактичного продовження громадянської війни кримінальний закон не тільки встановлював за одержання хабара значно менший розмір такого виду покарання, як позбавлення волі, а й допускав альтернативу при застосуванні конфіскації майна. Чинний КК передбачає безальтернативне застосування конфіскації майна. Але це стосується лише простого складу цього злочину. Річ у тому, що ч. 3 ст. 114 КК УСРР 1922 р. передбачала декілька кваліфікуючих ознак одержання хабара, за наявності яких відповідальність наставала у вигляді “позбавлення волі з суворою ізоляцією на строк не нижче трьох років аж до вищої міри покарання з конфіскацією майна”. Відповідно до ст. 33 цього кодексу вищою мірою покарання визначався розстріл. Обтяжуючими одержання хабара обставинами вважалися: а) особливі повноваження посадової особи, яка прийняла хабар; б) порушення нею обов'язків по службі; в) допущення вимагання або шантажу.

Частина 2 ст. 114 КК УСРР встановлювала відповідальність за “посередництво у вчиненні вказаного злочину, а так само приховування хабарництва”. Судячи з санкції цієї

норми, такі дії не вважалися такими, що становлять підвищену суспільну небезпеку, оскільки за їх вчинення передбачалося покарання у вигляді позбавлення волі на строк до двох років з конфіскацією майна або без такої, чого не можна сказати сьогодні про посередництво в хабарництві, за яке чинний КК встановлює покарання у вигляді позбавлення волі на строк від двох до восьми років, а за обтяжуючих обставин — від семи до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна.

У першому КК нашої держави досить оригінально з огляду на сучасну законодавчу техніку була сформульована норма про відповідальність за дачу хабара. Частина 4 ст. 114 КК УСРР, а саме вона була присвячена цьому злочину, починалася з положення про звільнення від відповідальності особи, яка дала хабара. В ній зазначалося: "Особа, яка дала хабара, не карається лише у тому випадку, якщо своєчасно заявила про вимагання хабара або сприяла розкриттю справи про хабарництво. В іншому випадку воно карається — позбавленням волі на строк до трьох років". Розуміючи певну умовність порівняння покарання за цей (як власне і за інші) злочин, все ж зазначимо, що чинний КК визнає дачу хабара значно небезпечнішим діянням, ніж КК УСРР 1922 р. Згідно з санкціями ст. 170 чинного КК посередництво в хабарництві карається позбавленням волі на строк від трьох до восьми років, а за обтяжуючої обставини — позбавленням волі від семи до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої. Отже, чинне кримінальне законодавство фактично прирівнює за характером і ступенем суспільної небезпеки такі злочини, як одержання хабара і дачу хабара, в той час як КК УСРР 1922 р. вбачав між ними суттєву різницю.

Стаття 115 КК УСРР 1922 р. окремо встановлювала відповідальність за провокацію хабара, якою визнавалося "завідоме створення посадовою особою обстановки і умов, що викликають пропонування хабара, з метою наступного викриття хабародавця". Із змісту цієї норми випливає, що кримінально караним визнавалася лише провокація хабара, вчинена з метою викрити хабародавця. Провокація хабара з метою викрити хабарника (особу, яка одержала хабар) відповідно до положень цієї норми злочином не визнавалася. Таким чином, кримінальний закон не захищав хабарника від провокації, а отже, робив її цілком легальним методом діяльності відповідних репресивних органів щодо викриття хабарників. За характером суспільної небезпеки провокація хабара прирівнювалася до одержання хабара за обтяжуючих обставин, оскільки за її вчинення закон передбачав покарання у вигляді позбавлення волі з суворою ізоляцією не менше трьох років або вищої міри покарання. Таке ж покарання було встановлене і за одержання хабара за обтяжуючих обставин.

8 червня 1927 р. постановою ВУЦВК було затверджено **нову редакцію КК УСРР**, який набрав чинності з 1 липня 1927 р. У розділі III цього кодексу "Урядові (службові) злочини" положення щодо відповідальності за хабарництво були сформульовані дещо по-новому.

По-перше, цим питанням замість двох було присвячено три статті: ст. 105 передбачала відповідальність за одержання хабара, ст. 106 — за дачу хабара і посередництво у хабарництві, ст. 107 — за провокацію хабара.

По-друге, по-іншому було сформульовано склад одержання хабара та його кваліфікуючі ознаки. Суб'єктом цього злочину визнавалася "урядова особа". У диспозиції ч. 1 ст. 105 зазначалося, що хабар одержується "за виконання або невиконання в інтересах хабародавця будь-якої чинности, що її урядова особа могла або мусила була виконати

виключно внаслідок свого службового становища". До кваліфікуючих цей злочин ознак ч. 2 ст. 105 відносила: а) відповідальне становище урядової особи, що взяла хабара; б) наявність "колишнього засуду за взяття хабаря або неодноразового брання хабаря"; в) вжиття хабарником вимушування. Таким чином, новими кваліфікуючими ознаками цього злочину було визнано судимість за одержання хабара та неодноразове його одержання. Разом з тим з переліку таких ознак було виключено одержання хабара, пов'язане з порушенням посадовою особою обов'язків по службі.

По-третє, дача і одержання хабара юридично були прирівняні одне до одного. Відповідальність за їх вчинення була встановлена в ч. 1 ст. 106.

По-четверте, КК УСРР 1927 р. передбачав можливість звільнення від кримінальної відповідальності за певних умов не тільки хабародавця, а й посередника в хабарництві. Певним чином змінилися й умови такого звільнення. Зміст нової кримінально-правової норми, яка передбачала пільги щодо відповідальності за хабарництво, був встановлений у ч. 2 ст. 106 і зводився до такого: "Осіб, що підлягають під чинність цього артикулу (маються на увазі хабародавці і посередники в хабарництві. — *М. М.*), можна звільнювати від притягнення до відповідальності або застосовувати до них заходів соціяльної оборони у випадках: а) якщо доведено, що стосовно їх мало місце вимушування хабаря або б) якщо доброхітними і вчасними заявами вони допоможуть викрити справу про хабарництво".

По-п'яте, істотно в бік пом'якшення змінилося покарання за вчинення хабарництва. За одержання хабара, дачу хабара, посередництво у хабарництві та провокацію хабара закон передбачав однакове покарання — "позбавлення волі на реченець до двох років". І лише одержання хабара, вчинене за обтяжливих обставин, каралося позбавленням волі "з суворою ізоляцією на реченець не менший як два роки з конфіскацією майна або без неї, підвищуючи за особливо обтяжливих обставин аж до розстрілу з конфіскацією майна або без неї".

У такому вигляді норми про відповідальність за хабарництво зберігалися практично до моменту реформування кримінального законодавства України, що мало місце наприкінці 50-х років, і прийняття 28 грудня 1960 р. чинного КК. Єдиною зміною, внесеною до цих норм після 1927 року (якщо не вважати змінами заміну термінології), було виключення з кола покарань, що застосовувалися за одержання хабара за обтяжливих обставин, смертної кари.

Незмінною залишалася і оцінка владою хабарництва. правоохоронні органи постійно орієнтувалися на посилення боротьби з цим соціальним злом. Так, 26 березня 1928 р. ВЦВК і РНК СРСР у зв'язку із зростанням могутності пролетарської держави, політичної та культурної свідомості широких робітничо-селянських мас постановили визнати за необхідне застосовувати суворі засоби репресії виключно до класових ворогів і декласованих злочинців — професіоналів і рецидивістів, до яких, зокрема, належали і хабарники. У керівній постанові пленуму Верховного Суду СРСР від 24 червня 1949 р. "Про судову практику в справах про хабарництво" підкреслювалося, що хабарництво в період переходу від соціалізму до комунізму є особливо нетерпимим, і до осіб, винних у його вчиненні, повинні застосовуватися суворі заходи покарання.

Проте, як показав подальший розвиток нашого суспільства, ніякі ідеологічні догми не допомогли "зжити" хабарництво, яке успішно "перекочувало" з простого соціалізму до

розвинутого, з останнього — до "соціалізму з людським обличчям", від нього — до етапу перебудови і прискорення, а потім і до нової держави Україна, яку в Основному Законі визначено як суверенну, незалежну, демократичну, соціальну, правову.

Чергових змін законодавство про відповідальність за хабарництво зазнало у зв'язку з прийняттям **28 грудня 1960 р. нового КК УРСР**, який набрав чинності з 1 квітня 1961 р. Глава VII цього кодексу "Службові злочини" містила вже чотири статті про відповідальність за злочини, пов'язані з хабарництвом: ст. 168 передбачала відповідальність за одержання хабара, ст. 169 — за посередництво в хабарництві, ст. 170 — за дачу хабара, ст. 171 — за провокацію хабара.

Першою особливістю цих норм було те, що вони (за винятком норми про відповідальність за провокацію хабара) істотно посилили покарання за зазначені діяння. Так, якщо попередній закон за просте одержання хабара передбачав покарання у вигляді позбавлення волі на строк до двох років, а за кваліфіковане — у вигляді позбавлення волі на строк не менш як два роки з конфіскацією майна або без неї, то КК 1960 р. встановлював таке покарання: за просте одержання хабара (ч. 1 ст. 168) — позбавлення волі на строк до п'яти років, кваліфіковане одержання хабара (ч. 2 ст. 168) — позбавлення волі на строк від трьох до десяти років з конфіскацією майна або без конфіскації. Разом з тим за дачу хабара закон передбачав можливість призначення такого виду покарання, як громадська догана, що свідчило про фактичне віднесення законодавцем цього злочину до злочинів, які не становлять великої суспільної небезпеки.

Друга особливість полягала в тому, що відповідальність за посередництво в хабарництві і дачу хабара передбачалася окремими статтями, в яких визначалися деякі кваліфікуючі ці діяння ознаки.

Ще одна особливість зводилася до того, що на відміну від попереднього кримінального закону новий КК передбачав можливість звільнення від кримінальної відповідальність лише хабародавця. Для посередника в хабарництві така можливість була виключена. Крім того, новий КК встановлював імператив щодо звільнення від кримінальної відповідальності хабародавця, відносно якого мало місце вимагання хабара або якщо він після дачі хабара добровільно і своєчасно заявив про це. У ч. 3 ст. 170 КК зазначалося, що за таких обставин хабародавець "не підлягає кримінальній відповідальності", у той час як попередній закон вирішення питання про звільнення хабародавця від відповідальності передавав на розсуд слідчого, прокурора або суду, вказуючи, що таких осіб "можна звільняти від притягнення до відповідальності або застосування заходів соціального захисту".

Але в такій редакції кримінально-правові норми про відповідальність за хабарництво діяли недовго. Вже **10 вересня 1962 р.** Президія Верховної Ради УРСР прийняла **Указ "Про внесення змін і доповнень до кримінального та Кримінально-процесуального кодексів Української РСР"**, яким, зокрема, змінила редакції статей 168–170 КК. Як зазначалося в

преамбулі Указу, він приймався на виконання Указу Президії Верховної Ради Союзу РСР від 20 лютого 1962 р. “Про посилення кримінальної відповідальності за хабарництво”.

Що стосується останнього, то він приймався з метою посилення кримінальної відповідальності за хабарництво як особливо небезпечний злочин. “Хабарництво, — підкреслювалося в цьому Указі, — є одним із ганебних і огидних пережитків минулого, залишених капіталізмом у спадок нашому суспільству. Це спотворене явище чуже і цілком нетерпиме для радянського суспільства, яке вступило в період розгорнутого будівництва комунізму. В умовах нашого державного і громадського ладу є всі можливості для повного викоренення будь-яких форм хабарництва”. Ця цитата яскраво ілюструє хибність постулатів панівної на той час ідеологічної доктрини і абсолютну нереальність завдань, які висувалися перед кримінальним законодавством.

Зазначений Указ визначив відповідну редакцію норм про відповідальність за одержання хабара, посередництво в хабарництві та дачу хабара і запропонував законодавчим органам союзних республік внести до КК союзних республік зміни і доповнення відповідно до цього Указу. Зазначені норми були відтворені в Указі від 10 вересня 1962 р.

Сутність запропонованих союзним і відтворених республіканським указами положень зводилася в основному до посилення санкцій, які передбачалися в нормах про відповідальність за хабарництво. Так, за просте одержання хабара (ч. 1 ст. 168 КК) замість покарання у вигляді позбавлення волі на строк до п’яти років було передбачено покарання у вигляді позбавлення волі від трьох до десяти років з конфіскацією майна. За кваліфіковані види цього злочину (ч. 2 ст. 168 КК), які до цього каралися позбавленням волі від трьох до десяти років з конфіскацією майна або без конфіскації, згідно з Указом від 10 вересня 1962

р. наставала відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від восьми до п’ятнадцяти років з конфіскацією майна і з засланням після відбуття позбавлення волі на строк від двох до п’яти років чи без заслання, а за особливо обтяжуючих обставин — смертною карою з конфіскацією майна. Судячи з усього, запровадження якраз останнього покарання (смертної кари) і було тією основною метою, заради якої видавалися і союзний, і республіканський укази.

Істотно було посилено покарання також за посередництво в хабарництві і за дачу хабара. Якщо чинний на той час КК встановлював максимальне покарання за посередництво в хабарництві у вигляді позбавлення волі на строк до семи років, то відповідно до Указу від 10 вересня 1962 р. вчинення цього злочину за наявності кваліфікуючих ознак каралося позбавленням волі на строк від семи до п’ятнадцяти років з конфіскацією майна і з засланням після відбуття позбавлення волі на строк від двох до п’яти років чи без заслання. Парадоксально, але факт: покарання за посередництво в хабарництві було більш суворим, ніж за дачу хабара. За вчинення останнього встановлювалися такі ж види та розміри покарання, як і за посередництво в хабарництві, але передбачалася альтернатива застосуванню конфіскації майна. Парадокс описаної ситуації полягає в тому, що посередник, який діє в інтересах хабародавця, не може визнаватися більш суспільно небезпечною фігурою, ніж сам хабародавець. Посередник не є самостійною фігурою в процесі дачі-одержання хабара, він виконує волю хабарника чи хабародавця. І встановлювати для нього більш сувору відповідальність, ніж для хабародавця, а тим більше для хабарника (санкція ч. 1 ст. 168 КК Указом була визначена менш суворою, ніж санкція ч. 2 ст. 169 КК), є абсурдним з погляду права.

Слід відзначити, що певних змін зазнали також самі диспозиції статей 168–170 КК. Частину 2 ст. 168 КК було доповнено такими кваліфікуючими одержання хабара ознаками, як вчинення цього діяння особою, яка раніше була засуджена за хабарництво чи одержувала хабарі неодноразово. До кваліфікуючих видів посередництва в хабарництві було віднесено вчинення його з використанням службового становища, а таку кваліфікуючу ознаку цього злочину, як неодноразовість, було замінено на повторність (ч. 2 ст. 169 КК). У черговий раз певних змін, в основному редакційного характеру, зазнала норма, яка встановлювала підстави звільнення хабародавця (ч. 3 ст. 170 КК). Так, слова "не підлягає кримінальній відповідальності" були замінені словами "звільняється від кримінальної відповідальності", а слова "про це" — словами "про те, що сталось".

Найбільш стабільною виявилася норма про відповідальність за провокацію хабара (ст. 171 КК). І союзний, і республіканський законодавець зовсім обійшли увагою цю статтю.

Чергові зміни, які відбулися в законодавчому описі хабарництва, торкнулися лише такого його виду, як одержання хабара. **Указом Президії Верховної Ради УРСР від 27 червня 1986 р.** ст. 168 КК було викладено в новій редакції: вона складалася з трьох частин і передбачала низку нових кваліфікуючих цей злочин ознак. До них належали одержання хабара за попереднім зговором групою осіб, одержання хабара у великому розмірі (ч. 2 ст. 168 КК), одержання хабара в особливо великому розмірі (ч. 3 ст. 168 КК). Крім того, такі кваліфікуючі ознаки, як одержання хабара службовою особою, яка займає відповідальне становище або раніше була засуджена за хабарництво, "перекочували" з ч. 2 до ч. 3 ст. 168 КК. Що стосується покарання за цей злочин, то воно в принципі залишилось таким, як було: збереглася смертна кара, санкції частин 1 та 2 фактично не змінилися (виняток становив мінімальний розмір позбавлення волі у ч. 1). Санкція ч. 2 ст. 168 передбачала можливість

застосування до хабарника позбавлення волі на строк від п’яти до п’ятнадцяти років з конфіскацією майна.

6 березня 1992 р. Верховна Рада прийняла **Закон України “Про скасування кримінальних покарань у вигляді заслання і вислання”**. У зв’язку з цим із санкцій ч. 3 ст. 168, ч. 2 ст. 169 і ч. 2 ст. 170 КК було виключено такий вид покарання, як заслання.

Законом України від 17 червня 1992 р. із санкції ч. 3 ст. 168 КК було виключено слова “а при обтяжуючих обставинах — смертною карою з конфіскацією майна”. Це означало, що з моменту набрання чинності цим законом виняткова міра покарання перестала застосовуватися за вчинення такого злочину, як одержання хабара. Дехто з політиків скасування смертної кари за одержання хабара вважав перемогою мафії, яка, мовляв, досягла чого хотіла, і тепер може спокійно грабувати країну (смертну кару було також виключено із санкції ст. 86^1 КК, яка передбачає відповідальність за розкрадання державного або колективного майна в особливо великих розмірах) і збагачуватися за рахунок хабарів. Не виключаючи зацікавленості певних осіб у вказаному рішенні саме з такої позиції, все ж висловимо переконання в тому, що з правової точки зору виключення смертної кари із санкції ст. 168 КК було абсолютно виправданим кроком. По-перше, одержання хабара за своїм характером не є тим злочином, за який має передбачатися смертна кара. По-друге, мафія могла спокійно робити свою справу і за наявності такого покарання в законі, адже правова дійсність в Україні була і залишається такою, що “сильні світу цього” (високопоставлені посадові особи, впливові політики та бізнесмени) не тільки мають можливість уникнути суворого покарання за вчинений злочин, у тому числі посадовий, а й добитися того, щоб питання про порушення кримінальної справи за їх злочинні дії правоохоронними органами взагалі не розглядалося.

Буквально через кілька тижнів — **7 липня 1992 р.** — парламент України вирішив дати законодавче визначення таких кваліфікуючих ознак одержання хабара, як великий і особливо великий розміри. У зв'язку з цим ст. 168 КК було доповнено приміткою такого змісту: "Великим розміром хабара, передбаченим цією статтею, вважається такий, що в п'ятдесят і більше разів перевищує мінімальний розмір заробітної плати, а особливо великим розміром — що в сто п'ятдесят і більше разів перевищує встановлений законодавством України мінімальний розмір заробітної плати".

Наступним законодавчим актом, яким було змінено кримінально-правові норми про відповідальність за хабарництво, став прийнятий **11 липня 1995 р. Закон України "Про внесення змін і доповнень до чинного законодавства України щодо відповідальності посадових осіб"**, який набрав чинності з 1 вересня 1995 р. Основні новели цього закону щодо відповідальності за хабарництво слід розділити на ті, які в першу чергу переслідували політичні цілі, і ті, які дійсно були спрямовані на підвищення ефективності кримінально-правової боротьби з хабарництвом.

До перших, безумовно, належало посилення санкцій кримінально-правових норм про посадові злочини, у тому числі статей 168–171 КК. У черговий раз основний акцент у боротьбі з хабарництвом було зроблено на суворості покарання, що в принципі не можна визнати правильним. Але політикам необхідно було продемонструвати "реальне" посилення боротьби з хабарництвом, під яким вони розуміли головним чином посилення санкцій. Так, за вчинення простого одержання хабара (ч. 1 ст. 168 КК) новий закон передбачив покарання у вигляді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, за вчинення цього діяння за наявності кваліфікуючих ознак (ч. 2 ст. 168 КК) — від восьми до п'ятнадцяти років, а за наявності особливо кваліфікуючих ознак (ч. 3 ст. 168 КК) — від десяти до п'ятнадцяти

років. При цьому санкції всіх трьох частин ст. 168 КК передбачали безальтернативне застосування конфіскації майна і позбавлення права займати певні посади чи займатися певною діяльністю. Надзвичайно суворими стали і санкції ст. 170 КК: за дачу хабара закон передбачив покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до восьми років, а при повторному вчиненні цього злочину (ч. 2) — позбавлення волі на строк від семи до п’ятнадцяти років з конфіскацією майна або без конфіскації. Мало чим відрізнялися від санкцій ст. 170 КК і санкції ст. 169 КК, яка передбачає відповідальність за посередництво у хабарництві. Після набрання чинності вказаним законом суди одержали можливість призначати за вчинення цього злочину покарання у вигляді позбавлення волі на строк від двох до восьми років (ч. 1), а за наявності обтяжуючих обставин (ч. 2) — від семи до п’ятнадцяти років з конфіскацією майна. Що стосується провокації хабара, то вона була єдиним з цієї категорії злочинів діянням, за яке покарання не було посилено. Воно залишилося, як і в попередній редакції глави “Посадові злочини”, у вигляді позбавлення волі на строк до двох років.

До другої групи новел слід віднести нові положення диспозицій кримінально-правових норм про відповідальність за хабарництво. У всіх статтях, які встановлюють відповідальність за хабарництво, як власне і за всі злочини, передбачені главою VII Особливої частини КК, термін “службова особа” було замінено на термін “посадова особа”.

Що стосується конкретних видів хабарництва, то найбільших змін зазнав законодавчий опис такого злочину, як одержання хабара (ст. 168 КК). Із диспозиції ч. 1 ст. 168 КК було виключено вказівку на те, що хабар одержується особисто або через посередників; у диспозиції ч. 2 цієї статті таку кваліфікуючу ознаку, як неодноразовість, було замінено на повторність одержання хабара; з ч. 3 ст. 168 КК було виключено таку

кваліфікуючу ознаку, як одержання хабара особою, яка раніше була засуджена за хабарництво. Останню частину цієї статті було доповнено новою кваліфікуючою ознакою — одержання хабара посадовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, а відповідальність за вчинення цього злочину посадовою особою, яка займає відповідальне становище, було передбачено ч. 2 ст. 168 КК. При цьому в ст. 164 КК було визначено зміст таких понять, як посадові особи, що займають відповідальне та особливо відповідальне становище, великий і особливо великий розміри хабара, повторність одержання хабара, посередництва в хабарництві і дачі хабара, вимагання хабара.

Склад посередництва в хабарництві (ст. 169 КК) по суті зазнав змін в одному — таку кваліфікуючу ознаку цього злочину, як неодноразовість, було замінено на повторність.

Певні зміни торкнулися і законодавчого опису диспозицій ст. 170 КК, яка передбачає відповідальність за дачу хабара. По-перше, з ч. 2 цієї статті було вилучено вказівку на таку обтяжуючу обставину, як вчинення цього діяння особою, яка раніше була засуджена за хабарництво. По-друге, замість неодноразовості дачі хабара у ч. 2 ст. 169 КК було передбачено відповідальність за повторне вчинення цього злочину. По-третє, принципово по-новому було сформульовано деякі умови звільнення хабародавця від кримінальної відповідальності, а саме — момент його добровільної заяви про дачу хабара. Якщо попередня редакція ч. 3 ст. 170 КК чітко не обумовлювала момент, коли хабародавець для того, щоб бути звільненим від відповідальності, повинен заявити про те, що сталося, то новий закон такий момент визначив — добровільну заяву про вчинене ним хабародавець повинен зробити до порушення кримінальної справи щодо нього. Крім того, ч. 3 ст. 170 КК містила спеціальну вказівку на те, що підстави та умови звільнення від кримінальної

відповідальності за дачу хабара поширюються і на випадки дачі хабара валютними цінностями.

З позицій сьогодення можна констатувати, що у Законі від 11 липня 1995 р. знайшли своє відображення як деякі істотні позитивні знахідки законодавчого характеру, так і низка недостатньо обґрунтованих положень, які, безумовно, мають бути враховані при вдосконаленні кримінального законодавства.

Подальша робота над вдосконаленням законодавства про відповідальність за хабарництво здійснювалася в рамках підготовки двох **проектів нового КК**, один із яких (внесений Кабінетом Міністрів України) було прийнято Верховною Радою України 10 вересня 1998 р. у першому читанні.

У цьому проекті нового КК відповідальності за хабарництво присвячені статті 340–342 (певною мірою також і ст. 335), поміщені у розділі XVII Особливої частини проекту "Злочини у сфері службової діяльності". Аналіз цих норм свідчить про те, що проектом пропонується зберегти ті основні положення відповідальності за хабарництво, які містяться у чинному КК. Проект не передбачає якихось істотних змін у цій сфері. Виняток становить хіба що пропозиція не передбачати в кримінальному законодавстві спеціальну норму про відповідальність за посередництво у хабарництві. Решту норм про відповідальність за хабарництво пропонується зберегти без особливих змістовних змін порівняно з чинним КК. Серед найбільш істотних змін, які пропонуються цим проектом щодо відповідальності за хабарництво, слід відзначити такі.

По-перше, це стосується вживання відповідних термінів. Проектом пропонується повернутися до вживаного до 1995 р. терміна "службова особа" і замінити ним існуючий

термін “посадова особа”. Крім того, замість вживаного у чинному КК терміна “вимагательство хабара” проектом цілком обґрунтовано з огляду на український правопис пропонується цю кваліфікуючу ознаку виписати як “вимагання хабара” (ст. 340). Такий злочин, як дача хабара, в проекті іменується “даванням хабара” (ст. 341).

По-друге, в проекті по-новому, а точніше, по-старому (оскільки використано підхід, який існував до 1995 р.) пропонується передбачити момент добровільної заяви хабародавця як умови звільнення його від кримінальної відповідальності. Відповідно до ч. 3 ст. 341 проекту таку заяву необхідно зробити після давання хабара. Таким чином, знову невизначеним залишається надзвичайно важливий для застосовування цього положення момент: коли саме хабародавець повинен звернутися із заявою про дачу ним хабара, щоб таке звернення давало підстави слідчому, прокурору або суду звільнити його від кримінальної відповідальності за це діяння.

По-третє, пропонуються зміни у покаранні за хабарництво, а саме — певне пом’якшення санкцій норм, які встановлюють відповідальність за одержання і давання хабара, й істотне посилення — за провокацію хабара (ст. 342).

Навіть такий короткий історичний екскурс розвитку законодавства України про відповідальність за хабарництво дозволяє зробити декілька важливих, на наш погляд, висновків.

1. Кримінальне законодавство про відповідальність за хабарництво в розглядуваний порівняно невеликий історичний відрізок часу характеризувалося суттєвою нестабільністю. Часті зміни диспозицій, а особливо санкцій відповідних кримінально-правових норм у багатьох випадках носили необґрунтований характер і були обумовлені в основному політичними причинами. В окремі періоди свого розвитку це законодавство штучно політизувалося і йому відводилася не властива для нього роль правового засобу досягнення

певної політичної мети. Це, безумовно, не могло сприяти ні вдосконаленню самого законодавства, ні належному виконанню ним властивих йому функцій.

2. Аналіз розвитку вказаного законодавства свідчить про те, що наша держава протягом усього цього періоду в боротьбі з хабарництвом робила акцент на репресивних засобах, гіпертрофуючи їх і безпідставно принижуючи значення профілактичних заходів. Така стратегія в боротьбі з цим явищем виявилася хибною і безперспективною. Потрібен інший підхід: у боротьбі з хабарництвом пріоритет має надаватися профілактичним заходам загальносоціального і спеціального кримінологічного спрямування.

3. Аналіз санкцій кримінально-правових норм про відповідальність за хабарництво дає підстави стверджувати, що покарання за такі діяння визначалося без належного наукового обґрунтування, а в деяких випадках це взагалі робилося волюнтаристським шляхом, з огляду на політичну доцільність. Розглядуваний період характеризується істотним коливанням видів та розмірів мір покарання за хабарництво, логіку яких з кримінально-правових позицій зрозуміти досить складно.

Санкції чинних кримінально-правових норм про відповідальність за хабарництво в більшості своїй характеризуються необгрунтованою суворістю. Суди змушені компенсувати неадекватність, яка існує на сьогодні між суспільною небезпекою хабарництва і покаранням за нього, застосуванням ст. 44 КК (призначенням більш м'якого покарання, ніж передбачено законом), що має місце в кожній другій-третій справі цієї категорії.

В новому КК цей недолік у законодавчому регулюванні відповідальності за хабарництво необхідно усунути. Хоча слід мати на увазі, що зробити це буде непросто, оскільки сучасній кримінально-правовій науці бракує ґрунтовних розробок щодо визначення мір покарання, адекватних суспільній небезпеці тих чи інших діянь (у тому числі злочинів, пов’язаних з хабарництвом) і оптимальних для досягнення мети покарання. Але щонайменше, що можна і необхідно зробити — це знизити верхню і нижню межу покарання за всі злочини, пов’язані з хабарництвом (виняток становить хіба що провокація хабара — у тому разі, якщо відповідальність за це діяння залишиться), істотно пом’якшити покарання за дачу хабара і посередництво в хабарництві (якщо відповідальність за останнє буде передбачена в новому КК).

Крім того, історичний досвід законотворення у сфері протидії хабарництву ще раз підтверджує аксіому, сутність якої зводиться до того, що будь-які зміни в кримінальному законі потребують виваженого, науково обґрунтованого підходу. Ігнорування цього положення може призвести до того, що кримінальний закон застосовуватиметься без достатніх для цього підстав, виконуватиме не властиві йому функції. А це — шлях до правового свавілля.

Надійшла до редколегії 10.11.99

О. Дудоров, доцент Запорізького держуніверситету

Злочини, пов'язані з банкрутством:

проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства

У чинному КК України проблема банкрутства репрезентована трьома статями — ст. 156^2 ("Приховування банкрутства"), с. 156^3 ("Фіктивне банкрутство") та ст. 156^4 ("Доведення до банкрутства"). У проекті КК, розробленому Робочою групою Кабінету Міністрів України (далі — проект нового КК), крім аналогів ст. ст. 156^2 і 156^3 КК, пропонується включити норму про відповідальність за неправомірні дії у разі банкрутства (ст. 200 проекту). В проекті КК, підготовленому авторським колективом на чолі з В. Смітієнком (далі — альтернативний проект КК), система норм про відповідальність за злочини, пов'язані з банкрутством, виглядає таким чином: ст. 288 — "Неправомірні дії при банкрутстві", ст. 289 — "Навмисне банкрутство", ст. 290 — "Утаювання банкрутства", ст. 291 — "Лжебанкрутство". Суспільна небезпека злочинів, які охоплюються поняттям банкрутства, полягає в порушенні встановленого законодавством порядку заняття підприємницькою діяльністю, заподіянні майнової шкоди кредиторам, державі, іншим особам (наприклад, працівникам підприємств-банкрутів). Посягаючи на інтереси кредиторів, інвесторів, працівників суб'єктів підприємництва, такі злочини підривають довіру в господарських стосунках, позбавляють економіку важливого фінансового джерела — кредитів та інвестицій. За умов ринкової економіки підприємницька діяльність поєднується з ризиком заподіяння шкоди не тільки самому підприємцю, а й його контрагентам. Для того щоб мінімізувати можливі втрати осіб, які передали іншим учасникам ринкового господарства належні їм матеріальні блага, український законодавець вводить інститут кримінально караного банкрутства.

Норми чинного КК про відповідальність за злочини, пов'язані з банкрутством, як і відповідні приписи двох проектів КК України, поширюють свою дію лише на підприємницьку сферу. Дореволюційне кримінальне законодавство про караність "банкрутних" злочинів захищало більш широку сферу, а саме кредитні відносини як необхідну складову частину і передумову нормального економічного розвитку суспільства. Вважалося, що сутність кримінально караного банкрутства "полягає не у порушенні комерсантами своїх професійних обов'язків, а в посяганні на майнові інтереси кредиторів незалежно від роду занять винуватих осіб..."[1].

[1] *Белогриц-Котляревский Л. С.* Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части. К., 1903. С. 453.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 156^2 КК, виражається у приховуванні засновником, власником чи посадовою особою суб'єкта підприємницької діяльності стійкої фінансової неспроможності такого господарюючого суб'єкта. Сутність приховування банкрутства полягає у тому, що вказана у тексті КК особа шляхом подання недостовірних відомостей вводить в оману кредитора, внаслідок чого останній вчиняє певні дії (наприклад, надає кредит або відстрочку сплати боргу) чи утримується від вчинення дій (наприклад, від подання заявив до арбітражного суду), сподіваючись на те, що боржник виконає зобов'язання. Однак боржник виявляється фінансово неспроможним, і кредитору заподіюється велика матеріальна шкода.

При аналізі цього складу злочину фахівцями неоднозначно вирішується питання стосовно адресата неправдивих відомостей про нібито наявну фінансову спроможність суб'єкта підприємництва. Автори "Науково-практичного коментарю Кримінального кодексу України" вважають, що в плані відповідальності за ст. 156^2 КК недостовірні дані повинні бути подані саме кредиторові або уповноваженому ним органу[1]. Подання відповідної інформації іншим особам, наприклад, засобам масової інформації або органам державної влади, на їх думку, складу цього злочину не утворює. Така позиція означає необхідність існування на момент подання неправдивих даних юридичної фігури кредитора, наявності певних зобов'язальних відносин між суб'єктом підприємницької діяльності (несумлінним боржником) і фізичною чи юридичною особою (кредитором). Коментуючи цей підхід, І. Пушко розмірковує: "...якщо такі дані надаються, наприклад, на стадії укладення договору, а потім зобов'язання, які з нього випливають, не виконуються, і контрагенту (який вже має статус кредитора) заподіюється матеріальна шкода, кримінальна відповідальність не настає"[2]. Називаючи таке тлумачення тексту КК обмежувальним, автор слушно вказує на необхідність більш чіткого визначення на законодавчому рівні ознак цього складу господарського злочину.

[1] Див.: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. К., 1997. С. 569.

[2] *Пушко И.* Ответственность за сокрытие банкротства в уголовном праве Украины // Бизнес. 1997. 28 янв. № 3.

Банкрутство — це юридичний факт, який встановлюється в особливій процесуальній формі і оформлюється за допомогою документа — постанови арбітражного суду. Оскільки майнова шкода кредиторам може бути заподіяна приховування факту фінансової неспроможності підприємства-боржника незалежно від того, встановлено цей факт у порядку арбітражного судочинства чи ні, думається, більш точно називати відповідну статтю КК не "Приховування банкрутства", а "Приховування неплатоспроможності". Тим важче уявити, яким чином можна приховати від кредитора неплатоспроможність суб'єкта підприємницької діяльності після винесення арбітражним судом постанови про визнання

боржника банкрутом. На практиці шкода кредиторам, як правило, заподіюється приховуванням неплатоспроможності як фактичного стану суб'єкта підприємництва, не зафіксованого поки що у належній процесуальній формі, стану, який ще не перетворився у предмет арбітражного розгляду. Подання недостовірних даних про стійку фінансову неспроможність підприємства-боржника, що завдає матеріальної шкоди кредиторам, може мати місце взагалі не в межах провадження справи про банкрутство, а, наприклад, під час ліквідації підприємства за іншими підставами, передбаченими законодавством.

Формулювання ст. 156^2 чинного КК про "умисне приховування громадянином — засновником чи власником суб'єкта підприємницької діяльності, а також посадовою особою суб'єкта підприємницької діяльності **своєї** (виділено мною. — **О. Д.**) стійкої фінансової неспроможності" є невдалим, оскільки незрозуміло, як, скажімо, особиста неплатоспроможність найманого працівника управлінської сфери підприємства може заподіяти шкоду кредиторам цього підприємства. Суб'єктом банкрутства визнається передусім юридична особа — суб'єкт підприємницької діяльності, а тому в диспозиції кримінально-правової норми повинно чітко йтися про приховування стійкої фінансової неспроможності саме юридичної особи, а н будь-яких фізичних осіб, навіть тих з них, які своїм майном відповідають за зобов'язаннями створених ними господарських товариств. У ст. 199 проекту нового КК вади чинного закону, пов'язані з нечіткістю відображення взаємодії ознак суб'єкта та об'єктивної сторони аналізованого злочину, не усувається. Якщо дослівно тлумачити ст. 156^2 КК і ст. 199 проекту нового КК, то необхідно дійти висновку про те, що їхніми диспозиціями можуть бути охоплені суспільно небезпечні дії засновників і власників юридичних осіб лише деяких організаційно-правових форм, до речі, не досить поширених у сучасній господарській практиці України (повних і командитних товариств, товариств з додатковою відповідальністю).

Об'єктивна сторона складу злочину "фіктивне банкрутство" (ст. 156^3 КК) полягає в активній поведінці винної особи, яка робить завідомо неправдиву заяву про фінансову неспроможність суб'єкта підприємницької діяльності виконати вимоги кредиторів і зобов'язання перед бюджетом. Інформація, яка міститься у заяві спеціального суб'єкта — засновника чи власника або посадової особи суб'єкта підприємницької діяльності, не відповідає дійсності. Справжня платоспроможність юридичної особи відома, очевидна

для винної особи, але вона навмисно вводить в оману кредитора або державу, прагнучи досягти конкретної мети.

Оскільки склад злочину, передбачений ч. 1 ст. 156^3 КК, за конструкцією об'єктивної сторони є формальним, для констатації його наявності необхідно обмежитися встановленням того, що на момент неправдивої заяви про фінансову неспроможність суб'єкта підприємництва у останнього насправді були кошти, достатні для задоволення майнової вимоги конкретного кредитора. Наприклад, відповідаючи на претензію, в якій міститься вимога сплатити за поставлений йому товар, боржник повідомляє, що не може задовольнити претензію у зв'язку з відсутністю коштів. Стаття 8 АПК передбачає право кредитора на безакцептне списання грошових коштів боржника у разі визнання ним претензії, а в ст. 6 Закону України від 30 червня 1999 р. "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом"[1] (далі — Закон від 30 червня 1999 р.) йдеться про право кредитора звернутися із заявою порушити справу про банкрутство, якщо боржник неспроможний протягом трьох місяців задовольнити визнані ним претензійні вимоги на суму не менше 300 мінімальних розмірів заробітної плати. Уявимо, що під час розгляду справи в арбітражному суді з'ясовується, що на момент направлення відповіді кредиторові у підприємства-боржника була фактична можливість сплатити за поставлений товар. У діях керівника підприємства-боржника, який підписав завідомо неправдиву відповідь на претензію, думається, вбачаються ознаки фіктивного банкрутства. Завідомо неправдива заява про неплатоспроможність, зроблена належним суб'єктом поза межами передбаченої законодавством процедури банкрутства, ст. 156^3 КК, очевидно, не охоплюється; за наявності підстав зазначені дії можуть розцінюватись як шахрайство або як заподіяння майнової шкоди шляхом обману за відсутності ознак розкрадання. В цьому полягає певна невідповідність між назвою кримінально-правової норми ("Фіктивне банкрутство") та змістом її диспозиції, яка передбачає караність неправдивої заяви про фінансову неспроможність виконання поданих кредиторами або фіскальними органами вимог незалежно від того, пов'язані чи ні ці вимоги з подальшим застосуванням щодо підприємства-боржника процедури банкрутства.

[1] Див.: Офіційний вісник України. 1999. № 33. Ст. 1699.

Спірним у літературі є питання про коло адресатів завідомо неправдивої заяви щодо фінансового становища боржника. Перша точка зору полягає в тому, що для наявності складу злочину "фіктивне банкрутство" необхідно, щоб неправдиві відомості були доведені до відома саме кредиторів, а не інших осіб. При цьому стверджується, що заява може бути зроблена у будь-якій формі: усно, письмово, через засоби масової інформації тощо[1]. Прибічники іншої точки зору виходять з того. що у ч. 1 ст. 1563 КК не міститься жодних застережень і обмежень щодо отримувачів неправдивих відомостей про фінансове становище боржника. Тому вони вбачають ознаки злочину, передбаченого ч. 1 ст. 156^3 КК, наприклад, у разі: подання завідомо неправдивої інформації аудитору, який перевіряє достовірність і повноту бухгалтерського балансу та іншої інформації про фінансове і майнове становище боржника (ч. 3 ст. 5 Закону України від 14 травня 1992 р. "Про банкрутство", ч. 10 ст. 9 Закону від 30 червня 1999 р.); повідомлення відповідних завідомо недостовірних даних під час розгляду справи про банкрутство в арбітражному суді (ст. 178 КК, яка встановлює відповідальність за завідомо неправдиве показання, поширює свою дію на учасників лише кримінального та цивільного процесів); здійснення завідомо неправдивої заяви про фінансову неспроможність підприємства у загальній формі необмеженому колу осіб, скажімо, шляхом повідомлення про самоліквідацію юридичної соли в засобах масової інформації[2]. Якщо сприйняти другий підхід, то слід дійти висновку про те, що завідомо неправдива заява про фінансову неспроможність суб'єкта підприємництва в плані притягнення до відповідальності за ст. 156^3 КК полягає передусім у зверненні боржника до арбітражного суду без належних до цього підстав із заявою порушити щодо нього справу про банкрутство в порядку, передбаченому ст. 6 Закону від 30 червня 1999 р.

[1] Див.: Кримінальне право. Особлива частина / Ю. В. Алєксандров, В. І. Антпов, М. В. Володько та ін. К., 1998. С. 332; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. С. 571.

[2] Див.: *Пушко И.* Ответственность за фиктивное банкротство в уголовном праве Украины // Бизнес. 1997. 4 марта. № 8; *Перепелица А. И.* Уголовная ответственность за хозяйственные преступления в предпринимательской сфере. Х., 1997. С. 36; *Плешаков А.*

М. Преступные способы уклонения от погашения долга, мониторинг кредита и уголовная ответственность // Адвокат. 1997. № 4. С. 46.

Підстава для суперечливого тлумачення кримінального закону в проектах КК України не усувається. Диспозиції норм проектів КК про відповідальність за фактичне банкрутство та лжебанкрутство містить традиційні формулювання, які не дають чіткої відповіді на питання про те, кому конкретно (чи лише кредитору?) має бути зроблена завідомо неправдива заява про фінансове становище боржника.

На підставі Закону від 30 червня 1999 р. КК доповнено ст. 156^4, згідно з якою карається доведення до банкрутства, тобто умисне, з корисливих мотивів, іншої особистої заінтересованості або в інтересах третіх осіб вчинення власником або посадовою особою суб'єкта підприємницької діяльності дій, що призведе до стійкої фінансової неспроможності суб'єкта підприємництва, якщо це завдало істотної шкоди державним чи громадським інтересам або охоронюваним законом правам та інтересам кредиторів.

Умисні дії, які створюють або збільшують неплатоспроможність підприємства, — це фактично обман кредиторів, за рахунок коштів яких відбувається ліквідація несумлінного підприємства-боржника. Отримання винною особою майнової вигоди у цьому разі пов'язане з тим, що такі судові процедури банкрутства, як санація боржника та мирова угода, передбачають застосування за погодженням сторін відстрочки або розстрочки платежів, прощення кредиторами всіх боргів або їх частини, зобов'язання інвестора погасити борг або його частину (ст. ст. 1, 38 Закону від 30 червня 1999 р.). Доведення до банкрутства — це й обман держави, яка не отримує належних сум податків та інших обов'язкових платежів. Відомо, що в сучасній економічній практиці неплатежі підприємств — це нерідко лише форма оптимізації фінансових потоків шляхом використання інших господарюючих суб'єктів та один із способів ухилення від оподаткування. Актуальність звернення до проблематики умисного банкрутства саме під кутом невиконання суб'єктом підприємництва своїх податкових зобов'язань зумовлена, зокрема, тим, що у Законі від 30 червня 1999 р. містяться положення про списання податкової заборгованості та розстрочки її погашення. Згідно з ч. 2 ст. 36 цього Закону

органи державної податкової служби та інші державні органи, які здійснюють контроль за правильністю та своєчасністю справляння податків і зборів, при укладанні мирової угоди зобов'язані погодитися на прощення (списання) всієї заборгованості по сплаті обов'язкових платежів, яка виникла у строк, що передував двом повним календарним рокам до дня подання до арбітражного суду заяви про порушення справи про банкрутство та на прощення частини такої податкової заборгованості чи її розстрочку (відстрочку) до 6 років.

Діями, які створюють або збільшують фінансову неспроможність підприємства, викликають його фактичну і заплановану самоліквідацію, в контексті притягнення до відповідальності за ст. 156^4 КК слід визнавати, зокрема: укладання явно невигідних, збиткових угод (реалізація продукції підприємства за умисно заниженими цінами або придбання сировини і матеріалів за спеціально завищеними цінами); отримання великих партій товарів, за які підприємство завідомо не здатне розрахуватись; переведення на себе зобов'язань, які не можуть бути виконані, у тому числі боргів інших підприємств; витрачання грошових коштів підприємства на потреби, які безпосередньо не пов'язані з його діяльністю; переведення грошових коштів підприємств на рахунки інших господарюючих суб'єктів; завідомо некомпетентне ведення справ. Чинне законодавство, яке регулює здійснення підприємницької діяльності — самостійної діяльності на власний страх і ризик, не забороняє учасникам ринкового господарства вчиняти названі та інші подібні їм економічно недоцільні дії. Криміналізуючи їх і тим самим обмежуючи свободу підприємництва, український законодавець прагне захистити від несумлінних боржників охоронювані законом державні та громадські інтереси, права та інтереси кредиторів. Оскільки об'єктивна сторона злочину, що розглядається, полягає лише у діях, диспозицією ст. 156^4 КК не охоплюються відмова від укладання вигідних договорів, нездійснення передбачених законом заходів, спрямованих на стягнення дебіторської заборгованості, та інші варіанти бездіяльності, здатні істотно погіршити фінансове становище комерційної юридичної особи.

Як суб'єкт злочинів, пов'язаних з банкрутством, в альтернативному проекті КК України фігурує керівник комерційної організації та індивідуальний підприємець (ст. ст. 288–291). Особами, відповідальними за кримінально карані прояви банкрутства, а саме за

фіктивне і умисне банкрутство, неправомірні дії при банкрутстві, згідно із ст. ст. 195–197 КК РФ є не тільки керівники або власники комерційних організацій, а й індивідуальні підприємці. Такий суб'єктний склад зазначених злочинів пояснюється тим, що ЦК РФ поширив процедуру банкрутства на індивідуальних підприємців.

Відповідно до Закону "Про банкрутство" ця процедура могла застосовуватися лише щодо юридичних осіб — суб'єктів підприємницької діяльності. До внесення змін регулююче законодавство вказівка на індивідуальних підприємців, а також на посадових осіб неприбуткових організацій як на суб'єктів злочинів, пов'язаних з банкрутством, однозначно повинна була розцінюватись як передчасна. В літературі питання про те, чи потрібно поширювати на індивідуалів-підприємців таку громіздку, складну та дорогу процедуру, як банкрутство, про те, чи не достатньо обмежитися щодо таких осіб звичайним судовим розглядом справи про невиконання цивільно-правових зобов'язань, належить до спірних. Закон від 30 червня 1999 р., даючи стверджувальну відповідь на це питання, містить спеціальні положення про банкрутство громадянина — суб'єкта підприємницької діяльності (ст. ст. 47–49). Виходячи з того, що умисно приховати сою стійку фінансову неспроможність або, навпаки, зробити завідомо неправдиву заяву про фінансову неспроможність виконання вимог кредиторів можуть і ті особи, які займаються підприємництвом індивідуально, без створення юридичної особи, вважаємо за доцільне доповнити ст. ст. 198–199 проекту нового КК окремою вказівкою на вчинення відповідних дій громадянином — суб'єктом підприємницької діяльності.

Пропозиція криміналізувати неправомірні дії у разі банкрутства, яка міститься у двох проектах КК, ґрунтується на запозиченні власного історичного та зарубіжного законодавчого досвіду, зокрема, країн романо-германської правової системи (§ 156 КК Австрії, ст. 163 КК Швейцарії, § 283 КК ФРН, ст. 259 КК Іспанії, Закон Франції від 25 січня 1985 р. № 85–98).

У ст. 200 проекту нового КК йдеться про дії, які можуть вчинюватися відносно майна боржника, інформації про таке майно, бухгалтерських та інших звітних документів. Пропозиція запровадити кримінальну відповідність за неправомірні дії у разі банкрутства є слушною з огляду не тільки на зарубіжний досвід, а й на красномовну

вітчизняну статистику. В Україні кошти, отримані внаслідок ліквідації підприємств, зазвичай не перевищують 1,5 % від вимог кредиторів (у міжнародній практиці підприємництва нормальним вважається показник у 30 %). Не має належного зиску і держава. За даними Державної податкової адміністрації у першому півріччі 1998 р. до бюджету від продажу майна підприємств-боржників надійшло лише 0,6 % від суми, що підлягала поверненню — із 183,6 млн грн. вдалося зібрати лише 1 млн грн.[1]. Відсутність у боржника на початковий момент застосування процедур банкрутства ліквідного майна перешкоджає реальному задоволенню вимог кредиторів. "...Ліквідаційні комісії нерідко фактично позбавлені можливості задовольнити вимоги кредиторів за рахунок реалізації майна підприємства-банкрута, що є головною метою інституту банкрутства. У офісах таких підприємств вони знаходять, у кращому разі, декілька столів та стільців — усе інше майно вже так чи інакше реалізоване"[2].

[1] Див.: *Хмельницький В.* Банкрутство — шлях до оздоровлення? // Уряд. кур'єр. 1999. 3 квіт. № 62.

[2] *Тітов М.* Кримінально-правові аспекти банкрутства // Вісник Академії правових наук України. 1987. № 4. С. 149.

У ч. 1 ст. 200 проекту нового КК пропонується встановити відповідальність за умисне приховування майна або майнових обов'язків, відомостей про майно, передачу майна в інше володіння або його відчуження чи знищення, а також за фальсифікацію, приховування або знищення документів, які відображають господарську діяльність, якщо ці дії вчинені громадянином-засновником або власником суб'єкта підприємницької діяльності, а також його посадовою особою у разі банкрутства чи в передбаченні банкрутства і завдали великої матеріальної шкоди. З огляду на те, яким чином змінилося регулююче законодавство, суб'єктом кримінально караних неправомірних дій у разі банкрутства має визнаватися також громадянин — суб'єкт підприємницької діяльності.

Запропонована у проектах КК криміналізація дій по відчуженню майна у передбаченні банкрутства зумовлена тим, що вони заподіюють матеріальну шкоду кредиторам і господарському механізму в цілому. Однак існує і протилежна точка зору, відповідно до якої такі дії мають тягнути кримінальну відповідальність лише за умови,

що вони є способом умисного приховування майна[1]. Адже розпорядження майном у передбаченні банкрутства — це цілком нормальна і звичайна практика у сучасному бізнесі, коли підприємець намагається працювати більш інтенсивно, прагнучи уникнути фінансового краху. Вважаємо окрему вказівку в ч. 1 ст. 200 проекту нового КК на передачу майна в інше володіння або його відчуження, що не пов'язане з приховуванням майна у разі банкрутства чи в передбаченні банкрутства, проявом необґрунтованої, надмірної криміналізації.

[1] Див.: *Клепицкий И. А.* Банкротство как преступление в современном уголовном праве // Гос-во и право. 1997. № 11. С. 58.

Суб'єктом неправомірних дій у разі банкрутства в ч. 1 ст. 200 проекту нового КК названо лише громадянина — засновника або власника суб'єкта підприємницької діяльності, а також посадову особу суб'єкта підприємництва. Таким чином, кримінально-правовою репресією не охоплюватимуться можливі зловживання з боку інших учасників судових процедур банкрутства, а саме розпорядника майна та керуючого санацією. Згідно зі ст. 9 Закону "Про банкрутство" розпорядник майна, здійснюючи повноваження щодо розпорядження і контролю за майном боржника, фактично міг вчинити дії, вказані у ст. 200 проекту нового КК. Відповідно до ст. 13 Закону від 30 червня 1999 р. призначення арбітражним судом розпорядника майна не є підставою для припинення повноважень керівника чи органу управління боржника. При цьому виключно за погодженням з розпорядником майна керівник або орган управління боржника укладає найбільш серйозні угоди, зокрема, щодо розпорядження майном, балансова вартість якого складає понад 1 % балансової вартості активів боржника. Якщо буде встановлено, що розпорядник майна не тільки не виконував своє основне призначення — зберегти майнові активи боржника, а навпаки, сприяв засновнику чи власнику або посадовій особі суб'єкта підприємницької діяльності вчинити кримінально карані неправомірні дії у разі банкрутства, то він повинен притягуватися до кримінальної відповідальності як співучасник злочину. Тобто з урахуванням законодавчо визначених повноважень розпорядника майна створюється враження, що доповнювати ч. 1 ст. 200 проекту нового КК вказівкою на такого спеціального суб'єкта не варто. Однак згідно з ч. 16 ст. 13 Закону від 30 червня 1999 р. повноваження керівних органів боржника можуть бути припинені,

якщо ними не вживаються заходи щодо збереження майна, створюються перешкоди діям розпорядника майна чи допускаються інші порушення законодавства. У такому разі за клопотанням комітету кредиторів виконання обов'язків керівника боржника ухвалою арбітражного суду тимчасово покладається на розпорядника майна. З урахуванням цієї правової норми суб'єктний склад неправомірних дій у разі банкрутства все ж потребує певного розширення за рахунок вказівки у ч. ст. 200 проекту нового КК на розпорядника майна, який неналежним виконанням покладених на нього повноважень може завдати істотної шкоди кредиторам.

Умисно приховати майно або майнові обов'язки боржника, відомості про майнові активи, сфальсифікувати, знищити чи приховати документи, які відображають фінансово-господарську діяльність боржника, у разі банкрутства може також керуючий санацією. Це фізична особа, яка відповідно до ухвали арбітражного суду організовує здійснення санації, тобто оздоровлення фінансово-господарського становища боржника. З дня винесення ухвали арбітражного суду про санацію повноваження керівних органів боржника припиняються, управління боржником починає здійснювати керуючий санацією, якому протягом трьох днів мають бути передані бухгалтерська та інша документація, штампи і печатки, матеріальні та інші цінності. Саме керуючий санацією, за винятком значних угод (вартість угоди перевищує 1 % балансової вартості активів) та угод, щодо яких є зацікавленість, самостійно розпоряджається майном боржника, укладає від його імені цивільно-правові угоди, організовує ведення бухгалтерського і статистичного обліку та фінансової звітності. З огляду на це суб'єктом злочину, передбаченого як ч. 1, так і ч. 2 ст. 200 проекту нового КК, слід визнавати і керуючого санацією.

У ч. 2 ст. 200 проекту нового КК втілена ідея криміналізації віддання переваги кредиторові. Пропонується встановити відповідальність за неправомірне задоволення у разі банкрутства майнових вимог одних кредиторів на шкоду інтересам інших, вчинене громадянином-засновником або власником суб'єкта підприємницької діяльності, посадовою особою такого суб'єкта, а також за прийняття такого задоволення особою, яка знала про перевагу, віддану їй на шкоду інтересам інших кредиторів, якщо ці дії завдали великої матеріальної шкоди. Вважається, що боржник, який порушує встановлену

законодавством черговість і задовольняє майнові претензії окремих кредиторів, тим самим зменшує обсяг майна, необхідного для задоволення претензій інших кредиторів. На кваліфікацію за ч. 2 ст. 200 проекту нового КК не впливатиме те, що несумлінний кредитор, в інтересах якого відбулося неправомірне задоволення, входить в одну з черг задоволення вимог кредиторів.

Поняття "в разі банкрутства", вжите у ч. 2 ст. 200 проекту нового КК, очевидно, охоплює й ту стадію банкрутного процесу, який настає після оголошення постанови арбітражного суду про визнання боржника банкрутом, стадію діяльності ліквідаційної комісії, зобов'язаної провести процедуру задоволення вимог кредиторів. З дня прийняття арбітражним судом такої постанови і відкриття ліквідаційної процедури припиняються повноваження керівних органів банкрута щодо управління банкрутом та розпорядження його майном, а укладання угод, пов'язаних із відчуженням майна банкрута чи з передачею цього майна третім особам, допускається лише в порядку, передбаченому розділом III Закону від 30 червня 1999 р. ("Ліквідаційна процедура"). Повноваження органів управління банкрута виконує призначений арбітражним судом ліквідатор (ліквідаційна комісія), якому передається бухгалтерська та інша документація банкрута, його печатки і штампи, матеріальні та інші цінності і який реалізує майно банкрута для задоволення вимог, включених до реєстру вимог кредиторів. Оскільки на етапі ліквідаційної процедури неправомірне задоволення одних кредиторів на шкоду інтересам інших кредиторів фактично здатен вчинити не стільки засновник чи осадова особа боржника, скільки ліквідатор, ч. 2 ст. 200 проекту нового КК слід доповнити вказівкою на такого спеціального суб'єкта злочину, як ліквідатор (член ліквідаційної комісії).

Надійшла до редколегії 15.10.99

В. Ємельянов, доцент НЮА України,

В. Ліпкан, ад'юнкт НАВС України

Про деякі аспекти вивчення особи терориста

Рівень злочинів терористичного характеру постійно зростає. Разом з тим синхронно збільшується і кількість осіб, які їх вчиняють, а відповідно виникає і необхідність у вивченні особи терориста, бо "будь-яка дія — в тому числі й злочинна поведінка — це прояв особи". С. Рубінштейн, говорячи про поняття особи, підкреслює, що "в поясненні психічних явищ виходять з реального буття людини як матеріальної істоти… Всі психічні явища в їх взаємозв'язках належать до конкретної, живої, діючої людини; вони залежні і похідні від природного та суспільного буття людини і його закономірностей". Тому вивчення буття терористів, встановлення взаємодії соціальних і біологічних чинників, що впливають на формування їх особистості та поведінки, являють собою один з найважливіших аспектів кримінологічної науки. Вирішення цього завдання пов'язане з певними труднощами, оскільки "особа є динамічною відкритою системою, що пропускає через себе матеріал, енергію та інформацію, які надходять з навколишнього середовища". Крім того, при вивченні особи терористів перед дослідниками виникають додаткові труднощі, викликані неоднозначними визначеннями самого поняття тероризму.

Розробка поняття тероризму — одна з найскладніших проблем науки і практики боротьби зі злочинністю. За підрахунками різних авторів, існує від 100 до 200 понять тероризму, жодне з яких не визнане класичним. Більш того, тероризм як явище розглядається сучасною наукою у трьох аспектах: 1) як злочинне діяння; 2) як

терористичні групи (організації); 3) як терористичні доктрини, а тому різний зміст може вкладатися і в поняття особи терориста.

З позиції кримінологічної науки “особа є одним з елементів злочинної поведінки”, тому вона розглядається як особа злочинця, про якого “можна говорити лише у тому випадку, якщо людиною вчинений злочин, тобто вона стає суб’єктом злочину в розумінні кримінального закону”. В зв’язку з цим особа злочинця визначається як “сукупність соціально-демографічних, психологічних та моральних характеристик, тією чи іншою мірою типово притаманних людям, винним у злочинній діяльності певного типу”.

Однак питання про те, що вважати терористичною діяльністю, досить далеке від однозначного вирішення. Навпаки, аналіз кримінального законодавства, прийнятого в державах, створених на пострадянському просторі, свідчить, що склади тероризму, які мстяться в кримінальному законі, істотно відрізняються за своїми ознаками, а часом взагалі є незіставленими.

Так, у Кримінальному законі Латвії за відсутності складу диверсії ч. 1 ст. 88 (тероризм) сформульована таким чином: (1) “Вибухи, підпал або інші умисні дії, спрямовані на знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди здоров’ю людей, знищення або пошкодження підприємств, будівель, нафто- чи газопроводів, електроліній, колій та засобів сполучення, телекомунікаційних мереж або іншого майна, з метою завдання шкоди Латвійській республіці чи її мешканцям, а також здійснене з тією ж метою масове отруєння чи розповсюдження епідемій та епізоотій”. Але практично ті ж самі ознаки характеризують склад диверсії в кримінальних кодексах

Російської Федерації (ст. 281), України (ст. 60), Бєларусі (ст. 360), Туркменистану (ст. 173), Узбекистану (ст. 161).

Видається, що особи, які вчинили одні й ті ж діяння, у одних кримінологів підпадатимуть під поняття “особа терориста”, у інших — “особа диверсанта”.

Більше того, якщо згідно з ч. 2 ст. 155 КК Узбекистану посягання на життя, заподіяння тілесного ушкодження державному чи громадському діячу або представнику влади у зв’язку з їх державною чи громадською діяльністю належить до різновидів тероризму, то відповідно до ст. 277 КК Російської Федерації та ст. ст. 124, 359 КК Республіки Бєларусь терористичний акт передбачений як самостійне діяння, відмінне від акту тероризму. Тому виникає питання про відмежування терористичного акту від акту тероризму.

Разом з тим у літературі існує й більш широке визначення тероризму. “Під тероризмом, — пишуть Н. Крилов і Ю. Решетов, — в найширшому значенні цього терміна розуміють акти насильства або погрозу насильством, мета яких — навіювання страху та примушення діяти або утриматися від дій у потрібному терористу напрямку. Але під таке визначення тероризму цілком підпадають не тільки власне тероризм, терористичні акти, але також вимагання примушення до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов’язань, погрози судді чи працівнику правоохоронного органу тощо.

Таким чином, проблема особи терориста безпосередньо пов’язана з питанням поняття тероризму.

На наш погляд, тероризм — це загальнонебезпечні дії, що публічно вчиняються, або погрози такими, спрямовані на залякування населення або соціальних груп з метою прямого чи непрямого впливу на прийняття будь-якого рішення або відмови від нього в інтересах терористів.

Близьким до тероризму явищем, але все ж таким, що не збігається з ним, є терористичний акт. У багатьох випадках їх співвідношення має вигляд як частина та ціле, особливо, коли справа стосується реально вчинених насильницьких актів, оскільки для визнання діяння терористичним актом не обов'язково, щоб воно було вчинене загальнонебезпечним способом, який погрожує заподіянням шкоди необмеженому колу осіб або настанням інших тяжких наслідків. Тобто, для терористичного акту характерні всі ознаки тероризму за винятком створення загальної небезпеки, хоча і тут його присутність не виключається, і в цьому розумінні можна сказати, що будь-який виражений в реальних діях акт тероризму є терористичним актом, але не будь-який терористичний акт є актом тероризму.

Проте тероризм не завжди являє собою ніби то особливий випадок терористичного акту, оскільки тероризм може виражатися не тільки в насильницьких діях, що спричинили шкідливі наслідки, а й у погрозі здійснення таких дій, і в цій частині змістове наповнення терміна "тероризм" виходить за межі поняття "терористичний акт", змістом якого охоплюються реально вчинені насильницькі дії, а не погроза їх вчинення.

Якщо зобразити поняття "тероризм" та "терористичні акти" графічно, то вони становлять собою немов би систему двох кіл, що перетинаються, а в усій своїй

сукупності сумарно вони складають більш загальне поняття — тероризм у широкому розумінні цього слова.

Терористична діяльність може виражатися не тільки у вчиненні терористичних актів та актів тероризму, в зв'язку з чим вбачається за можливе визначити ще більш загальне поняття — тероризм в найширшому розумінні цього слова, що включає до себе власне тероризм, терористичні акти та погрозу вчиненням терористичного акту. Саме таке поняття тероризму, певно, і повинно бути покладене в основу вивчення особи терориста.

Надійшла до редколегії 25.11.99

А. Степанюк, доцент НЮА України

Роль принципів у формуванні кримінально-виконавчого законодавства

щоб розробити науково обґрунтовані рекомендації, спрямовані на розвиток і вдосконалення законодавчого регулювання виконання покарань та визначення принципової сутності кримінально-виконавчого права, наука кримінально-виконавчого права зобов'язана досліджувати принципи діяльності органів та установ виконання покарань. тобто, для правильного застосування норм кримінально-виконавчого законодавства необхідне наукове визначення правових понять, до яких, безумовно, належить і поняття принципів діяльності органів та установ виконання покарань. При цьому доктринальне визначення принципів діяльності органів та установ виконання покарань має враховувати наявні в цій галузі досягнення правничої думки як вітчизняних, так і зарубіжних авторів, які відображують у своїх наукових працях специфічні об'єктивні закономірності реалізації кари. Найбільш оптимальним було б, якби на основі пізнання практики виконання покарань, що склалася, відбулося об'єднання результатів наукового абстрагування в єдине та чітко розчленоване ціле, доктрину, яка б згодом трансформувалася в систему принципів кримінально-виконавчого законодавства. Видається, що саме так можна визначити закономірності виконання покарань, а не намагатися спочатку створити систему принципів діяльності органів та установ виконання покарань, а потім вже на її основі конструювати та імітувати екзекутивну діяльність. Однак декларативного проголошення принципів діяльності органів та установ виконання покарань у нормах кримінально-виконавчого законодавства вочевидь недостатньо — необхідно, щоб на цих принципах ґрунтувалася реальна екзекутивна діяльність через їх нормативність, узагальненість та обов'язковість.

Системність діяльності органів та установ виконання покарань об'єктивно передбачає саме таке її правниче посередництво, яке найбільшою мірою відповідає сутності процесів виконання-відбування покарання, що здійснюються, а це можливо лише у тому разі, якщо вона спирається на відповідні принципи. У зв'язку з цим видається, що глибокий та всебічний аналіз застосування норм кримінально-виконавчого законодавства, яке поки що тільки формується, не можна здійснити без з'ясування тих

ідейних, керівних засад (принципів), які лежать в основі діяльності органів та установ виконання покарань.

В основі кримінально-виконавчого права лежать основоположні засади як концентроване відображення практики виконання покарань. Принципи кримінально-виконавчого права синтезують, узагальнюють уявлення, знання та поняття про сутність процесу виконання-відбування покарання. Ці принципи поряд з відображенням існуючої практики виконання покарань є виразом і мети екзекутивної діяльності — здійснення правообмежень, властивих покаранням, як уявлення про належне в кримінально-виконавчій діяльності. Роль принципів у формуванні кримінально-виконавчого права та законодавства зумовлена тим, що вони містять в собі ідеальне уявлення про реальну мету екзекутивної діяльності, результат зусиль адміністрації органів та установ виконання покарань. Принципи кримінально-виконавчого права, справляючи регулюючий вплив на практику правозастосування, насамперед зумовлюються цільовим характером діяльності органів та установ виконання покарань. Завдання, що вирішуються адміністрацією органів та установ виконання покарань, також постають початковими, відправними положеннями, на яких повинна бути побудована система кримінально-виконавчого законодавства. Але при цьому, характер та систему принципів визначають саме завдання конкретного виду діяльності. Таким чином, всі принципи екзекутивної діяльності органів та установ виконання покарань зумовлені метою виконання покарання та завданнями, що виконуються адміністрацією органів та установ виконання покарань (здійснення правообмежень, властивих покаранням (забезпечення виконання вироків судів), додержання вимог кримінально-виконавчого законодавства, забезпечення правопорядку в органах та установах виконання покарань, проведення оперативно-розшукової діяльності для попередження (запобігання) злочинів та дисциплінарних проступків з боку засуджених і стосовно них).

Принципи екзекутивної діяльності — це не тільки продукт наукового абстрагування та неупередженого відображення практики виконання покарань, а й дійовий інструмент регулювання діяльності адміністрації органів та установ виконання покарань з реалізації кари. Отже, вказуючи на екзекутивну спрямованість діяльності органів та установ виконання покарань, її принципи повинні відображати

цілеспрямовану зосередженість зусиль адміністрації на здійсненні правообмежень, властивих покаранням.

У науці кримінально-виконавчого права принципи екзекутивної діяльності формулюються як результат відсторонення від периферійних напрямків діяльності органів та установ виконання покарань з метою пізнання тих засад, що відображують сутність реалізації кари. Інакше кажучи, принципи екзекутивної діяльності можна виділити тоді, коли для визначення сутності виконання покарання з уявлення про діяльність органів та установ виконання покарань як про ціле опускається неістотне та виділяється загальне, необхідне, закономірне. Формування принципів екзекутивної діяльності — це результат міркувань при проникненні думки в глибини об'єкта діяльності з виконання покарань у сутність процесу виконання-відбування покарання. Принципи немов би огрублюють, схематизують практику покарань. Виділення принципів екзекутивної діяльності дозволяє одержати уявлення про реалізацію кари в "чистому вигляді" і, таким чином, проникнути в сутність виконання покарань. Разом з тим ці принципи, відображуючи сутність виконання покарання, лежать в основі вихідних засад та інших, периферійних напрямків діяльності органів та установ виконання покарань, мають для них визначальне значення, виконуючи щодо них методологічну функцію. Це означає, що яке б різноманітне спрямування не мали процеси, котрі розгортаються в органах та установах виконання покарань (реалізація кари, виправлення, ресоціалізація, навчання, трудові процеси і т. ін.), у них завжди тією чи іншою мірою повинні знаходити своє відображення вимоги принципів екзекутивної діяльності, зумовлені метою виконання покарання.

У принципах кримінально-виконавчого права мають бути зосереджені та об'єднані найбільш істотні риси права. Відображуючи його найбільш важливі, відмінні особливості, принципи права надають індивідуальних обрисів об'єктивному юридичному праву, тобто системі норм, що регулюють правила діяльності та поведінку суб'єктів. Об'єктивність принципів права, вважає І. Шмаров, визначається тим, що основні ідеї, які містяться в них, підлягають обов'язковому втіленню як в конкретній галузі права, так і при реалізації в правозастосовній діяльності [1].

Під принципами кримінально-виконавчого права слід розуміти об'єктивно зумовлені процесом виконання покарання вихідні положення, основні керівні засади, що пронизують та характеризують екзекутивну діяльність. Закріплення в нормах кримінально-виконавчого законодавства принципів кримінально-виконавчого права одночасно є і закріпленням принципів екзекутивної діяльності органів та установ виконання покарань. І, навпаки, принципи діяльності органів та установ виконання покарань зможуть набути властивостей принципів права тільки після їх закріплення нормами кримінально-виконавчого законодавства. Лише як конкретизація (тобто як форма конкретного виразу) об'єктивно зумовлених властивостей права закон набуває характеру правового феномена, постає правовим законом і є одним із джерел чинного права.

За допомогою норм Кримінально-виконавчого кодексу (далі — КВК) мають здійснюватися об'єктивізація та конкретизація принципів кримінально-виконавчого законодавства. В цьому законодавстві принципи набудуть загальнообов'язкового значення, забезпеченого (у разі відступу від конкретних нормативних установок) можливістю застосування заходів державного примусу в ході екзекутивної діяльності. Реалізуючись через конкретизуючі їх норми КВК, принципи кримінально-виконавчого законодавства будуть здатні виконати роль відправних засад екзекутивної діяльності, надаючи їй необхідних якостей упорядкованості та організованості. Це означає, що принципи права знаходять своє переломлення при реалізації норм права в правозастосовній діяльності, втілюються в правопорядку, що відображує правовий ідеал. Перетворення в життя закладеного в принципах правового ідеалу, як підкреслив А. Васильєв, є багатостороннім та складним соціальним процесом, що відображує єдність і відмінності принципів правосвідомості та принципів права і відрізняється певною послідовністю розвитку та різними рівнями, в якому можна виділити три основні стадії: *правову теорію, систему правових норм, правопорядок*.

У процесі створення кримінально-виконавчого законодавства роль принципів, вироблених наукою кримінально-виконавчого права, зводиться до того, щоб надати нормотворчому процесу єдності первісного визначального задуму з метою забезпечення загального концептуального характеру всіх норм майбутнього КВК, які зумовлені

основним напрямком діяльності органів та установ виконання покарання — реалізацією кари. Об'єктивуючись у кримінально-виконавчому законодавстві, правові принципи вийдуть за межі суто наукових уявлень і, набуваючи нормативно-правових характеристик, одержать широке соціально-правове значення. Адже основоположні ідеї, що виражаються в законах, стають правовими нормами, набувають державно-владного характеру. Ніякі наукові ідеї, що не одержали свого закріплення в законі, не можуть вважатися правовими принципами[1].

Принципи діяльності органів та установ виконання покарань до свого втілення в дійсність — у практику виконання покарань — повинні пройти декілька етапів об'єктивизації. Спочатку вони постають як наукові висновки, ідеї, що є засадами правосвідомості. Зараз у науці кримінально-виконавчого права ті чи інші наукові погляди є поки що тільки первісним задумом, припущенням про можливі засади, на яких має ґрунтуватися кримінально-виконавче право. У цій своїй якості, відображуючи уявлення про виконання покарань, ідеї, вироблені наукою кримінально-виконавчого права, постають як результат теоретичних досліджень, відображаючи правовий світогляд вчених. При цьому правові принципи — лише компонент, момент конкретизації та специфічного перетворення світогляду суспільства, його ідей та ідеалів[2]. Це означає, що у разі свого втілення в нормах КВК, тобто коли вони стануть принципами кримінально-виконавчого законодавства, ідеї, що спочатку були сформульовані як наукові висновки, набудуть державно-владного характеру і вже після цього стануть проявом не стільки властивостей продукту абстрактного людського мислення, скільки інструментом правового регулювання діяльності органів та установ виконання покарань, виступаючи державною мірою оцінки дій адміністрації органів та установ виконання покарань та поведінки засуджених, тобто набуваючи здатності переводити загальні, немов би відірвані від дійсності вимоги в зріз практичних дій суб'єктів та учасників кримінально-виконавчої діяльності. Правомірність та істинність тих чи інших ідей, що висуваються як принципи екзекутивної діяльності, в кінцевому результаті мають бути перевірені практикою виконання покарань. Це означає, що як категорії ідеологічного характеру принципи можуть мати практичне значення, лише перетворюючись у діяльності людей та їх організацій[1].

При характеристиці принципів кримінально-виконавчого права слід виходити з того, що нормативність — іманентна властивість принципів, невіддільна від природи процесу як особливого різновиду державно-правової діяльності[2]. З цих міркувань принципи необхідно розглядати як дійовий інструмент нормативного регулювання діяльності адміністрації органів та установ виконання покарань, яка організує процеси виконання-відбування покарання. Інакше кажучи, керівні засади, що знайдуть своє закріплення в нормах кримінально-виконавчого законодавства як принципи, повинні виступати владними вимогами, що звернені в першу чергу до адміністрації органів та установ виконання покарань, бо мають зобов'язувати її до здійснення кримінально-виконавчої діяльності як основного напрямку діяльності органів та установ виконання покарань.

Принципи кримінально-виконавчого права мають відіграти значну роль у формуванні кримінально-виконавчого законодавства та відповідної галузі права як соціальної реальності. Однак було б неточним уважати, що правові ідеї (принципи) остаточно реалізуються лише в систему правових норм. По-перше, правові ідеї (принципи), що відображуються в законодавстві, безумовно, самі набувають регулюючого значення. По-друге, вони виступають як вихідні засади в цілеспрямованій діяльності при формуванні за допомогою юридичних норм необхідного суспільного порядку. Через це принципи права переломлюються при реалізації норм права в правозастосовній діяльності, втілюються в правопорядку[3].

Будучи втіленими в кримінально-виконавчому законодавстві, принципи кримінально-виконавчого права одержать додаткову нормативну силу, постаючи вихідними положеннями, основоположними засадами, забезпечуючи єдність та відсутність суперечностей в кримінально-виконавчій системі, виступаючи її стрижневими елементами, оскільки вони пронизуватимуть зміст діяльності органів та установ виконання покарань.

Принципи екзекутивної діяльності органів та установ виконання покарань — це основоположні, керівні засади, що мають нормативно-правовий характер та відображують найбільш істотний напрямок діяльності органів та установ виконання

покарань — реалізацію кари. Нормативність принципів діяльності органів та установ виконання покарань, закріплення їх нормах кримінально-виконавчого законодавства у вигляді відточених формулювань, застосування специфічної термінології — необхідна властивість їх регулюючого впливу на практику виконання покарань. Як керівні засади нормотворчої та екзекутивної діяльності принципи кримінально-виконавчого права дають можливість одержати чітке уявлення про юридичну природу норм та інститутів кримінально-виконавчого законодавства. Закріплення цих принципів у нормах кримінально-виконавчого законодавства слід розуміти однозначно: те чи інше положення має бути прямо та чітко сформульоване в КВК. У зв'язку з цим видається, що необхідно прийняти до уваги думку Н. Беляєва, який виходить з того, що важливо те, щоб принцип права був сформульований в законі, а не просто логічно випливав із аналізу норм, групи норм чи всього законодавства. Порушення самого принципу, закріпленого в законі (принципу права), є порушенням закону, яке обов'язково повинно викликати відповідну реакцію органів правозастосування[1]. З цих міркувань немає ніяких підстав вважати моральність керівною ідеєю, що закріплена в праві[2], оскільки при такому підході відбувається не тільки змішування права та моральності, а й як наслідок можливе загнання в глухий кут і правоохоронних органів, яким по суті пропонується реагувати на відхилення від норм моралі, а не закону. Тим більш, що збіг моралі та права, як справедливо відмічав М. Шаргородський, не може бути визнано принципом, бо це є об'єктивною властивістю правової системи[3]. В основі принципів кримінально-виконавчого права мають бути наукові уявлення як сукупність знань, що дає розуміння сутності і необхідності в екзекутивній діяльності та відображує закономірності реалізації кари. Як вже зазначалося, принципи кримінально-виконавчого права слід розглядати як продукт теоретичної діяльності, результат абстрагування, здійснений представниками науки кримінально-виконавчого права. Разом з тим ці принципи виконують і службову роль, оскільки їх формування безпосередньо підпорядковане як інтересам науки кримінально-виконавчого права, так і вдосконаленню практики виконання покарань. Інакше кажучи, було б доволі-таки необачливо думати, що основні принципи права являють собою лише результат теоретичної абстракції і не мають практичного значення[1]. Формування принципів кримінально-виконавчого права, яке ґрунтується на наявних знаннях про сутність виконання покарань, повинно враховувати і уявлення про

практичне здійснення основоположних вимог до екзекутивної діяльності, шляхи і засоби їх об'єктивного втілення в діяльності органів та установ виконання покарань.

Принципи кримінально-виконавчого законодавства, що регулюють екзекутивну діяльність органів та установ виконання покарань, звичайно ж у першу чергу зорієнтовують та спрямовують діяльність адміністрації. Це означає, що принципи діяльності органів та установ виконання покарань є основою успішної практичної діяльності адміністрації як суб'єкта екзекутивної діяльності. Практичне значення принципів екзекутивної діяльності визначається її об'єктивною сутністю та суб'єктивними прагненнями представників науки кримінально-виконавчого права, які формулюють ці принципи. Треба сказати, що в науці кримінально-виконавчого права кожний окремо взятий принцип не в змозі дати цілісного уявлення про екзекутивну діяльність. Це може здійснити тільки певна система основоположних вимог, які дозволяють звести в єдине ціле тлумачення норм кримінально-виконавчого законодавства, визначення юридичних понять та категорій, що створює єдиний комплекс знань про правила, які регулюють та відображують процес виконання покарань. Системний підхід до екзекутивної діяльності дозволяє бачити, що принципи являють собою модель, зразок, схему виконання покарань. З цього виходить, що в системному аналізі такого різновиду дійсності, як практика виконання покарань, необхідним етапом є конструювання системної моделі. Система принципів являє собою модель екзекутивної діяльності. А модель та моделювання дійсності, як справедливо зауважує О. Фролова, — це вершина в творчому науковому дослідженні та пізнанні дійсності[2].

Принципи кримінально-виконавчого права не тільки підсумовують попередній досвід виконання покарань, а й є основою евристичних уявлень про виконання покарань, що раніш не застосовувалися у вітчизняній практиці. В цих принципах закладена тенденція до практичного затвердження упорядкованості та організованості екзекутивної діяльності, що ґрунтується на уявленнях про належне в процесі виконання покарань, яке повинно бути закріплене в доцільній системі норм кримінально-виконавчого законодавства. Принципи кримінально-виконавчого законодавства, відображуючи екзекутивний напрямок діяльності органів та установ виконання покарань, дозволяють визначитися з тим, наскільки мета виконання покарання як кінцевий орієнтир зусиль

адміністрації органів та установ виконання покарань та правові засоби, втілені у змісті норм кримінально-виконавчого законодавства, відповідають об’єктивному процесу реалізації кари. Через норми кримінально-виконавчого законодавства, які мають постати засобами правового регулювання, об’єднаними в окремі інститути, шляхом регулювання процесів виконання-відбування покарання та встановлення прав і обов’язків суб’єктів екзекутивної діяльності здійснюється об’єктивізація принципів кримінально-виконавчого права.

Законодавче визначення принципів екзекутивної діяльності повинно внести одноманітність, спільність, синхронність в регулювання виконання всіх покарань, надати цілісності та згуртованості системі норм, що будуть об’єднані в КВК Відображуючи сутність виконання покарань, його закономірності, принципи кримінально-виконавчого законодавства втілюватимуться при виконанні всіх покарань, незалежно від їх видів та форм виконання. Ці принципи повинні надати внутрішньої єдності, цілісності різноманітним формам виконання покарань, глибокої спільності механізму екзекутивної діяльності, синхронізуючи процеси виконання-відбування покарання. Їм має бути властивий максимальний ступінь узагальненості, вони покликані визначати сутність діяльності органів та установ виконання покарань. І, навпаки, зміст принципів діяльності органів та установ виконання покарань підлягає найбільш повному розкриттю та конкретизації в тексті окремих норм кримінально-виконавчого законодавства. Принципи кримінально-виконавчого законодавства покликані безпосередньо визначати зміст норм КВК, а відповідно права, обов’язки та законні інтереси суб’єктів виконання-відбування покарання. Після того як законодавець сприйме їх за основу, принципи кримінально-виконавчого законодавства, поза всяким сумнівом, повинні виконувати регулятивну функцію. І як принципи діяльності органів та установ виконання покарань вони зобов’язують адміністрацію органів та установ виконання покарань здійснювати екзекутивну діяльність у визначених межах, виступаючи “віхами”, що позначають “фарватер”, головний напрямок діяльності органів та установ виконання покарань. Принципи немов би визначають загальні кордони екзекутивної діяльності та основні властивості кримінально-виконавчої системи. відображуючи сутність виконання покарання, вони повинні виступати як керівні засади, нормативні орієнтири в процесі

реалізації кари. Як видається, принципи кримінально-виконавчого законодавства повинні відображати виключно процес виконання-відбування покарання, бути виразом якостей, що визначають процес здійснення адміністрацією органів та установ виконання покарань правообмежень, властивих покаранням, а також відтворювати те, як реалізація кари позначається на правовому становищі засуджених.

Принципи кримінально-виконавчого права — це специфічний прояв загальних принципів права у сфері покарань. Ці відправні, вихідні положення мають слугувати провісником КВК через здатність надати розумного обґрунтування законотворчій роботі, а в підсумку зробити доцільною діяльність органів та установ виконання покарань. Вироблені наукою кримінально-виконавчого права принципи можуть стати основою цілеспрямованої діяльності законодавця при прийнятті КВК, знайти своє відображення, конкретизацію, уточнення та визначеність у системі норм Загальної та Особливої частин КВК, задати екзекутивного напрямку діяльності органів та установ виконання покарань. Принципи кримінально-виконавчого права є тією з'єднувальною ланкою між теорією і практикою, яка за допомогою правових засобів забезпечує цілісність законодавчої форми та змісту екзекутивної діяльності, орієнтуючи як законодавця, так і суб'єктів виконання покарання на одностайний підхід до діяльності, спрямованої на досягнення мети виконання покарання.

Надійшла до редколегії 15.12.99

В. Рубаник, доцент НЮА України

Зародження, становлення і розвиток інституту права власності

в дореволюційній історіографії

Інститут права власності як один з центральних інститутів цивільного права останнім часом привертає до себе все більш предметну увагу вчених. Вийшли друком праці О. Дзери, О. Підопригори, І. Жилінкової[1], виконується цілий ряд дисертаційних досліджень з цих питань[2]. Кожний з цих авторів у рамках своєї тематики тією чи іншою мірою торкається історичного аспекту досліджуваної проблеми, аналізує творчі доробки попередників. Однак вихід на дореволюційну історіографію є не таким вже повсюдним явищем, хоча, як свідчить аналіз, праці вчених дорадянського періоду є багатим джерелом щонайпершого фактичного матеріалу і відображенням еволюції поглядів на зародження, становлення і розвиток інституту права власності в цивільному законодавстві.

[1] Див.: *Дзера О. В.* Розвиток права власності громадян в Україні. К., 1996; *Підопригора О. А., Підопригора О. О.* Право інтелектуальної власності України. К., 1998. *Жилинкова И. В.* Правовой имущественный режим имущества супругов. Х., 1998. та ін.

[2] Див.: *Підопригора О. О.* Проблеми правового регулювання відносин інтелектуальної власності України; *Плєшкова Н. Є.* Приватизація — підстава виникнення права власності громадян; *Забігайло Д. В.* Правовий захист промислової власності в Україні; *Гнатенко Ю. П.* Право комунальної власності та його здійснення в сучасних умовах; *Волох О. В.* Посягання на чужу власність в Україні (історичні питання) та ін. // Перелік тем дисертаційних досліджень з проблем держави і права. Х., 1999.

Для українських земель, які перебували у складі Російської держави, характерними були тенденції розвитку права і правознавства, що мали місце в імперії. Як відомо, викладання юриспруденції було започатковано в Російській імперії у другій половині XVIII ст. зі створенням університету, для чого було запрошено вчених з-за кордону. Оскільки вони не мали уявлення про місцеве право, то вивчення юриспруденції розпочалося з права іноземного; такий підхід, тобто вивчення і порівняльний аналіз іноземного права, і надалі становив характерну рису російської юридичної школи.

Одним з перших до використання широкої джерельної бази у вивченні історії східних слов'ян взагалі і східнослов'янського права зокрема підійшов М. Ломоносов[1]. Подальший розвиток історико-правової науки показав, що далеко не у всіх своїх висновках М. Ломоносов дійшов істини. Однак головною його заслугою стало те, що він показав тривалий період історії слов'ян доварязького періоду, довів високий рівень соціально-економічного розвитку слов'янства, вступивши у полеміку з норманістами.

[1] Див.: *Ломоносов М. В.* Древняя российская история от начала российского народа до великого князя Ярослава Первого. СПб., 1766.

Подальший внесок у розвиток цих поглядів зробив С. Десницький — перший російський вчений-юрист, який став фундатором історії права. В своїх працях[1] С. Десницький обґрунтовує тезу про те, що зміни в суспільному устрої прямо пов'язані зі змінами понять про власність, з еволюцією господарського життя, а виникнення держави і права зумовлене виникненням, розвитком приватної власності і необхідністю її захисту. Саме С. Десницькому належить першість висновку про феодальний характер суспільних відносин у Київській Русі.

[1] Див.: *Десницкий С. Е.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции. М., 1768; *його ж*. Юридическое рассуждение о пользе знання отечественного законодательства и о надобном возобновлении оного в государственных высокопокровительствуемых училищах М., 1778; *його ж*. Юридическое рассуждение о разных понятиях, какие имеют народы о собственности имения. М., 1781.

Наступним кроком стали фундаментальна "История российская с самых древнейших времен неусыпными трудами через 300 лет собранная и описанная Василием Никитичем Татищевым" (1768–1784), а також роботи М. Щербатова[1] і І.. Болтіна[2].

[1] Див.: История Российская от древнейших времен. СПб., 1770.

[2] Див.: *Болтин И. Н.* Примечания на "История древняя и нынешняя России г. Леклерка", сочиненная генерал-майором И. Болтиньм. СПб., 1788.

Початок XIX ст. характеризувався значним сплеском інтересу до проблем історії права взагалі й історії інституту права власності зокрема. Починають видаватися документальні джерела.[1] До аналізу цих питань звертаються визначні вчені: М. Погодін[2], М. Каченевський[3], М. Полевий.[4] Предметом дискусії знову стає проблема походження правових норм. Висловлюючи свою думку з приводу цього, М. Полевий зазначав: "Русская Правда в том виде, как она дошла до нас, есть смешение законов скандинавских и германских, древних славянских обычаев, даже греческих и церковных законов. ...Почитавшие оную", (Русскую Правду — *В. Р.*) снимком со скандинавских законов ошибались так же, как и почитавшие оную уложением, данным от Ярослава руссам. Предположение о снимке оной с германских законов столь же неосновательно... Каждый обязывался представить своє отдельное предложение, не думая о тех истинах, что дух человеческий везде проявляется одинаково и изменила его только личность, что ни один народ никогда не списывал вполне и не брал целиком законов другого... и законодательство никогда не ограничивалось одним источником"[5].

[1] Див.: Русские летописи на древне-славянском языке: сочиненные, переведенные и объясненные А. Л. Шлецером / Пер. с нем. из. Д.Языкова. СПб., 1809.

[2] Див.: *Погодин М. П.* О происхождении Руси. М., 1825.

[3] Див.: *Каченевский М. Т.* О феодальной системе // Вестник Европы. 1829. № 19.

[4] Див.: *Полевой Н. А.* История Русского народа. М., 1830.

[5] Там само. С. 189–190.

Інших поглядів додержувався М. Погодін, на думку якого трьома китами держави і права виступали "православне, самодержавне и народность"[12]. Виступаючи на захист і доводячи достовірність давніх пам'яток руського права, М. Погодін відстоював тезу про вирішальний вплив норманів на суспільний лад, державний устрій і право Давньої Русі[13].

[1] Див.: *Погодин М. П.* Исследования, замечания и лекции о русской истории. М., 1846.

[2] Див.: *Погодин М. П.* Норманнский период русской истории. М., 1859.

Друга половина XIX ст., яка стала періодом підготовки і проведення цілої низки реформаторських змін у державі, стає часом розквіту юриспруденції взагалі, історії права і цивілістики зокрема. Виходять друком праці К. Неволіна[1], С. Пахмана[2], Н. Лавровського[3], С. Соловйова[4] і Б. Чичерина[5] спеціальні роботи присвячуються проблемам історії та розвитку цивільного права і його окремих інститутів[6].

[1] Див.: *Неволин К. А.* История российских гражданских законов: В 3 т. СПб., 1851.

[2] Див.: *Пахман С. О.* О судебных доказательствах по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому, в историческом их развитии. М., 1851.

[3] Див.: *Лавровский Н. Н.* О византийском элементе в языках договоров русских с греками. СПб., 1853.

[4] Див.: *Соловьев С. М.* История России с древнейших времен. М., 1858.

[5] Див.: *Чичерин Б. Н.* Опыты по истории русского права. М., 1858.

[6] Див.: *Дювернуа Н.* Источники права и суд в древней России. М., 1869. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. СПб., 1862; *його ж*: Древнерусское право залога. Казань, 1855; *Буслаев Ф.* И. Новые свидетельства об изгойстве и изгоях. М., 1854; *Цитович П. П.* Исходные моменты в истории русского права наследования. Харьков, 1870; *Куницын А.* Приобретение права собственности, давность владения // Журнал Министерства юстиции. 1864. Т. 22; *Попов А.* Владение и его защита по русскому гражданскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. 1874. Кн. 4, 5; *Посников А. С.* Общинное

земледелие // Временщик Демидовского юридического лицея. 1875. Кн. 9, 10; *Полежаев П. В.* О праве собственности по русским законам // Журнал Министерства юстиции. 1861. март; Михайлов М. М. История русского права. СПб., 1871; *Загоровский А.* Исторический очерк займа по русскому праву до конца XIII в. Киев, 1875; *Боровиковский А.* Об особенностях гражданского права Полтавской и Черниговской губерний // Журнал Министерства юстиции. 1867. т. 32.

Однією з визначних праць стала книга І. Ф. Г. Еверса[1] "Древнейшее русское право в историческом его раскрытии". Спеціальну главу автор назвав "Изъяснение закона о собственности" (с. 324–349), в якій висвітлює підхід у пам'ятках законодавства до вирішення питань права власності. Як пише І. Ф. Г. Еверс, "основным налогом оных во всех древних законодательствах служит следующая истина: каждый должен довольствоваться тем, что имеет, и каждый может весьма хорошо знать, что принадлежит ему как собственность. Владение чужим имуществом и неправедное присвоенйе оного есть одно и то же" [2].

[1] Див.: *Эверс И.Ф.Г.* Древнейшее русское право в историческом его раскрытии. СПб., 1835.

[2] Вказ. праця. С. 324.

Помітний слід у розробці проблем пивілістики залишив Ф. Морошкін. У 1846 р. він перекладає з німецької фундаментальну працю А. Рейца[1], у 1837 р. — видає свою роботу, присвячену праву власності[2]. Ф. Морошкін виступає прибічником класичної тріади — володіння, користування, розпорядження складають, на його думку, основну сутність права власності. На цьому стоять також А. Петражицький[3], П. Юренев[4], А.Лакієр[5], інші автори[6]. Свою подальшу розробку одержує інститут сервітутів[7]. Низка робіт присвячується проблемам власності на землю[8], розробляються підходи до віндикації майна із чужого незаконного володіння[9].

[1] Див.: *Рейц А.* Опыт истории Российских государственных и гражданских законов. Пер. с нем. Ф.Морошкина. М., 1836.

[2] Див.: *Морошкин Ф. Л.* О владении по началам русского законодательства. М., 1837.

[3] Див.: *Петражицкий А*. Владение как условие перехода права собственности по русскому праву // Журнал Министерства юстиции. 1860. Январь. Март.

[4] Див.: *Юренев П.* Иск о защите владений по русским законам // Журнал гражданского и уголовного права. 1875. Кн. 2

[5] Див.: *Лакиер А. Б.* О вотчинах и поместьях. СПб., 1848.

[6] Див.: *Борзенко А. А.* Личность, общественность, собственность // Временщик Демидовского юридического лицея. 1881. Кн. 26; *Иеринг Р.* Об основании защиты владения. М., 1883; *Высоцкий К.* Церковно-имущественное право по русскому законодательству // Журнал гражданского и уголовного права. 1887. Кн. 1; *Васьковский Е. В.* Понятие владения по русскому праву // Журнал министерства юстиции. 1896. № 4; *Евецкий А.* Принципы права собственности // Журнал гражданского и уголовного права. 1880. Кн. 6.

[7] Див.: *Курдиновский В. И.* К ученню о легальних ограничениях права собственности. Одесса, 1899; *Таубе Н. Э.* К вопросу о необходимости введення сервитутов // Журнал Министерства юстиции. 1896. Кн. 3.

[8] Див.: *Никонов С. П.* Усадебные земли крестьян-общинников с точки зрения гражданского права // Временщик Демидовского юридического лицея. 1898. Кн. 73; *Лыкожин А. И.* Общинное и подворное владение // Журнал Министерства юстиции. 1897. Кн. 2; Институт родовьіх имуществ перед судом русской юриспруденции // Журнал Министерства юстиции. 1897. Кн. 7, 8. Крестьянское дело в царствование императора Александра II: Материалы для исторического освобождения крестьян, по официальным составил А. И.Скребицкий. СПб., 1862. О средневековом общинном землевладении // Временщик Демидовского юридического лицея. 1878. Кн. 16.

[9] Див.: *Лытошин А.* Об отыскании недвижимых имений из чужого владения // Журнал гражданского и уголовного права. 1888. Кн. 4; *Елионский Н. О* пределах виндикации недвижимых вещей // Там само. 1893. Кн.1; *Петражицкий Л.* Права добросовестного владельца на доходы. СПб., 1897.

Остання чверть XIX ст. характеризувалася зростанням уваги вчених до історії виникнення, становлення і розвитку права. Саме в цей період виходять друком роботи А. Соколова[1], Г. Бараца[2], О. Ланге[3], М. Ковалевського[4], І. Бєляєва[5], В. Латкіна[6], К. Аксакова[7], І. Собестіанського[8], С. Никонова[9], Н. Загоскіна[10].

[1] Див.: *Соколов А.* Историческое изложение договора мены недвижимых имуществ по русским законодательным памятникам. К., 1880.

[2] Див.: *Барац Г.* Об иностранном происхождении большинства русских гражданских законов // Журнал гражданского и уголовного права. 1884. Кн. 8.

[3] Див.: *Ланге О. Ф.* О праве собственности супругов по древнерусскому праву. СПб., 1886.

[4] Див.: *Ковалевский М.* Первобытное право. М., 1886.

[5] Див.: *Беляев И. Д.* Лекции по истории русского законодательства. М., 1888.

[6] Див.: *Латкин В. И.* лекции по внешней истории русского права. СПб., 1888.

[7] Див.: *Аксаков К.* Сочинения исторические. М., 1889.

[8] Див.: *Собестианский И. М.* Учення о национальных особенностях характера и юридического быта древних славян. Харьков, 1892.

[9] Див.: *Никонов С.* Поручительство в его историческом развитии по русскому праву. СПб.,

1895.

[10] Див.: *Загоскин Н. П.* История права русского народа. Казань, 1899.

Початок XX ст., різкі зміни у господарському житті, економічне зростання, посилення старих і накопичення нових суспільно-економічних проблем — все це викликало до життя необхідність істотних змін у законодавстві. Шукаючи шляхи до вирішення сучасних їм проблем, вчені-юристи зверталися до історичного досвіду. Значна кількість історико-правових досліджень належить перу В. Сєргєєвича[1]. У своїх роботах він розвивав договірну теорію виникнення Давньоруської держави, перебільшував роль рецепції норм візантійського права у розвитку правової системи Київської Русі, вважаючи саме рецепцію візантійського права одним із головних Способів формування давньоруського права, в тому числі й інституту права власності.

[1] Див.: *Сергеевич В. И.* Лекции и исследования по истории русского права. СПб., 1903; *його ж*: Древности русского права. СПб., 1909; *його ж*. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб., 1910.

Дещо інший підхід виявляли В. Грибовський[1], А. Милюкин[2], М. Владимірський-Буданов[3]. Останній висунув так звану "земську теорію" утворення Давньоруської держави. Говорячи про час утворення цієї держави, вчений стверджував: "Время происхождения земского государства должно быть отнесено к эпохе доисторической (до начала летописных сказаний). Славянские племена уже тогда перешли от чисто племенного быта в быт государственный, земский, т. е. образовали княжения — земли... Князья-варяги застали везде готовый государственньїй строй"[4]. Походження права М. Владимірський-Буданов пояснює впливом варягів, які змусили слов'ян вступити у воєнні зіткнення з сусідніми державами, що "...возмутило прежний спокойный уровень обычного права двояким образом: усилило разнообразие в понимании юридических норм и принудило согласить свои отечественные нормы с чужеземными. Отсюда

возникли первые приемы законодательства: договоры с иноземцами и рецепция чужих законов”[5].

[1] Див.: *Грибовский В. М.* Древнерусское право. Пг., 1915.

[2] Див.: *Милюкин А. С.* К вопросу о договорах русских с греками // Журнал Министерства юстиции. 1906. № 7.

[3] Див.: *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. СПб. — Киев, 1909.

[4] Там само. С. 12–13.

[5] Там само. С. 89.

Узагальнюючими роботами з історії права стали праці Г. Малиновського[1] і А Філіпова[2]. В них у стислій формі досліджено еволюцію основних інститутів цивільного і кримінального права, викладено основні проблемно-дискусійні аспекти. Більш спеціальними, а тому і значно глибшими стали дві книги Н. П. Павлова-Сильванського[3]. Аналізуючи основні елементи феодального суспільства в Давній Русі, автор зупиняється на проблемах феодального землеволодіння, неповній власності феодала та ін. Дещо з іншого боку висвітлює ці проблеми І. Якушкін[4].

[1] Див.: *Малиновский Г.* Лекции по истории русского права. Томск, 1907.

[2] Див.: *Филиппов А. Н.* Конспект истории русского права. М., 1912.

[3] Див.: *Павлов-Сильванский Н. П.* Феодализм в древней Руси. М., 1907; *його ж.* Феодализм в удельной Руси. М., 1910.

[4] Див.: *Якушкин И. И.* О закупах Русской Правды // Журнал Министерства народного просвещения. 1913. апрель-май.

у цей час виходить друком значна кількість історико-правових досліджень, в яких поглиблено аналізуються цивільно-правові інститути[1]. Так, Д. Самоквасов доводить існування інституту особистої власності у праслов'янські часи: “Праславянская терминология, факты археологии, выражающиеся в находках имущественных кладов II-X столетий и в содержании языческих могил, представляющем множество разных предметов, составляющих частное имущество погребенных, свидетельства византийских, арабских и русского летописцев о торговых и военных сношениях древних руссов и содержание договоров руссов с греками, определяющих имущественную ответственность за преступления, отличающих имущество мужа и жены и дающих право частному лицу завещать свое имение по своєму усмотрению, ставят вне

всякого сомнения существование института личной собственности на вещи движимые не только у руссов IX и X столетий, но уже в эпоху праславянскую”[2].

[1] Див.: *Леонтович Ф. И.* История русского права. Варшава, 1902; *Филиппов А. Н.* Учебник истории русского права. СПб., 1910; *Радин И. М.* История русского права. СПб., 1910; *Числов И. И.* Курс истории русского права. М., 1914. *Самоквасов Д. Я*. Курс истории русского права. М., 1908.

[2] Див.: Самоквасов Д. Я. Вказ. праця. С. 187.

У 1904 р. виходить книга А. Лонгінова, присвячена аналізу мирних договорів з греками[1], робота М. Ясинського[2], в якій розкриваються правове становище закупів за Руською Правдою, їх майнові та особисті немайнові права. У п'яти номерах “Журналу Міністерства юстиції” за 1903–1906 рр. Ф. Леонтович друкує “Очерк из истории литовско-русского гражданского права”. Видається низка загальних робіт[3]. Деякі праці присвячуються різним аспектам досліджуваної нами проблеми[4].

[1] Див.: *Лонгинов А. Н.* Мирные договоры русских с греками. Одесса, 1904.

[2] Див.: *Ясинский М. И*. Закупы Русской Правды и памятников Западно-Русского права. К., 1904.

[3] Див.: *Анненков И.* Система русского гражданского права. СПб., 1900.; *Дювернуа Н.* Чтения по гражданскому праву. СПб., 1902; *Синайский В. И.* Русское гражданское право. Киев, 1912. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1914.

[4] Див.: *Товстолес Н. Н.* Общая собственность по русскому праву // Журнал Министерства юстиции. 1900. № 8; *Гримм Д. Д.* К вопросу о соотношении институтов гражданского права с хозяйственьм бытом народа // Там само. 1907. № 8; *Гордон В. М.* Приобретение движимости от несобственника. Харьков, 1909; *Трепицын И. Н.* Приобретение движимости в собственность. Варшава, 1907; *Товстолес Н. Н.* Общая собственность по проекту Гражданского уложения // Журнал Министерства юстиции. 1904. № 3; *Нольде А. Э.* Обзор новейших учений о праве собственности // Вестник права. 1904. № 7; *Тьер А.* Право собственности. СПб., 1905; *Покровский И. А.* Владение в русском проекте Гражданского уложения // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 10; *Бутовский А. Н.* Давность владения // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 2.

Розвиток суспільно-економічних відносин зумовив необхідність уточнення меж діючих правових норм[1] і розробки цілком нових[2] — таких, як порядок відчуження земель під будівництво залізниць, право власності на повітряний простір тощо.

[1] Див.: *Хауке В. В.* Очерки землеустроительного права // Там само. 1914. № 7; Виндикация // Журнал гражданского и уголовного права. 1904. Кн. 2, 3.

[2] Див.: *Салов В. В.* Отчуждение независимой собственности для государственной и общественной собственности. СПб., 1902; *Кутыловский Б. Ф.* Права на недра и отчуждение земель под железные дороги // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 7; *Геллер И. З.* Право собственности на воздушное пространство // Журнал Министерства юстиции. 1911. № 8.

Не залишилося поза увагою вчених-юристів і правове становище селянства, його майнові права. Синтезуючою і узагальнюючою стала робота І. Бєляєва[1]; проблемам майнового становища селян, набуттю, закріпленню, захисту їх майнових прав, переходу права власності були присвячені праці Пестражацького[2], А. Ликошина[3], М. Ципкіна[4].

[1] Див.: *Беляев И. Д.* Крестьяне на Руси. М., 1903.

[2] Див.: *Пестражацкий Д.* Крестьянский двор как субъект вотчинного права // Журнал Министерства юстиции. 1905. № 1.

[3] Див.: *Лыкошин А. И.* О семейной собственности у крестьян // Журнал Министерства юстиции. 1900. №№ 5–6.

[4] Див.: *Цыпкин М. С.* Приобретение имущественных прав в крестьянском быту // Журнал Министерства юстиции. 1911. № 1.

Таким чином, навіть короткий огляд літератури дорадянського періоду (оскільки рамки статті накладають певні обмеження) свідчить., що істориками, юристами проведена величезна робота по накопиченню, перевірці, систематизації, узагальненню і введенню до наукового обігу значного фактичного матеріалу. Література цього періоду являє собою велику цінність як архів багатої колекції фактів, звернення до якого є актуальним і зараз. Як справедливо зазначалося в літературі[1], роботи істориків права К. Кавєліна, К. Неволіна, Н. Качалова, Б. Чичеріна, М. Володимірського-Буданова, В. Сєргєєвича, М. Дьяконова не втратили наукової цінності й на сьогоднішній день.

[1] Див.: *Хачатуров Р. Л.* Становление права. Тбилиси, 1986.

Надійшла до редколегії 15.11.99

О. Тодика, аспірантка НЮА України

Конституційно-правове закріплення принципів участі громадян країн СНД у виборах

У країнах СНД йде становлення на основі нових конституцій сучасного виборчого законодавства, спрямованого на всебічне забезпечення виборчих прав громадян. Так, згідно зі ст. 22 Конституції РФ громадяни Росії мають право обирати і бути обраними в органи державної влади і органи місцевого самоврядування. Конституція України в ст. 70 встановлює, що право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Конституція Азербайджану закріплює, що громадяни Азербайджанської Республіки володіють правом обирати і бути обраними в державні органи, а також брати участь у референдумі (ст. 65). Конституція Бєларусі передбачає, що громадяни Республіки Бєларусь мають право вільно обирати і бути обраними в державні органи на основі загального, рівного, прямого або непрямого виборчого права при таємному голосуванні (ст. 38). В ст. 38 Конституції Республіки Молдова закріплюється, що воля народу є основою державної влади, і вона знаходить вираз у вільних виборах, які періодично проводяться на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному і вільному голосуванні. Право обирати мають громадяни Республіки Молдова, які досягли на день виборів вісімнадцятирічного віку, за винятком осіб, які позбавлені цього права в порядку, визначеному законом. Право бути обраним гарантується громадянам Республіки Молдова, які мають право обирати згідно з законом[1].

[1] Новые конституции стран СНГ и Балтии: Сборник документов. Изд. 2-е. М., 1997. С. 68, 142, 363, 318, 526.

Принципи участі громадян у виборчому процесі закріплюються в поточному законодавстві, передусім у конституційних і звичайних законах. У Республіці Молдова є виборчий кодекс, який комплексно регламентує виборчі процедури в усі ланки державного механізму. Державна Дума Федеральних Зборів РФ 5 вересня 1997 р. прийняла закон "Про основні гарантії виборчих прав і права на участь у референдумі громадян Російської Федерації". А до цього діяв федеральний закон від 26 жовтня 1994 р. "Про основні гарантії виборчих прав громадян Російської Федерації", в якому містилися в основному декларативні положення щодо регулювання принципів участі громадян у виборах. Нове федеральне законодавство Росії, спираючись на нагромаджений після прийняття Конституції РФ 1993 р. досвід проведення виборчих кампаній, не тільки проголосило основні умови реалізації виборчих прав, а й конкретизувало їх відносно різних видів виборів.

У цілому в країнах СНД відбувається процес новелізації виборчого законодавства згідно з конституційними приписами, що позитивно впливає на реалізацію громадянами цих країн своїх виборчих прав. Світова практика свідчить, що без належного регулювання право громадян обирати і бути обраними може бути не повною мірою використаним. Тому питання становлення і розвитку законодавства про вибори має засадниче значення для реалізації громадянами права обирати і бути обраними в органи державної влади і органи місцевого самоврядування.

Практика нормування виборчих прав громадян в різних країнах СНД не однакова, в тому числі й за кількістю правових актів, що закріплюють принципи участі громадян у виборах. Найбільш широко це питання регламентується в РФ, де правову основу різних виборів складають Конституція РФ, федеральні закони "Про основні гарантії виборчих прав і права на участь у референдумі громадян Російської Федерації", "Про забезпечення конституційних прав громадян обирати і бути обраними в органи місцевого самоврядування", конституції (статути) і закони суб'єктів РФ, а також статути муніципальних утворень та інші нормативно-правові акти місцевого самоврядування. В Україні принципи участі громадян у виборах встановлюються в Конституції України, конституції Автономної Республіки Крим, законах про вибори народних депутатів України, Президента України, в органи місцевого самоврядування. А в Молдові ці принципи закріплені тільки в Конституції Республіки Молдова і Виборчому кодексі[1]. На правову регламентацію принципів участі громадян у виборах впливають такі політико-правові та загальносоціальні чинники, як форма державного устрою (унітарна чи федеративна держава), політичний режим, рівень демократизації соціальних процесів і політико-правової свідомості та ін., в тому числі й рівень юридичної техніки підготовки законодавчих актів з виборчого права.

[1] Див.: Monitorul Oficial al Republicii Moldova. 1997. № 81.

У країнах СНД, на наш погляд, зараз паралельно йдуть два взаємопоєднані щодо виборчого законодавства процеси: його становлення на демократичних засадах і новелізація з урахуванням нових чинників. Так, за останні десять років в Україні тричі змінювалося законодавство про вибори народних депутатів і підготовлений проект закону, згідно з яким парламентарії України обиратимуться за пропорційною виборчою системою. Тричі змінювався закон про вибори Президента України. Така ж тенденція в основному притаманна правовому регулюванню і в інших країнах СНД.

Разом з цим нагромаджений в країнах СНД досвід застосування законодавства про вибори свідчить, що в ньому недостатньо чітко врегульовані деякі питання виборчого процесу, в тому числі й щодо принципів участі громадян у виборах. Таке становище ні в теоретичному, ні в практичному аспекті не може бути визнане задовільним, особливо з

огляду на те, що завдання забезпечення виборчих прав громадян є генеральним напрямком розвитку виборчого законодавства на сучасному етапі становлення державності в країнах СНД на демократичних засадах. Виборче законодавство — це сукупність правових норм, які насамперед регулюють порядок реалізації права громадян обирати і бути обраними в органи державної влади і органи місцевого самоврядування. Відповідно чітке визначення і закріплення в конституції, інших законодавчих актах вихідних засад участі громадян у виборах у сучасних умовах є одним з пріоритетних напрямків правового забезпечення, становлення і розвитку органів державної влади і органів місцевого самоврядування. Вважаємо, що виборче законодавство в країнах СНД повинно бути концептуально спрямованим у першу чергу на чітке закріплення принципів участі громадян у виборах.

Вибори мають засадниче значення для становлення демократичного конституційного ладу. М. Цвік обґрунтовано підкреслює, що "вибори повинні виступати як засіб легітимації влади народу, тобто забезпечення відповідності державного ладу ціннісним ідеалам, що склалися у суспільстві"[1]. Вибори безпосередньо пов'язані з втіленням у політико-правову практику принципу народовладдя, який є засадничим принципом основ конституційного ладу в кожній з країн СНД. Про це свідчить аналіз перших глав (розділів) конституцій СНД, а ст. 2 Конституції Вірменії закріплює, що влада в Республіці Вірменії належить народові і що свою владу народ реалізує через вільні вибори, референдуми. Ця конституційна норма міститься в першій главі Конституції Вірменії "Засади конституційного ладу" і свідчить, що вірменський законодавець вміло поєднав у цій статі принцип народовладдя із засадничими формами його прояву: вибори, референдуми. До засад конституційного ладу належить і положення ст. 3 Конституції Вірменії, згідно з якою вибори Президента, Національних Зборів, органів місцевого самоврядування, а також референдуми Республіки Вірменії проводяться на основі загального, рівного, прямого виборчого права, таємним голосуванням[1].

[1] *Цвік М. В.* Виборчі права громадян і принцип народовладдя // Права людини і правова держава (До 50-ї річниці Загальної декларації прав людини). Х., 1998. С. 6

[1] Див.: Новые конституции стран СНГ и Балтии. С. 105.

Виборче законодавство в країнах СНД щодо закріплення принципів, участі громадян у виборах, референдумах зорієнтоване на міжнародні виборчі стандарти. Так, згідно з Міжнародним пактом про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. (ст. 25) кожний громадянин повинен мати без будь-якої дискримінації і без небґрунтованих обмежень право і можливість голосувати і бути обраним на справжніх періодичних виборах, які проводяться на основі загального і рівного виборчого права при таємному голосуванні і забезпечують свободу волевиявлення виборців[2]. А в Документі Копенгагенської наради з людського виміру ОБСЄ від 29 липня 1990 р. (п. 51) прямо підкреслюється, що до елементів справедливості, які істотно необхідні для повного вираження гідності, що притаманна людській особі, і рівних, невід'ємних прав усіх людей належать вільні вибори, які проводяться через розумний проміжок часу шляхом таємного голосування або рівноцінної процедури вільного голосування в умовах, що забезпечують на практиці вільне вираження думки виборцями при виборах своїх представників[1].

[2] Див.: Права людини. Міжнародні договори України. К., 1992. С. 47

[1] Див.: Международное сотрудничество в области прав человека: Документы и материалы. М., 1993. С. 296.

Міжнародно-правовим стандартам відповідає положення ст. 71 Конституції України, згідно з яким вибори в органи державної влади і органи місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на засадах загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Це універсальні конституційні принципи участі громадян у виборах, які поширюються на вибори народних депутатів України, депутатів місцевих рад, Президента України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Дещо інша ситуація в Росії. Закріплюючи і гарантуючи право громадян обирати і бути обраними в органи державної влади і органи місцевого самоврядування, Конституція РФ майже нічого не говорить про основні принципи реалізації цього права,

обов’язкові для всіх виборів, що проводяться в Росії. Тільки в ст. 81 зроблено виняток щодо президентських виборів, конституційною основою яких є загальне, рівне та пряме виборче право і таємне голосування. Разом з цим у літературі обґрунтовано акцентується на тому, що аналіз ратифікованих РФ конвенцій про права людини дає підстави зробити висновок про те, що хоча принципи участі громадян у виборах на конституційному рівні закріплені тільки стосовно виборів Президента Росії, вони є невід’ємною частиною загальновизнаних міжнародних виборчих стандартів, рівною мірою обов’язкових для всіх виборів у РФ[2].

[2] *Вешняков А. А.* Избирательные стандарты в международном праве и их реализация в законодательстве Российской Федерации. М., 1997. С. 61.

Між тим з огляду на необхідність підвищення ролі законодавства про вибори, реалізації виборчих прав громадян більш доцільним є закріплення безпосередньо на конституційному рівні загальних, прямих, рівних виборів при таємному голосуванні, як це має місце в конституціях України (с. 71), Вірменії (ст. 3), Республіки Бєларусь (ст. 67–69).

Багато країн СНД в своїх конституціях не встановили як універсальні, засадничі принципи виборів, принципи загального, рівного, прямого виборчого права при таємному голосуванні щодо всіх видів виборів. А це, як правило, зроблено стосовно окремих структур (вибори парламенту, вибори президента тощо). Вважаємо, що найбільш ефективною є така модель конституційного закріплення, при якій ці принципи встановлені як загальні для всіх видів виборів у країні. Це безпосередньо пов’язане із забезпеченням виборчих прав громадян. Принципи суб’єктивного виборчого права, безумовно, повинні бути покладені в основу концепції правового регулювання виборів, оскільки без них змістовне наповнення методів і засобів юридичного впливу на учасників суспільних відносин, опосередковуючих організацію і проведення виборів, не матиме соціально значущих орієнтирів і координат[1]. Поки що принципи виборчого права російських громадян, обов’язкові для всіх видів виборів, закріплюються в федеральному законі від 5 вересня 1997 р. Згідно зі ст. 3 цього закону участь громадянина у виборах є вільною і добровільною і реалізується на основі загального, рівного і прямого

волевиявлення при таємному голосуванні. Ця законодавча норма, безумовно, носить універсальний характер, поширюється на всі види виборів і конкретизується в інших федеральних законах, законах суб'єктів РФ, статутах муніципальних утворень. Зокрема, в ст. 3 Федерального закону "Про загальні принципи організації місцевого самоврядування в Російській Федерації" підкреслюється, що вибори депутатів, членів інших виборчих органів місцевого самоврядування, виборних посадових осіб місцевого самоврядування реалізуються на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні при забезпеченні встановлених законом виборчих прав громадян.

[1] *Белкин А. А*. Социальное воспроизводство и государственное право. Л., 1991. С. 53–54.

Серед принципів виборчого права одним із засадничих є принцип загальності цього права, закріплений в конституційному і поточному законодавстві всіх країн СНД. Так, "Кодекс про вибори" Республіки Молдова встановлює, що громадяни цієї республіки мають право обирати і бути обраними незалежно від раси, національності, етнічного походження, мови, релігії, поглядів, політичної належності, майнового стану або соціального походження (ст. 3)[1]. Це положення закріплене в чіткій відповідності з п. 2 ст. 16 Конституції Республіки Молдова[2]. Згідно з законодавством РФ загальне виборче право російських громадян означає, що громадянин, який досяг вісімнадцяти років, має право обирати, брати участь у передбачених законом інших виборчих діях, а в разі досягнення віку, встановленого Конституцією РФ, федеральними конституційними законами, федеральними законами, статутами, законами суб'єктів РФ, — бути обраним в органи державної влади і органи місцевого самоврядування. При цьому реалізація виборчого права не залежить від статі, раси, національності, мови, походження, майнового і посадового становища, місця проживання, ставлення до релігії, переконань, належності до громадських об'єднань, а також інших обставин. Російське виборче законодавство на відміну від молдавського наводить більш значний перелік чинників, які не можуть бути перешкодою для реалізації громадянами своїх виборчих прав. У цілому таке розуміння загальних виборчих прав російських громадян відповідає ст. 19 Конституції РФ і навіть дослівно відтворює її текстуальний зміст.

[1] Див.: Monitorul Oficial al Republicii Moldova. 1997. № 81.

[2] Див.: Конституції нових держав Європи та Азії. К., 1996. С. 196.

Незважаючи на намагання законодавців країн СНД на рівні конституційного та поточного законодавства достатньо широко закріпити обставини, які не є перешкодою для реалізації виборчого права громадянами, на практиці, зокрема в РФ, виникають деякі колізії між федеральним виборчим законодавством і законодавством суб'єктів РФ. Так, актуальним є питання визначитися з виборчою правосуб'єктністю російських громадян з подвійним громадянством, оскільки в сучасних умовах деякі суб'єкти РФ (Бєлгородська, Іркутська та інші області) самостійно позбавляють цих осіб пасивного виборчого права[1]. Згідно зі ст. 34 Статуту Хабаровського краю введені освітні обмеження виборчих прав громадян, що суперечить федеральному виборчому законодавству. Виборча правосуб'єктність громадянина безпосередньо пов'язана з громадянською правосуб'єктністю особи. І тому світове виборче законодавство передбачає, що у виборах не мають права брати участь тільки ті особи, які не можуть свідомо керувати своїми діями, є недієздатними. З цього і виходить ст. 70 Конституції України, яка закріплює, що не мають права голосу громадяни, яких визнано судом недієздатними. В порушення цієї норми і ст. 24 Конституції України, яка встановлює, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом, Верховна Рада України в ч. 4 ст. 3 Закону "Про вибори народних депутатів України" закріпила, що здійснення виборчого права призупиняється для осіб, які перебувають за вироком суду в місцях позбавлення волі, — на строк перебування в цих місцях. Конституційний Суд України обґрунтовано визнав це положення неконституційним.

[1] Див.: *Князев С. Д.* Применение законодательства о выборах в субъектах Российской Федерации // Рос. юстиция. 1997. № 10. С. 51–52.

Разом з цим у деяких країнах світу на конституційному рівні закріплена інша модель. Так, п. 2 ст. 70 Конституції Угорщини встановлює, що особи, які перебувають під опікою або є недієздатними, особи, яким остаточним судовим рішенням заборонено займатися громадською діяльністю, особи, які відбувають покарання у в'язниці або перебувають на примусовому психіатричному лікуванні, встановленому кримінальним

судочинством, не мають права голосу[1]. Конституція Вірменії (ч. 2 ст. 27) закріплює, що громадяни, які визнані судом недієздатними, а також засуджені до позбавлення волі за вироком суду, який набрав чинності, не можуть обирати і бути обраними[2].

[1] Див.: Конституції нових держав Європи та Азії. С. 335.

[2] Див.: Новые конституции стран СНГ и Балтии. С. 109–110

Загалом виборчому законодавству країн СНД притаманні позитивні тенденції: демократизм, орієнтація на забезпечення виборчих прав громадян, більш детальне закріплення в конституціях принципів виборчого права, урахування світового і вітчизняного досвіду нормативно-правового регулювання виборчого процесу.

Надійшла до редколегії 20.10.99

Ж. Павленко, аспірантка НЮА України

Основні підходи до побудови інтелектуальних систем,

заснованих на юридичних знаннях

Мислення — це процес, у ході якого людина вирішує певні завдання, формуючи образи та оперуючи ними. Формальна логіка та інформатика характеризують мислення з функціонального боку, не торкаючись психологічних, фізіологічних або інших механізмів, які цю функцію реалізують. Людина в процесі мислення виробляє знання, на основі яких формує програми своєї діяльності. Між одержанням знання і його використанням можуть бути значні часові та просторові інтервали, подолання яких можливе завдяки здатності людини до перероблення інформації без безпосередньої взаємодії зі світом. Людина, вирішуючи завдання, продукує певну сукупність образів і втілює їх у мовну оболонку.

Гносеологічний аналіз розумових функцій людини необхідний для розуміння можливостей їх відтворення в технічних системах. Він є актуальним у зв’язку з розвитком галузі знань, відомої як “штучний інтелект” обчислювальних машин, певною “інтелектуальною поведінкою”, тобто здатністю до перероблення інформації. Створення систем штучного інтелекту з точки зору інформатики не потребує відтворення всіх особливостей людської свідомості, яка у цілому не зводиться тільки до інформаційної сторони, а включає низку інших характеристик, зумовлених історією і змістом соціального життя людини як матеріального носія.

Щоб краще зрозуміти сутність досліджень у цій галузі знань, необхідно передусім визначити значення самого поняття “інтелект” і похідного від нього поняття “інтелектуальна поведінка”. Психологи звичайно з великою обережністю підходять до

визначення поняття інтелекту. Його іноді визначають як здатність правильно реагувати на нову ситуацію.

Роботи в галузі штучного інтелекту переважно пов'язані з інтерпретацією знання, яке одержане різними шляхами і має різноманітні властивості. Дослідження, в яких виділяється цей аспект, визначаються терміном "***інженерія знань***", запропонованим Е. Фейгенбаумом. "Інженерія знань являє собою сукупність технічних прийомів, спрямованих на створення систем, що призначені для розв'язання проблем з використанням знань". ***Знаннями*** називають інформацію, формалізовану відповідно до певних структурних правил, яку ЕОМ може автономно використовувати при розв'язанні проблем за алгоритмами, подібними до одержання логічних висновків. Питання про те, яким умовам повинні відповідати знання, включаючи їх описові можливості, має різні відповіді залежно від галузі їх прикладення. У галузі права як метод подавання знань використовується мова, від якої потрібна значна описова потужність. Подавання знань та їх використання, те, що розглядається стосовно конкретної прикладної галузі, і становить собою предмет інженерії знань.

У міру розвитку цієї галузі досліджень з початкової безлічі класів інтелектуальних завдань, складених за предметним принципом, стали виділятися нові типи. Вони формували класи за критерієм необхідних для їх вирішення формальних засобів: ***структур даних*** і ***механізмів їх оброблення***.

У цьому контексті термін "штучний інтелект", можливо, найкраще розцінювати не як синтез концепцій філософів, психологів і лінгвістів, а як позначення того, що низка комп'ютерних систем володіє ним деякою мірою. Такі системи, будучи розробленими і побудованими так, щоб розв'язувати багато які проблеми, що приймаються людьми, можуть, як вважається, виявляти штучний інтелект. У такому контексті термін штучний інтелект, що зв'язується з процедурою розпізнавання і позначення, слугує просто пояснюючою класифікаційною метафорою. У багатьох завданнях, що вирішуються за допомогою комп'ютерних програм, з'являються свідчення про виявлення штучного інтелекту в поведінці комп'ютера, а саме: розуміння і трансляція природної мови (оброблення природної мови); розуміння розмовної мови (розпізнавання мови); розпізнавання зображень і об'єктів фізичного світу (система технічного зору і сприйняття); комплексна гра, така як шахи (прогон гри); навчання на прикладах і прецедентах (машинне навчання); написання комп'ютерних програм, які можуть самостійно генерувати програми (автоматичне програмування); складна освіта користувачів (інтелектуальні комп'ютерні інструктори чи репетитори); інтелектуальне розв'язання завдань і міркування (інтелектуальні системи, засновані на знаннях, або експертні системи).

Найбільш привабливим для юристів аспектом кібернетики є ***експертні системи (***далі —ЕС). Вони містять подавання знання, яке може розгортатися при розв'язанні цих проблем.

Однією з причин розчарування в теорії штучного інтелекту є неготовність потенційних споживачів до експлікації потрібних відомостей з добре розвинутих предметних галузей. Тому, незважаючи на наявність цікавих теоретичних результатів, формування основних концепцій формального подавання властивостей інтелектуальної поведінки ще далеке від свого завершення.

Коректні завдання можна вирішити існуючими методами систематизації та програмування. У галузі некоректних завдань точні знання не можна одержати відразу. Тому тут необхідний підхід, сутність якого полягає в поступовому наближенні до повного набору знань. У галузі юриспруденції знання частіше за все нечіткі. Для того щоб інтелектуальні системи вийшли за рамки простих символьних висновків і наблизилися до мислення людини, необхідні методи подання нечітких знань і механізм висновків, що працює в їх середовищі. Людина володіє різноманітними формами знань, і доки ще не зовсім зрозуміло, яким чином вони структуровані в її мозку. Однак для використання знань у комп'ютерах вони повинні бути формалізовані і описані. У цьому полягає проблема подавання знань.

Невизначеності, з якими доводиться мати справу в інженерії знань, можна класифікувати таким чином: *недетермінованість висновків*; *багатозначність*; *ненадійність*; *неповнота*; *нечіткість* або *неточність.*

Підвищення рівня інтелектуальності в поведінці штучних систем і прагнення пізнати феномен інтелектуальної поведінки людини мають практичні аспекти, що визначаються станом теорії і технологією створення штучних систем. У першому випадку йдеться про керовану штучну сутність, здатну допомагати людині в її роботі, у другому — про вдосконалення природи людини з метою гармонізації її взаємодії з навколишнім світом. Останнім часом увагу дослідників все більше привертає термін ***"інтегральна інтелектуальна поведінка"*** таких систем. Це здатність системи до навчання, самоорганізації, володіння пам'яттю, спроможною сприймати об'єкти і ситуації зовнішнього світу, змінювати уявлення про нього, реагувати на його виклик, планувати

дії, оцінювати успішність дій, наявність уявлення про власні стани, зміну їх відповідно до реакції зовнішнього світу або цільової квазіпотреби і прогнозування подальшої поведінки. Щоб побудувати формальну модель, яка володітиме подібними властивостями, необхідно використати знання про інтелект людини, нагромаджені у відповідних предметних галузях, і практику комп'ютерних експериментів щодо вирішення інтелектуальних завдань. Такі системи і є предметом вивчення інженерії знань, тобто галузі інформаційної технології, мета якої — перетворення знань, нагромаджувати і застосовувати які на практиці досі могла тільки людина, в об'єкт оброблення на комп'ютерах.

В інженерії знань акцент робиться передусім на технології використання знань. Але вона не знайде застосування, поки немає самих знань. Знання можуть бути одержані в процесі навчання, тобто в процесі витягування інформації з навколишнього середовища і нагромадження її в пам'яті з метою їх використання. Функції навчання притаманні живим істотам за їх природою, тому при витягуванні знань необхідно використовувати спостереження і моделювання функцій навчання тварин і людини, вивчення моделі навчання за допомогою символічної логіки, моделювання процесу навчання при обробленні образів.

Дослідження з штучного інтелекту дозволили зробити висновок про те, що для автоматичного розв'язання практичних проблем необхідні початкові знання експертів. Експертна система являє собою систему, побудовану з таких компонентів, як база знань, описаних з використанням обраної форми їх подавання, і механізм висновків, який забезпечує маніпулювання з цими знаннями при розв'язанні прикладних проблем.

Механізм висновків зв'язує знання воєдино, дозволяючи одержувати висновок з деякої послідовності знань. Формалізм опису знань в ЕС визначається як подавання знань, а компонент, який використовує для розв'язання проблем знання експертів, описані в заздалегідь обраній для них формі уявлення, є механізмом висновку.

Вибір засобу подавання знань істотно впливає на будь-яку складову частину цих систем, оскільки подавання знань визначає можливості системи баз знань. Можливість застосування знань виникла разом з появою механізму висновків, а останній був визначений у свою чергу з подавання знань, яке є засобом опису знань людини.

Сьогодні загальноприйнятим є використання комп'ютера як високоефективного інструментального засобу для нагромадження і пошуку юридичного матеріалу. в Україні створено і реально працює декілька десятків комп'ютерних правових бібліотек, що містять в актуальному стані десятки тисяч документів нормативного характеру. Однак їх технологічний рівень далеко не завжди задовольняє практикуючих юристів, оскільки внаслідок пошуку за запитом може бути одержана велика кількість документів, не пов'язаних з проблемою, яка цікавить користувача, або, навпаки, не будуть одержані потрібні документи, фактично присутні в базі даних. Тому необхідна побудова систем, заснованих на знаннях і здатних до розумної поведінки. Наділивши комп'ютери здатністю “міркувати” і сконцентрувавши ці можливості у вигляді прикладних систем знань або так званих ЕС, практикуючі юристи, використовуючи подібну програму, зможуть одержати розумну раду або знайти розумне рішення поставленого завдання.

У базах даних формальні юридичні джерела нагромаджені в пам'яті комп'ютера в форматі, що читається комп'ютером, і відновлені користувачем як документи, ідентичні

за змістом нормативним актам і правовим документам загальноприйнятих юридичних бібліотек. Юридичні дані в них не інтерпретуються, а просто вміщуються в пам'ять комп'ютера як початковий матеріал для процесу юридичного міркування. В системах, заснованих на знаннях у праві, навпаки, ці джерела повинні бути подані, тобто реструктуровані, таким чином, щоб бути нагромадженими в пам'яті і використаними в процесі міркування. Отже, подавання юридичного знання включає до себе діяльність інтерпретативних процесів, чинних у певний момент часу, ретельно досліджених, проаналізованих і зрештою сформульованих у стилі, який є відповідним за значенням першоджерелу і враховує прозорість і гнучкість ЕС у праві.

Створення систем моделювання міркувань належить до одного з найбільш дискусійних напрямів автоматизації процесів застосування права. Враховуючи приклади формалізації знань в якійсь певній галузі права, можна спробувати побудувати ЕС, здатну використати ці знання в манері, подібній засобу міркування практикуючого юриста. Щоб встановити, чи можна подати юридичне знання в правовій ЕС, певне юридичне знання повинне бути зібране і систематизоване, тобто доцільно обмежитися досить вузькою галуззю законодавства. Методи, що використовуються для формалізації юридичного знання, вимагають точного формулювання явищ, що досліджуються, для того щоб ЕС була здатна слугувати моделлю юридичного знання. ЕС застосовуються користувачами як інтенсивні інтелектуальні помічники, що акумулюють багатство знання і досвіду різних експертів, — це пояснює їх іншу назву: інтелектуальні помічники (intelligent assistants). Очевидно, що ЕС мають відповідати теорії юриспруденції, оскільки всі вони в праві обов'язково роблять припущення відносно природи закону і юридичного міркування. Таким чином, всі ЕС повинні втілити принципи загальної теорії систем,

структури і функцій правових законів, теорії правових норм, теорії юридичного міркування, логічної теорії і спеціальної теорії юридичних систем, а також елементів семантичної теорії, соціології та психологій права. Специфіка завдань, що вирішуються за допомогою ЕС, істотним чином впливає на їх внутрішню організацію, що так чи інакше відбивається на технології їх створення і експлуатації. Працюючи разом з експертом, інженер по знаннях аналізує завдання, що вирішується, і галузь моделювання, а потім намічає загальні підходи до проектування системи. Нарівні з обстеженням предметної галузі і визначенням характеру знань намічаються загальна архітектоніка системи, засоби подавання об'єктів даних та їх взаємозв'язків, вимоги до їх оброблення, формуються принципи рішення, а також стратегія розв'язання завдань.

До експертних систем звичайно ставляться такі вимоги: ***прозорість***, щоб вони могли генерувати послідовний опис ходу міркування до висновку; ***евристичність***, тобто в їх основі має лежати використання евристичних правил, сформульованих експертами; ***гнучкість***, тобто здатність без особливих труднощів змінювати їх бази знань (запаси знань) у міру зміни предметної галузі.

Розроблення таких програм умовно можна розділити на такі етапи:

придбання знання, тобто визначення способу, при якому знання, особливо евристичне, може бути одержане від декількох людей — експертів і потім об’єднане з метою подавання його в системі;

подавання знання методами, які будуть прийняті в процесі перебудови структури знання приватної галузі так, щоб їх можна було подати як структуру даних в пам'яті комп'ютера. Це повинно бути виконане таким чином, щоб не тільки полегшити подальші

зміни в базі знань, а й не впливати на сталу практику вирішення завдань, а також бути структурою, еквівалентною за значенням первинній сукупності знання;

використання знання в процедурах висновку, тобто в методах міркування, які використовуються системою в процесі вирішення завдань. Для всіх ЕС необхідний механізм, за допомогою якого база знань взаємодіє з даними відносно будь-якої проблеми так, щоб можна було одержати висновок.

Можна було б очікувати появи таких юридичних ЕС, які б: були комп'ютерними програмами, написаними за допомогою висококваліфікованих юристів-експертів; могли функціонувати як інтелектуальні помічники в процесі вирішення юридичної проблеми (а також використовуватися як навчальні помічники); пропонували роз'яснення ходу їх міркування і давали підстави для всіх зроблених тверджень та висновків. Однак автоматизація юридичного міркування дала набагато менше результатів у порівнянні з зусиллями в інших дисциплінах. Інтуїтивно очевидно, що цей недолік в одержанні успішних результатів криється у відмінності між природою юридичного міркування і природою міркувань, заснованих на емпіричних, причинних, описових положеннях природничих наук, у той час як юридичне міркування належить до оброблення приписуючих законів правового порядку, що розкриваються в основному не через однорідність або закономірність у зовнішньому світі, а через дослідження формальних джерел закону. Всі ЕС у праві обов'язково містять припущення відносно природи закону і юридичного міркування. Більш конкретно в таких ЕС повинні реалізовуватися теорії структури та індивідуальності права, правових норм, описової юридичної науки, юридичного міркування, логіки і юридичних систем, а також філософії, соціології та

психології права. Можливо, однією з головних причин того, що ніде в світі ще немає успішно працюючої юридичної ЕС є те, що в процесі конструювання ЕС ще не виявилася сукупність відповідного юриспрудентного матеріалу.

Було б наївним припускати, що вчені-комп'ютерники можуть компетентно судити про подавання юридичного знання або юридичні процедури висновку. Це складні питання юриспруденції, які вимагають уваги розробників відповідної галузі.

У процесі розроблення ЕС, заснованих на знаннях у галузі права, можуть бути реалізовані різні підходи. Принципи вибору ефективної парадигми оптимізації юридичних міркувань і підвищення інтелектуальної якості та результативності консультаційних систем забезпечення юридичної діяльності залежать від багатьох неформальних чинників (у тому числі соціальних) і, що найвірогідніше, постійно уточнюватимуться. Багато в чому вони залежать від системи права, яка визначає ідею формування і розроблення алгоритмів правових рішень і самих організаційних структур, що стосується правових функцій.

Створення таких систем звичайно засновується на одній з двох концепцій: теорії "ієрархічних міркувань", що відштовхуються від правової норми, і теорії "міркування за зразком", коли ситуація аналізується з огляду на прецедент.

Система законодавства в Україні загалом — це ієрархічне угрупування правових норм. Правова норма сама по собі є лише певним текстом з юридичним змістом. Головне прагматичне призначення норми — втілитися в суспільну практику. Тільки конкретні відносини людей і певні фактичні обставини дають реальне життя правовій нормі. Юридичне знання несе в собі інформацію відносно початку і розвитку закону (норми

права, інтерпретація правової норми і правової системи), а також щодо природи і функціонування закону. Дослідник бере існуючу правову систему як початкову точку і концентрується на прийнятті рішення в юридичній практиці.

Юридичні правила створюють зв'язок між спостереженням фактичної обставини і дії, що складається з нормативної кваліфікації цієї обставини. Тому юридичні правила можуть бути розцінені як інструкції до дії, що не заперечують можливість дії різним способом. За такого розуміння юридичні правила складають теорію дій для людей, що займаються правозастосовною діяльністю всередині правової системи і, зокрема, інтерпретацією правових норм. Юридичне знання може бути використане як інструмент для формулювання і оцінки різних інтерпретацій нормативних характеристик фактичних обставин. Цей інструмент може бути розцінений і як описовий (опис прийняття рішень), і як приписуючий (команда для прийняття рішень). Для створення комп'ютерної моделі ця відмінність не має ніякого значення. Юридичне знання включає до себе фактичне знання, функціональне знання та метазнання. Фактичне знання стосується індивідуальних інтерпретацій фактів і правил; функціональне знання — процесів міркування і розв'язання завдань, що використовується для формулювання індивідуальної інтерпретації; метазнання — процесу прийняття рішення, яким різні індивідуальні інтерпретації оцінені та порівнюються.

Метаправила можуть бути класифіковані як правила ***придатності, правила виключення*** та ***привілейовані правила.*** Правила та їх виконання практично завжди міститимуть низку недоліків, що пов'язане зі специфікою законодавства: в їх фактичному застосуванні вони можуть вважатися швидше правилами політики та інтерпретації. ЕС здатна до виявлення правил, що суперечать одне одному, і, отже, до показу дефектів у самих правилах та їх виконанні. Таким чином, ЕС є інструментом і для визначення недоліків і для можливого наближення до вирішення проблем, що виникають через них. За допомогою комп'ютерної моделі можна поліпшити застосування юридичного знання на практиці в якісному значенні.

Структура знань залежить від сфери їх використання і може носити досить складний характер. Ця структура включає до себе різні факти з предметної галузі, взаємозв'язку між ними, правила дій, знання, що стосуються способу включення знань в ЕС. Складність і різноманітність структур знань викликали до життя декілька різних способів подавання знань, зокрема логічні моделі, фреймові та продукційні системи, семантичні мережі.

Головна практична цінність ЕС полягає в тому, що, взаємодіючи з користувачем і вирішуючи складні для конкретного користувача — не експерта завдання, вона якісно

поліпшує діяльність користувача за спеціальною тематикою (наприклад, допомога в прийнятті рішень) і заповнює нестачу експертів у конкретній проблемній галузі. Крім того, ЕС може виключати наслідки зайвої спеціалізації людини шляхом надання і нагромадження експертних знань і завдяки цьому навчає користувача приймати відповідні рішення. При цьому Ес не виступає в ролі вчителя, тут відбувається евристичне навчання самого користувача за рахунок надання йому нових можливостей.

Розроблення ЕС — це один з методів дослідження принципів побудови теорії експертних здібностей і теорії прийняття рішень. Методологічна цінність ЕС полягає в тому, що вони пропонують нові теми і методи досліджень. У тісному контакті з користувачами, будучи моделлю експерта і фахівця, ЕС сприяють розширенню теорії прийняття рішень. Відомо, що знання, до яких приходить людина через досвід вирішення завдань, стають знаннями для вирішення завдань. Виділяючи найважливіше для досягнення мети, людина реагує не тільки на ситуацію навколо неї, а й на значення цієї ситуації для неї.

Надійшла до редколегії 20.10.99

М. Даньшин, аспірант НЮА України

Спосіб приховування злочину в теорії криміналістики:

тактико-психологічні проблеми

Спосіб приховування злочину вважаємо за доцільне розглядати з позиції психології як прояв напруженої ситуації. Напруженість — це психічний стан, обумовлений угадуванням наперед несприятливого для суб'єкта розвитку події. Вона супроводжується відчуванням загального дискомфорту, тривоги, іноді страху, проте, на відміну від тривоги, включає до себе готовність оволодіти ситуацією, діяти в ній певним чином. Під напруженою ситуацією слід розуміти певні ускладнення діяльності, які набувають для особи особливої значущості. Складні об'єктивні умови діяльності особи стають такими, якщо вони сприймаються, розуміються, оцінюються нею як важкі, небезпечні і т. ін. При цьому будь-яка ситуація включає в себе й суб'єкта діяльності. Напружена ситуація характеризується єдністю об'єктивного і суб'єктивного. Об'єктивне — це ускладнені умови і процес діяльності; суб'єктивне — стан, установки, способи дії особи в незвичайних обставинах, що різко змінилися[2]. Так, для інсценування обстановки вчиненого злочину типовими є зазначені характеристики.

Поведінкові реакції людини в напружених ситуаціях, їх часові характеристики і взагалі психофізіологічні можливості людини — величини надзвичайно варіативні, залежать від особливостей нервової системи, життєвого досвіду, професійних знань, навиків, мотивації, стилю діяльності.

Точної формули поведінки людини в напруженій ситуації в психології не існує. Проте такі психологічні чинники, як індивідуально-психологічні особливості людини, її навики, установки, загальна і спеціальна підготовка, в напруженій ситуації не підсумовуються автоматично, а утворюють певний, досить складний комплекс. Поведінка людини в напруженій ситуації визначається не тільки суб'єктивними чинниками, а й об'єктивними чинниками зовнішнього середовища, що діють на її психіку.

На виконання певних дій щодо приховування злочину впливають такі чинники, як факт вчинення злочину, вчинення злочину в групі, слідча ситуація, що склалася, знаряддя і засоби, які використовує злочинець, місце і час приховування злочину; освіта, професія, вид діяльності та соціальний статус злочинця, життєва позиція, що сформувалася в нього, ставлення до духовних цінностей, моральних устоїв та права, життєвий досвід, наявність у нього певних злочинних навиків, попередня злочинна діяльність (злочинний досвід); стать; вік; психічні властивості особи, фізичні особливості, коефіцієнт розумового розвитку, психічні відхилення та ін. Так, при обранні певного способу приховування злочину велике значення мають професійні навики і знання злочинця. Приховування злочину може характеризуватися оригінальністю, що випливає із тонкощів професії. В цьому разі не слід забувати і про цілком можливий результат рефлексивного мислення (імітація мислення за іншу особу), пов'язаний з тим, що обвинувачений може відмовитися від використання своїх професійних навиків, які викликають підозру при обранні способу приховування.

Психічний стан у напруженій ситуації характеризується або поліпшенням діяльності, або її погіршенням. Можна виділити два стани психічної напруженості, в якій перебуває злочинець, що здійснює приховування злочину, наприклад, таким способом, як інсценування: напруженість, яка справляє позитивний, мобілізуючий ефект, і напруженість, яка характеризується зниженням стійкості психічних і рухових функцій.

Із психічних властивостей особи, що впливають на обрання певного способу приховування, слід вказати на риси характеру, темперамент, навики, вміння, звички, інтелектуальний розвиток і такі риси характеру, як уява, винахідливість та інтуїція.

Психічні властивості, що складають характер людини, проявляються в своєрідному для цієї особи способі дій. Знаючи характер людини, можна із значним ступенем ймовірності передбачати, як вона поведеться в певних життєвих обставинах, і, навпаки, за вчинками людини можна судити про її характер. Отже, риси характеру злочинця явно проявляються при обранні найбільш прийнятного для нього способу приховування злочину і здійсненні цього злочинного наміру. Жадібність, жорстокість, егоїзм злочинця іноді впливають на такий вибір.

Риси характеру не тільки проявляються в діях і вчинках, а й утворюються, формуються в них[1]. Безкараність злочинів, удале приховування раніше вчинених злочинів сприяють переходу від обережних, боягузливих дій до зухвалості, жорстокості та нахабства при вчиненні злочинів, утворення певних прийомів, що відображують риси

характеру злочинця. За темпераментом можна скласти уявлення про врівноваженість чи неврівноваженість злочинця, ступінь його реагування на вплив, ступінь рухомості чи інертності в діяльності, ступінь замкненості чи товариськості, тобто про ті типологічні особливості нервової системи людини, які відіграють немаловажну роль при обранні нею того чи іншого способу приховування злочину.

З усіх психічних властивостей особи, що впливають на обрання способу приховування злочину, навики мають найбільше криміналістичне значення, оскільки вони володіють такими загальними властивостями: індивідуальністю, відносною стійкістю, варіативністю, здатністю до матеріальної фіксації.

Слід назвати чотири істотні положення, що стосуються співвідношення навиків і способу приховування злочину: 1) володіння певними навиками бере участь у детермінації способу приховування злочину; 2) до способу приховування злочину входять ті навикові дії, що не мають детермінуючого значення; 3) багато з яких навикових дій не входять до спосібу приховування, але виконуються злочинцем при вчиненні злочину; 4) в оточуючому середовищі за певних умов і у певних межах відображуються всі навикові дії, і ці відображення несуть ту чи іншу інформацію про дійову особу.

Особливо виділяються навики злочинного призначення, які грають істотну роль при реалізації способів маскування, фальсифікування та інсценування злочинів.

Навики злочинного призначення набуваються, як правило, внаслідок спеціальних цілеспрямованих вправ і автоматизуються в разі повторного приховування аналогічних злочинів. Для прискореного оволодіння навиками злочинного призначення злочинці нерідко переносять до них елементи професійних навиків, прилаштовуючи останні до ситуацій, що зустрічаються при приховуванні злочинів, застосовують у певних сполученнях сенсорні (окомір, дотик тощо), рухові та інтелектуальні навики, що раніше склалися і знову надбані.

До навиків злочинного призначення, що стосуються приховування злочинів, на нашу думку, належать як навики проведення складних дій (наприклад, навик

інсценування крадіжки, який включає до себе дії автоматизовані і такі, що проходять при повному контролі свідомості), так і навики вчинення одноактних дій, рухів та окремих операцій (наприклад, вбивство випадкового свідка злочину).

Проте не слід розглядати приховування злочину як повністю автоматизовану навикову дію. Приховування злочину не можна розглядати ні як єдину складну навикову дію, ні як сукупність дій, що мають тільки навиковий характер. До його складу неминуче входять дії, що не мають навикового характеру. З фізіологічної точки зору приховування злочину не може управлятися одним стереотипом. Такий стереотип не може виникнути та існувати внаслідок мінливості обстановки приховування злочину, не відповідає вимогам, при яких би склався управляючий ним зовнішній стереотип.

З навиком тісно пов’язані вміння, які також ураховуються злочинцями при обранні певного способу приховування злочину.

Звички по-різному впливають на дії щодо приховування злочину, завдяки їм можуть бути визначені час і місце приховування злочину, розподілені обов’язки між співучасниками по приховуванню слідів злочину, застосоване одне й те ж знаряддя тощо. Входячи до комплексу дій, що утворюють спосіб приховування злочину, звичні дії не завжди є доцільними в конкретних умовах, іноді вони дивують своєю недоречністю і безглуздістю (наприклад, звичка залишати на місці злочину яку-небудь “візитну картку”, вживати спиртні напої до або під час проведення дій щодо приховування суспільно небезпечного діяння). Це відбувається тому, що суб’єкт іноді не може утриматися від вчинення звичних рухів або навіть замінити їх, не в змозі змінити манеру поведінки, яка, будучи характерною, може в подальшому допомогти індивідуалізувати його.

“Звички володіють індивідуальністю і своєрідністю, а мимовільний характер їх прояву, що випадає з поля зору суб’єкта, надає великого криміналістичного значення їх відображенням. Звички і навики у багатьох випадках проявляються одночасно і доповнюють свідомі дії, визначаючи тією чи іншою мірою характер і механізм дій злочинця”[1].

Чинниками, що впливають на обрання певного способу приховування злочину, без сумніву, можуть бути і соматичні якості злочинця (зріст і розміри частин тіла, вага, фізична сила, функціональні особливості організму, будова і розвиток його окремих частин). Так, фізично слабий злочинець ніколи не вдаватиметься до способу вчинення злочину, який вимагає від нього значної фізичної сили. Особливості фізичного розвитку людини можуть іноді позначатися на обранні нею заняття чи професії, кола друзів та знайомих, її життєвих інтересах і в кінцевому результаті на її поведінці в суспільстві.

Особливості обрання способу приховування злочину, як і саме приховування, немалою мірою залежать від статевої приналежності суб'єкта. Це пов'язане з психічними і фізіологічними особливостями, відмінностями типових поведінок в екстремальних ситуаціях, виходом із стресових ситуацій, а також іноді з явною різницею при обранні домінуючої мети приховування злочинів у двох протилежних статей. Чоловік, як правило, обирає найбільш складний, агресивний спосіб приховування злочину, пов'язаний із застосуванням певних фізичних зусиль, наприклад, приховування вбивства шляхом розчленування трупа. Жінки для приховування свого суспільно небезпечного діяння удаються, як правило, до допомоги інших осіб, іноді не пов'язаних з учиненням злочину. Приховування, здійснене особою жіночої статі, відрізняється особливою ретельністю, продуманістю та оригінальністю, обраний нею спосіб, як правило, мінімізований небезпекою і ризиком. Частий спосіб — утаювання і знешкодження. Для успішного розкриття злочинів необхідно розмежувати суб'єктів приховування злочинів за статевою ознакою з метою виявлення властивих їм тих чи інших особливостей. Проте слід урахувати деяку умовність поділу способів приховування злочину за цією ознакою. Особливо чітко це спостерігається в обранні жінками не притаманної їм поведінки: відвертого цинізму і особливої зухвалості при вчиненні злочинів, жорстокості, невмотивованої агресивності. Цей чинник обов'язково необхідно розглядати у взаємозв'язку з іншими чинниками, що впливають на приховування злочину.

Одним з таких чинників можуть бути вікові психологічні особливості злочинця. Наприклад, приховування злочину неповнолітніми має низку особливостей, властивих саме представникам цієї вікової категорії громадян. Це в основному обумовлене особливостями психології перехідного віку, незначним життєвим досвідом, схильністю

до наслідування, невмінням правильно оцінити ті чи інші явища, слабким розвитком системи “стримань”, деякою наївністю, відкритістю і т. ін. Способи приховування, що застосовують злочинці-підлітки, характеризуються, як правило, непевністю, поспішністю, непродуманістю та поверховістю. Всі навики і звички соціальної поведінки засвоюються неповнолітніми шляхом наслідування відомого дітям і підліткам зразка поведінки, рухів, дій, манер, вчинків дорослих. Таким чином, на обрання того чи іншого способу приховування злочину, наприклад, може вплинути недавно переглянутий детектив, в якому демонструються певні способи приховування, вдало обираються знаряддя і засоби здійснення цього замислу. З огляду на це можна виявити специфічні типовість і односторонність, конформність, притаманні неповнолітнім у вчиненні деяких дій щодо приховування злочину. Конформність — це підвладність груповому тиску і зміна своєї поведінки під впливом інших осіб, групи. Слід розрізняти навіювання і конформність. Навіювання — мимовільна податливість людини думці групи (зміна відбувається сама собою, щиро); конформність — свідома поступливість людини думці більшості групи з метою уникнення конфлікту з нею. Розрізняють внутрішню особисту конформність і демонстративну згоду з групою з різних причин[1]. Навіювання і конформність тією чи іншою мірою властиві кожній людині з дитинства і до останніх років життя, але на ступінь їх вираженості впливають вік, стать, професія, склад групи і т. ін. У підлітковому, юнацькому віці рівень конформності найбільш високий, потім знижується, після 25 років залишається у кожної людини на постійному індивідуальному рівні.

На поступливість людини групі впливають такі чинники: 1) особистісні характеристики самої людини — вік, стать, професія, життєві антисоціальні установи, попередня злочинна діяльність, рівень освіти та індивідуальний розвиток індивіда; 2) характеристики самої проблеми, характеристики стимульного матеріалу: чим складніший, амбівалентніший стимульний матеріал, тим частіше проявляється конформність. Категоріальні, якісні стимули (а не кількісні характеристики стимулів) збільшують здатність до опору груповому тиску; 3) кількість членів групи, ступінь згоди більшості. Так, збільшення групи призводить до зростання конформності; 4)

взаємостосунки людини і групи. Чим вищий ступінь прихильності людини групі, тим частіше проявляється конформність.

Вчинення злочину в групі, на наш погляд, безсумнівно також безпосередньо впливає на його приховування. Особам, що вчиняють злочини в групі, такі, як хуліганство, зґвалтування, властиві внутрішня невпевненість, слабовільність, слабохарактерність, низький рівень інтелектуального розвитку. Такі індивіди “підзаряджують” зухвалістю і фізичною силою один одного, вчиняючи, якщо так можна назвати, “вовчі”, “зграєві” злочини. Проте інтелект і волю запозичити один у одного вони не в змозі, що в свою чергу позначається на приховуванні злочину. Приховування таких злочинів характеризується примітивізмом способу його здійснення, непродуманим обранням знарядь і засобів для здійснення задуманого, спонтанністю і жорстокістю. Це значною мірою пояснюється імпульсивністю вчинення злочину, браком часу на приховування і, що нерідко трапляється, низьким інтелектуальним рівнем розвитку таких злочинців. У більшості випадків виконавці групового злочину внутрішньо сподіваються на те, що саме вони були не помічені у вчиненні злочину, і в зв’язку з цим взагалі не вдаються до приховування своїх дій.

Надійшла до редколегії 25.11.99

РЕЦЕНЗІЇ

Новий курс лекцій і сучасна російська кримінально-правова думка

Рецензований курс лекцій[*], підготовлений відомим російським ученим-криміналістом, заступником директора Інституту держави і права РАН, доктором юридичних наук, професором А. Наумовим на основі нового Кримінального кодексу Російської Федерації, прийнятого в 1996 р. У книзі знайшли відображення основні ідеї та засади сучасного російського кримінального права, які базуються на концепції прав людини, пріоритеті загальнолюдських цінностей, визнанні завдання кримінально-правової охорони прав і свобод людини як засадничої ідеї кримінального права, відповідності кримінально-правових заборон умовам ринкової економіки, що зароджується, та загальновизнаним нормам і принципам міжнародного права. Разом з тим автор додержується перевірених часом традицій кримінального законодавства та кримінально-правової науки і звертає увагу читача до тих положень, які зберегли своє значення й зараз. Таким чином, автору Курсу вдалося поєднати два основоположні принципи наукового дослідження — новаторство і наступність.

[*] *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. 590 с.

Рецензований Курс продовжує дореволюційну традицію російської юридичної науки — видання авторських підручників і курсів лекцій, бо останній авторський курс загальної частини кримінального права був опублікований видатним ученим М. Таганцевим аж у 1902 р.

Виданий А. Наумовим Курс лекцій вигідно відрізняється від будь-якого підручника з кримінального права. В Курсі більш детально викладено відповідні проблеми кримінального законодавства і кримінально-правової науки, включаючи їх історичні аспекти, характеристики процесу еволюції кримінально-правових поглядів і розгляд дискусійних питань. При викладенні навчального матеріалу автору вдалося уникнути характерного для підручників “академічного” стилю і наповнити його великою кількістю найбільш цікавих прикладів з судової практики, а також широко залучити матеріали художньої літератури і публіцистики. До тексту Курсу органічно увійшли складені автором біографічні довідки про творчу діяльність 15 найвідоміших вітчизняних криміналістів (як дорадянського, так і радянського періодів) і 52 навчальні схеми.

Автор правильно виходить з принципових позицій, що "в сучасному світі злочин не має класового характеру, а поняття про злочинне відбиває уявлення про необхідність кримінально-правового захисту загальновизнаних загальнолюдських цінностей від злочинних посягань" (с. 123). Він характеризує злочин як суспільне небезпечне, протиправне, винне і каране діяння, при цьому цілковито вірно підкреслює таке: "Суспільна небезпечність є внутрішньою об'єктивною характеристикою злочинів. І спроба відмовитися від цієї характеристики або від цієї ознаки є загрозою "виплеснути дитину": без цієї ознаки визначення злочину буде неповним. Буде незрозумілим, чому все ж таки певні діяння забороняються під страхом кримінального покарання" (с. 128).

Досить переконливо і аргументовано викладені й інші кримінально-правові інститути (поняття і значення складу злочину, об'єкт і предмет злочину, об'єктивна і суб'єктивна

сторони та суб'єкт злочину, співучасть у злочині, множинність злочинів, призначення покарання, звільнення від кримінальної відповідальності і покарання та ін.). При цьому "червоною ниткою" при викладенні матеріалу пронизують ідеї законності, гуманізму і демократизму.

На підставі відповідних міжнародних конвенцій автор формулює поняття міжнародного злочину та злочину міжнародного характеру і розглядає питання видачі (екстрадиції) іноземній державі осіб, які вчинили злочин.

У Курсі аналізуються також основні положення загальної частини кримінального права зарубіжних країн, відмічаються досягнення кримінально-правової думки, законодавства і практики боротьби зі злочинністю в розвинутих демократичних державах. Окремий розділ присвячено історії і сучасності основних напрямків (шкіл) у науці кримінального права.

Підручник написаний на високому науково-теоретичному рівні, ясною і доступною для читача літературною мовою.

Разом з тим деякі місця цього видання, на наш погляд, потребують певного уточнення або додаткової аргументації.

Зокрема, непослідовною і незавершеною видається позиція автора Курсу щодо об'єкта злочину. Спочатку він стверджує, що об'єкт злочину — “це ті інтереси (блага), яким заподіюється або може бути заподіяна шкода внаслідок злочинного посягання і які охороняються кримінальним законом від цих посягань” (с. 146). Далі ця думка уточнюється і відповідно до ч. 1 ст. 2 КК РФ наводиться перелік об'єктів злочину. Це права і свободи людини і громадянина, власність, громадський порядок і громадська безпека, довкілля, конституційний лад Російської Федерації, мир і безпека людства (с.

157). Але тут же услід викладено таке: “У радянській юридичній літературі об'єкт злочину традиційно визначається як суспільні відносини, що “охороняються кримінальним законом від злочинних посягань...У багатьох випадках тлумачення об'єкта злочину як певних суспільних відносин цілком справедливе, наприклад, у разі визнання об'єктом злочину відносин власності при крадіжці, грабежі та інших розкраданнях майна. У цьому випадку об'єктом злочину дійсно виступає безпосередньо не майно, яке розкрадається (йому при цьому не заподіюється будь-яка шкода), а саме відносини, що випливають з права власності... Однак у деяких випадках теорія об'єкта злочину як суспільних відносин “не спрацьовує”; особливо це стосується злочинів проти особи, у першу чергу вбивств” (с. 157). Після цього зроблено висновок: “Таким чином, об'єктом злочину слід визначити ті блага (інтереси), на які посягає злочинне діяння і які охороняються кримінальним законом” (с. 159). Тут між іншим виникають запитання: а що ж слід робити з суспільними відносинами, яке місце вони посідають серед благ та інтересів як об'єктів злочинних посягань, чи є суспільні відносини складовою частиною благ та інтересів або ж існують поряд з ними і незалежно від них? Можливо, навпаки, блага та інтереси є ядром (предметом) суспільних відносин. Остання позиція має місце в науковій літературі. На жаль, знайти відповіді на ці запитання в самому Курсі лекцій не вдалося.

При розгляді питання щодо вини у вчиненні злочину автор згадує про широке її розуміння як підстави кримінальної відповідальності (с. 224–225), про що свого часу йшлося у роботах Б. Утєвського. Видається, що цей параграф Курсу істотно виграв, якби автор зазначив, що не всі учені ототожнюють поняття вини і винуватості, і хоча б

коротко зупинився на тих позиціях, що знайшли відображення в працях Т. Сергеєвої, Ю. Демидова, Й. Ноя з цього питання.

З технічного боку дещо “загубленим” виглядає у Курсі інститут причетності до злочину, оскільки він текстуально розташований наприкінці параграфу “Відповідальність співучасників” (с. 328–330). Видається, що було б доцільнішим розглянути питання причетності до злочину в окремому параграфі.

Висловлені зауваження не зменшують значущості опублікованого А. Наумовим 2-го видання Курсу лекцій, яке являє собою фундаментальну й оригінальну наукову працю, розраховану на студентів, аспірантів, наукових і практичних працівників.

М. Панов, член-кореспондент АПрН України, доктор юридичних наук, професор НЮА України,

В. Борисов, член-кореспондент АПрН України, доктор юридичних наук, професор НЮА України,

В. Ємельянов, кандидат юридичних наук, доцент НЮА України

Насильство в сім'ї: спільна проблема

19–20 жовтня 1999 р. у Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого відбувся міжнародний семінар "Насильство в сім'ї: спільні проблеми", в якому взяли участь фахівці із США, науковці Харкова, працівники прокуратури, міліції, освіти, соціальні працівники.

У своїй доповіді віце-президент Академії правових наук України, академік Ю. Грошевий звернув увагу присутніх на те, що сьогодні в багатьох країнах питання насильства в сім'ї стали чи не найактуальнішими. Їх широкий аналіз розпочався, мабуть, після 1948 р., коли Загальна декларація прав людини проголосила право людини на життя, особисту недоторканність, заборону насильства, у тому числі сімейного. Ці установлення були розвинуті в рішеннях і резолюціях Генеральної Асамблеї, конгресів ООН, знайшли відображення в Конституції України. Ще в 1980 р. Президією Верховної Ради України була ратифікована Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок. Здійснено і багато практичних заходів: підготовлений проект Закону України про сімейне насильство (до речі, вченими Національної юридичної академії та Академії правових наук України підготовлений збірник "Проблеми насильства в сім'ї: правові та соціальні аспекти". — Харків: Право, 1999), у Києві заснований Всеукраїнський комітет захисту дітей, там же пройшла конференція з питань тортур щодо дітей в школах та сім'ях, правоохоронні органи та різні соціальні інститути активно працюють над проблемою дітей з неблагополучних сімей. Зіграла позитивну роль і книга для школярів про їх права з адресами, куди вони можуть звернутися в разі їх порушення.

Виконавчий директор громадської організації "Жінки допомагають жінкам" **Е. МакДоналд** визначила мету своєї організації як допомогу жінці в прийнятті рішення щодо сімейного насильства. Організація діє в рамках "Програми навчання по попередженню насильства в сім'ї", яка спонсорується на державному рівні. Ця програма розрахована на три етапи. Перший етап — попередня оцінка ситуації, зустрічі з представниками всіх секторів, що займаються цим питанням (муніципальні, правові, громадські жіночі організації, поліція, соціальна служба, медичні установи, різноманітні кризові центри та притулки). Другий етап — робота експертів, вироблення моделі всебічного підходу до розв'язання цієї проблеми. Третій етап — аналіз результатів проведеної роботи та обговорення подальших дій. На жаль, підкреслила доповідачка, реалізація програми зазнає певних труднощів. Аналіз роботи суддів у США показав, що майже 50 % справ, над якими вони працюють, — це справи, пов'язані з насильством у сім'ї. В той же час судді невдоволені тим, як ці справи вирішуються в судах. Виявилося, що судді не мають достатніх соціальних знань з питань сімейного насильства. Шляхом самопідготовки та організації семінарів і конференцій проблема недостатніх знань була розв'язана. Таким чином, з фахівців, представників різних секторів склалася координаційна рада, до якої увійшли люди, що можуть вирішувати проблеми завдяки своїй посаді (начальник відділів поліції, прокурори, судді, священнослужителі, медики). Робота ради одержала достатнє висвітлення у засобах масової інформації, за результатами діяльності ради була проведена конференція, внаслідок чого її робота ще більше активізувалася. Фахівці розподілилися на п'ять груп — правоохоронна, суддівська, медична, освітньо-навчальна, програмна. Ці групи працюють не ізольовано, часто люди з однієї групи беруть участь у розробленні та реалізації програм іншої або

постійно працюють у двох комісіях, що дає позитивний результат. Згодом фахівці вийшли за межі активної співпраці з правоохоронною системою, залучаючи до роботи адвокатів, радників та ін. Далі доповідачка звернула увагу присутніх на одну цікаву деталь: всі, хто співпрацював, почали краще розуміти сутність своєї конкретної справи по розв'язанню проблем насильства в сім'ї — разом зі знанням прийшло більш глибоке розуміння, на якісно вищому рівні. І тепер, коли фахівець виїжджає на місце, де було вчинено злочин, пов'язаний з домашнім насильством, всі вже знають, що їм потрібно робити. Після того, як були об'єднані зусилля, різко скоротилися злочини в сім'ї.

У доповіді завідувача кафедри кримінології та виправно-трудового права НЮА України професора **В. Голіни** підкреслено, що теоретичне осмислення сімейного насильства, розроблення відповідного законодавства і прикладних програм його втілення в життя є надзвичайно актуальним для сучасного українського суспільства. Насильство в сім'ї — це те шкідливе явище, яке трансформується в девіантну поведінку у підлітків, злочини неповнолітніх, молодих жінок. насильницькі злочини, вандалізм. У зв'язку з цим необхідно вирішити три важливі завдання: 1) суспільна актуалізація проблеми насильства в сім'ї; 2) прийняття законодавства з сімейного насильства; 3) організація в країні сприятливих умов його реалізації. Суспільна актуалізація насильства в сім'ї означає зміну офіційного ставлення до нього суспільства і держави. Передумовами її є делатентизація сімейного насильства, зміни суспільної думки, офіційна статистика. Певний досвід в цьому країна вже має. У багатьох країнах світу прийнято законодавство про попередження насильства в сім'ї (США, Англія, Аргентина, Індія, Перу, Еквадор та ін.). Доповідач зосередив увагу учасників семінару на основних положеннях майбутнього Закону України "Про попередження насильства в сім'ї": поняття сімейного насильства, яке містить у собі фізичну, сексуальну, психічну та емоційну шкод, завдану потерпілому, мета попередження; структура загальних і спеціалізованих органів з боротьби і попередження сімейного насильства; регламентація відповідних попереджувальних заходів; витоки і види забезпечення, контроль за попереджувальною діяльністю.

Перший заступник окружного прокурора округу Гамільтон, Цінціннаті, штат Огайо **Памела Сієрз** відзначила, що в Штатах існує закон про запобігання домашньому насильству, який має різноманітні форми застосування відповідних положень, але він використовується по-різному. Закон штату Огайо забороняє свідоме спричинення або спробу спричинення фізичного насильства в сім'ї або одному із членів сім'ї, у ньому також міститься положення, що стосується погрози на адресу одного із членів сім'ї. Доповідачка поділилася досвідом своєї діяльності щодо підготовки і поліцейських, і своїх колег з прокурорської служби, а також представників громадських організацій. Один з найбільш цікавих і важливих моментів, на який вона звернула увагу присутніх, полягає в тому, чи є насильство у сім'ї проблемою соціальною або проблемою правоохоронних органів. Вона підтримує другу точку зору: ця проблема має знайти своє відображення в процесі підготовки і поліцейських, і співробітників прокуратури. А коли вони працюють з громадськими організаціями, то роблять акцент на тому, що правоохоронні органи, поліція, прокуратура не можуть самостійно розв'язати цю проблему. Остання є також частково громадською проблемою, і представники общин повинні створити всі можливості для її розв'язання. Доповідачка навела цікаві дані про те, що приблизно 50 % усіх людей, які були покарані за різні злочини (проституцію, вживання наркотиків, керування автомобілем у нетверезому стані, напад на поліцейських), мають власну історію насильства у своїх сім'ях. Тому, прагнучи додержуватися законів, ми тим самим запобігаємо майбутньому злочину.

Офіцер поліції, інструктор поліцейських з питань насильства в сім'ї, викладач університету Цінціннаті, США **Джим Браун** поділився досвідом розв'язання проблем насильства в сім'ї. Одним з його обов'язків у поліцейській академії є навчання поліцейських всьому, що має відношення до насильства в сім'ї. Поліцейські звикли вважати. що являють собою могутню, міцну зброю контролю, людей, які можуть здійснювати контроль, карати осіб та відправляти їх у в'язницю. Однак що стосується проблеми насильства в сім'ї, то протягом 70–80-х років у поліцейських не було повноважень для розв'язання проблем, що виникають. З початку 90-х років ситуація змінилася: згідно з законом поліцейські одержали не просто право, а наказ на арешт людей — винуватців насильства у сім'ї. Але це право можна розцінювати як тільки тимчасове розв'язання проблеми, тому що людина, яка вчиняє насильство в сім'ї, навіть якщо вона сьогодні заарештована і залишила свій будинок, часто повертається туди знову, буквально наступного дня, тим більше, що до суду для розглядання справи (це, звичайно, відбувається через тиждень після чергового конфлікту сім'ї) жертва насильства так і не з'являється. Відповідно до присяги, яку поліцейські складають, їх завдання — захистити людей та дати їм можливість реалізувати свої права. Таким чином, коли ви не є частиною розв'язання проблеми, ви стаєте частиною цієї проблеми. І це все знову повертається до проблеми контролю та управління. Зараз ми прагнемо того, щоб створити цілу мережу, яка могла б сприяти тому, що насильство в сім'ї врешті-решт буде засуджено. Ми звернулися до кожного поліцейського з проханням не розглядати випадки насильства в сім'ї як другорядні, а надавати йому значення вбивства людини.

Психолог, співдиректор програми "Насильство в сім'ї" **Джодін Гранді** (США) звернула увагу присутніх на те, що проблема насильства в сім'ї — це проблема багатьох

століть. Лише починаючи з 70-х років нашого століття жителі Америки стали пильніше досліджувати проблему насильства в сім'ї. У 1978 р. було прийнято закон "Про боротьбу з насильством у сім'ї штату Огайо". В усіх штатах Америки почали відкриватися притулки для жінок — жертв сімейного насильства. На початку 80-х років доповідачка працювала в одному з таких притулків. У процесі роботи вона та її співпрацівники зрозуміли, що об'єктом піклування повинні бути не тільки жінки, а й діти. Спочатку вони називали себе громадськими адвокатами, тобто помічниками тих людей, що були пов'язані з роботою правоохоронних органів, але ця спільна робота не дуже їм подобалася, бо не було чіткого уявлення про те, як правоохоронні органи підтримають їх у вирішенні проблеми насильства жінок у сім'ї. Допомагати жертвам насильства треба так, щоб вони мали можливість одержати і прийняти цю допомогу. З цього приводу нещодавно у США виник рух, який можна назвати національним рухом щодо запобігання домашнього насильства. Доповідачка відзначила, що в своїй практиці вона зустрічалася з жертвами домашнього насильства в сім'ях, які мали багато грошей і які їх не мали. Але в усіх сім'ях жертви насильства зазнають на собі знущання і відчувають одні й ті ж почуття. Дорослі жертви домашнього насильства часто погано почувають себе психологічно, тому що у них значно знижена самооцінка. Вони залякані і звичайно дуже бояться фізичного насильства, а також часто соромляться такого ставлення партнерів до себе — це викликає у них депресію, суїцидальний синдром. Далі доповідачка зосередила свою увагу на проблемах дітей, які також часто переносять фізичне насильство, внаслідок чого дитина стає калікою, хворою. Все це відбувається через стресову атмосферу в сім'ї. Насильство негативно впливає на психіку дитини. Статистика свідчить, що діти, які були жертвами насильства в сім'ї, ставши дорослими,

вчиняють подібне насильство в своїх сім'ях. Такі діти тяжко переносять проблеми соціального і емоціонального характеру, вони слабкі, повільніше розвиваються ментально і фізично, ніж їх ровесники, а також мають низьку самооцінку.

Завідувачка кафедри психології ХГІ "Національна українська академія" професор **І. Головньова** розглянула проблему внутрішньосімейної агресії як наслідок статево-рольового конфлікту, який відбувається в сім'ї в результаті зміни рольових відносин чоловіка і жінки. Чоловік у масштабах соціуму втрачає традиційну роль "добувача", професійна конкуренція проникає у сім'ю, виникає сім'я з двома кар'єрами. Коли жінка бере на себе в сім'ї ті функції, які традиційно вважалися суто чоловічими сімейними ролями, то зміни повинні торкнутися і функцій чоловіка. Через це в сім'ї відбувається статево-рольовий конфлікт. А будь-який конфлікт підвищує рівень агресивності міжособистісних стосунків і врешті-решт може призвести до насильства. Рольові конфлікти часто відбуваються в формі вербального насильства, що менш помітно порівняно з фізичним, але породжує не менш серйозні наслідки для стабільності сім'ї та психологічного і фізичного здоров'я партнерів. Другою особливістю цих конфліктів є те, що як "агресор" тут часто виступає жінка. Її дратує чоловік у ролі нахлібника. Ця ситуація є особливо характерною для традиційно орієнтованих жінок, які сприймають та оцінюють чоловіка передусім як "добувача". Реакції на цю ситуацію відбуваються у спектрі від вербальної агресії до пошуку "справжнього чоловіка" деінде. Доповідачка відзначає, що ареною боротьби стала і сім'я, де апробуються моделі стосунків, засновані на мінливості статевих ролей. Війни без агресії не буває, але, на жаль, поширення різноманітних форм агресивної поведінки всередині сім'ї набуває широкомасштабного характеру.

Асистент кафедри психіатрії, наркології, суспільної та медичної психології Харківського медичного університету, кандидат медичних наук **Г. Золотарьов** відзначив складність розв'язання проблеми насильства в сім'ї, яка визначається делікатністю сфери вивчення. Внутрішні сімейні стосунки являють собою "табу" для офіційного втручання, з яким саме і мають справу юристи. Учасники внутрісімейного конфлікту часто оцінюють його продовження як найменше зло стосовно втручання правоохоронних органів. Тут психіатр перебуває в кращому становищі і часто залучається пацієнтами до розв'язання проблем анонімно. Доповідач використав дані, одержані в результаті психотерапевтичної патології, саме тоді агресія стосовно рідних і оточуючих або мазохістське провокування агресії близьких є симптомом психічного розладу. Відповідно до напрямку насильства в сім'ї можна виділити такі варіанти: насильство батьків над дітьми; насильство подружжя або коханців; насильство дітей стосовно один одного; насильство над родичами похилого віку. Психологічні мотиви насильства в сім'ї також можна умовно поділити на культуральні, соціально-психологічні, патопсихологічні, сексуальні. Згідно з теорією акцептуальної особистості доповідач вивів типовий психологічний профіль жертви сімейного насильства і "сімейного агресора", акцентуючи увагу на тому, що жертви насильства демонструють психастенічний або гіпотимний склад особи, який може бути як наслдіком насильства в дитинстві, так і віктимним чинником, провокуючим близьких на насильство. Основою віктимної поведінки жертви при насильстві в сім'ї є розвиток специфічного амбівалентного ставлення до родича, який чинить насильство, формування у жертви впевненості у праві "агресора" на насильство. Цей феномен потребує обов'язкової сімейної психотерапії.

Начальник управління з соціальних питань Харківської міської ради, кандидат соціологічних наук **С. Горбунова-Рубан** виступила з доповіддю "Вплив низького рівня життя на зростання насильства в сім'ї". Наведений нею матеріал свідчить про те, що за останні десять років рівень життя громадян України різко знизився (від 7 % у 1987 р. до 78 % у 1997 р.). Крім цього, спостерігається тенденція до послідовного зростання кількості малозабезпечених сімей. Усе це негативно впливає на сім'ю. Матеріальна незабезпеченість її членів постійно тримає людей у стресовому стані. На фоні цього явища виникають послаблення в психічному стані громадян, які супроводжуються агресією чи депресивними проявами. У цій ситуації особливу увагу викликають сім'ї з дітьми, в яких діти стають жертвами обставин, що склалися. Існує декілька моделей поведінки членів сімей: пасивна поведінка, яка приводить до катастрофічного поринання у злидні, очікування від когось невідомого допомоги, наявності асоціальних форм поведінки; агресивна поведінка членів сім'ї, які шукають винного в їх становищі і теж очікують на допомогу від когось невідомого; активна поведінка, спрямована на пошуки нових можливостей, надія тільки на самих себе. В сім'ях, стосунки в яких розвиваються згідно з першими двома моделями, як правило, виникають конфліктні ситуації, в основі яких лежить асоціальна поведінка (жебракування, алкоголізм, токсикоманія) чи агресія. Все це поширюється не тільки на дорослих членів сім'ї, а й на дітей. Результатом насильства в сім'ї з низьким рівнем життя стають асоціальні явища, масштаби яких досягають загальнодержавних. Маються на увазі жебракування і бродяжництво серед дітей, зростання кількості неблагополучних сімей, збільшення кількості дітей, яких залишають при народженні молоді жінки (навіть неповнолітні) та сімейні пари, які вже мають декількох дітей. Низький рівень життя не дає можливості поліпшувати

культурний рівень сім'ї. Відсутність книжок, часто телевізора, моральне падіння дорослих членів сім'ї створюють обстановку бездуховності та відчаю, що в свою чергу супроводжується агресією та насильством у сім'ї.

Аспірантка кафедри практичної психології біологічного факультету Харківського національного університету **О. Кочемировська** зазначила, що підлітки — одна з найбільш вразливих верств населення, з точки зору як можливості стати жертвами насильницьких дій, так і актуалізації цих дій самими підлітками. Нестійкість емоційної сфери, несформована ціннісна система, схильність до копіювання "справжньої дорослої поведінки", потреба у самоутвердженні поєднані з негативним соціальним типом сучасної України. Проведене в школах Харкова дослідження показало, що обстежені (це представники так званих "благополучних сімей") не характеризуються ні асоціальною, ні делінквентною поведінкою, мають досить високий рівень інтелектуального розвитку. Дослідження виявило вікові особливості психосемантичної структури переживання насильства у молодших підлітків, дозволило здійснити психосемантичну класифікацію різноманітних форм насильства щодо них та виявити вікову динаміку змін у психосемантичній структурі переживання.

Президент Харківської міської жіночої громадської організації "Надія", директор "Кризового центру" для жінок **О. Ковтун** розповіла про діяльність "Кризового центру" для жінок, який було створено у січні 1998 р. за ініціативою "Надії" та підтримки Харківського міського жіночого фонду і Центру східної медицини. Мета "Кризового центру" — надання психологічної, медичної та юридичної допомоги жінкам, що її потребують. Тут жінкам надаються консультації, проводяться лекції лікарів, психологів, юристів, тренінги з безконфліктного спілкування, жіночого лідерства, прав жінок, поведінки у критичних обставинах, здорового способу життя та попередження

насильства, працюють групи підтримки жінок, захищаються права жінок у судах. Усі послуги надаються кваліфікованими фахівцями безкоштовно. За час існування до центру за допомогою звернулося близько 500 жінок. За результатами аналізу звернень були виявлені головні причини виникнення кризових ситуацій у жінок, найголовнішими з них виявилися конфлікти в сім'ї. Більшість жінок, які потерпають від насильства в сім'ї, перебувають у стані відчаю, розгубленості, депресії, невпевненості у собі та у майбутньому, вони відчувають жах за себе та за своїх дітей.

Завідувач кафедри соціології та політології НЮА України, професор **Н. Осипова** підбила підсумки семінару, проаналізувала роботу, зазначивши, що фахівці Харкова і Цінціннаті мають схожі погляди на розв'язання проблеми насильства в сім'ї. Реалізація комплексного підходу до розв'язання цієї проблеми безумовно потребує створення в Харкові координаційної ради (комітету) з чотирьох-п'яти напрямків, що мають забезпечити зміну громадської свідомості щодо припинення та попередження насильства, роботу груп міліції, судів, жіночих організацій, медичних працівників та створення відповідного законодавства.

Матеріал підготувала

доктор філософських наук, професор,

завідувач кафедри соціології та політології

НЮА України ***Н. Осипова***

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СІМЕЙНИХ СТОСУНКАХ В УКРАЇНІ ТА ДОСВІД США

20 жовтня 1999 р. в Харкові у приміщенні Президії Академії правових наук України відбувся "круглий стіл" "Проблеми законодавчого регулювання правопорушень у сімейних стосунках в Україні та досвід США". "Круглий стіл" був проведений Академією правових наук України, лабораторією вдосконалення правового становища жінок АПрН України при підтримці міжнародної асоціації міст-побратимів Цінцінатті-Харків. У роботі семінару взяли участь представники Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,

працівники органів прокуратури Харківської області, судів м. Харкова, УМВС в Харківській області, Управління у справах неповнолітніх Харківської облдержадміністрації, засобів масової інформації та громадських жіночих організацій "Харківський центр жіночих досліджень", "Жіноча громада", "Світ жінок". З американської сторони в обговоренні проблем, пов'язаних з правопорушеннями в сімейних стосунках, взяли участь головний помічник прокурора округу Гамільтон (м. Цінціннаті, США) **Памела Сієрс**, офіцер поліції, інструктор поліцейських з питань насильства в сім'ї, викладач університету м. Цінціннаті (США) **Джеймс Браун**, виконавчий директор громадської організації "Жінки допомагають жінкам" (м. Цінціннаті, США) **Енн Макдоналд** та координатор проекту "Попередження насильства в сім'ї" (м. Цінціннаті, США) **Джодін Ґранді.**

З привітаннями до учасників "круглого столу" звернулися віце-президент Академії правових наук України академік **Ю. Грошевий** та пані **Джодін Ґранді.** Було відзначено, що проблема насильства в сім'ї вже давно стала предметом громадської уваги та обговорення у більшості країн світу, значний досвід у розв'язанні цієї проблеми мають США, де впроваджено ефективний механізм захисту прав громадян від насильства в побутових та родинних стосунках.

Завідувачка лабораторією вдосконалення правового становища жінок АПрН України **О. Руднєва** зупинилася на питаннях попередження насильства в сім'ї в контексті міжнародно-правових зобов'язань України. В українському законодавстві охорона особи від насильницьких дій у побуті і родинних стосунках урегульована не повною мірою. Національне законодавство вирішує цю проблему на рівні загальних норм. Стаття 28 Конституції України встановлює: "Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню". Україна ратифікувала найважливіші міжнародні документи з прав людини — конвенції ООН "Про права дитини" та "Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок", де серйозна увага приділяється проблемам попередження насильства. Нагальною потребою сьогодення є прийняття Закону України "Про попередження насильства в сім'ї", в якому необхідно встановити спеціальні заходи щодо захисту від насильства в сімейних стосунках.

Головний помічник прокурора округу Гамільтон (м. Цінціннаті, США) пані **Памела Сієрс** у своєму виступі зупинилася на питанні про систему охоронних наказів, яка існує в

США. Вона відповіла на чисельні запитання стосовно порушення процедури про призначення охоронних наказів та розповіла про деякі моменти роботи прокуратури округу Гамільтон штату Огайо. Більшість охоронних наказів складаються з прямих наказів суду обвинуваченій стороні про заборону безпосередніх актів насильства або дій, що можуть призвести до насильства. Порушення такого наказу тягне за собою цивільно-правову або кримінальну відповідальність правопорушника. Процедура видачі постійного або тимчасового наказу вирішуються в кожному окремому випадку індивідуально.

У виступі завідувача кафедри кримінології та виправно-трудового права НЮА України, професора **В. Голіни** йшлося про те, що насильство в сім'ї відображається на фізичному і емоційному стані тисяч жінок та дітей в Україні і тому ця проблема вже вийшла за межі суто "сімейної справи" і стала об'єктом уваги установ соціального захисту населення та правоохоронних органів. Проблема попередження насильства в сім'ї є частиною загальної проблеми про сім'ю та сімейне неблагополуччя, яке виступає однією із причин формування антисуспільної поведінки та деградації особистості неповнолітніх. Як правило, насильство спрямоване на найбільш вразливих членів сім'ї — дітей, старих людей та жінок. Творчим колективом лабораторії вдосконалення правового становища жінок АПрН України розроблений проект Закону України "Про попередження насильства в сім'ї". Центральне місце в цьому законопроекті приділяється саме соціальній профілактиці та захисту від насильства в сім'ї.

У своєму виступі офіцер поліції, поліцейський інструктор з питань насильства в сім'ї, викладач університету м. Цінціннаті (США) **Джеймс Браун** повідомив про межі втручання держави та правоохоронних органів у приватне життя та особисті стосунки за законодавством США. Охороняючи сферу приватного життя своїх громадян, їх особисті права та інтереси, держава забезпечує механізм захисту при звернені громадян за допомогою в разі насильницьких зазіхань та притягує до відповідальності правопорушників.

Начальник Управління у справах неповнолітніх Харківської облдержадміністрації **С. Пишна** зупинилася на проблемі правопорушень серед неповнолітніх. Вона відмітила, що все більш очевидним стає той факт, що насильство в сім'ї, дитяча безпритульність та злочинність неповнолітніх тісно пов'язані між собою та взаємообумовлені. Неухильне

зростання бродяжництва та жебрацтва, так само як і інші правопорушення неповнолітніх, стають загрозливою соціальною проблемою на рівні держави.

Виконавчий директор громадської організації "Жінки допомагають жінкам" пані **Енн Макдоналд** розповіла про участь громадських організацій у здійсненні правосуддя в США з питань насильства в сім'ї. Головною метою роботи цієї громадської організації, яка працює близько 20 років, є допомога жінкам, які постраждали від насильства в сім'ї. Цілодобова робота телефону довіри, допомога психолога, заняття для дітей з неблагополучних сімей — це далеко не повний обсяг обов'язків працівників даної організації. У США існує багато притулків для жінок і дітей, де вони можуть залишитися на деякий час після насильства, вчиненого щодо них. Доповідачка відповіла на багато запитань стосовно роботи цієї громадської організації.

У виступі доцента НЮА України **І. Жилінкової** йшлося про сім'ю як об'єкт правового захисту. Сім'я і різноманітні види побутових стосунків, що складаються між її членами, є об'єктом правового регулювання різних галузей права і в першу чергу цивільного та сімейного права. Посилаючись на відсутність у законі легального визначення сім'ї, доповідачка зупинилася на аналізі поняття "сім'я" з точки зору українського та міжнародного законодавства.

В обговоренні питань стосовно меж втручання держави і правоохоронних органів у приватне життя та особисті стосунки, використання охоронних наказів як превентивного заходу та інших взяли участь судді, працівники обласної прокуратури, УМВС по Харківській області, співробітники Управління у справах неповнолітніх Харківської облдержадміністрації, представники неурядових жіночих організацій та засобів масової інформації.

Матеріал підготували:

завідувачка лабораторії вдосконалення

правового становища жінок АПрН України **О. Руднєва;**

науковий співробітник лабораторії

вдосконалення правового становища жінок АПрН України ***О. Дашковська***

НАУКОВА ХРОНІКА

Загальні збори Академії правових наук України

3 березня 2000 р. відбулися загальні збори Академії правових наук України, де було розглянуто чотири питання.

З доповіддю “Про основні підсумки діяльності Академії у 1999 р. та її завдання на перспективу”, виступив президент Академії, академік НАН України В.Тацій (текст доповіді вміщений в цьому номері Вісника).

В обговоренні доповіді взяли участь академіки А.Рогожин, В.Сташис, О.Підопригора, В.Янчук, член — кореспондент Ю.Тодика, заступник керівника Київського регіонального центру О.Крупчан.

У виступах аналізувалась робота відділень Академії, Київського регіонального центру, Науково-дослідних інститутів та лабораторій Академії.

Зазначалося, що члени Академії багато зробили для розвитку правової науки, посилення її ролі у розв’язанні проблем соціально-економічного, політичного та культурного розвитку нашої країни.

Висловлювалась думка про необхідність активізувати роботу відділень Академії по формуванню напрямків наукових досліджень. Координаційні бюро відділень повинні стати осередком координації наукових та дисертаційних досліджень, які здійснюють науково-дослідні установи та навчальні юридичні заклади освіти України з відповідних галузей права, організувати та проводити обговорення найбільш актуальних проблем розвитку юридичної науки.

Висловлювалася думка про необхідність розробки дострокової програми використання аспірантури для підготовки висококваліфікованих наукових кадрів для НДІВПЗ та НДІППП, насамперед із залученням випускників Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого та юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

В найближчій перспективі Академія правових наук повинна докласти усіх зусиль для наукового та законодавчого забезпечення основних пріоритетів стратегії економічного та соціального розвитку України на 2000-20004 р.р.

Наступне питання загальних зборів Академії було присвячено обговоренню виконання Президією АПрН України п.11 Статуту Академії.

Президент Академії В.Тацій зазначив, що відповідно до п.11 Статуту Академії правових наук України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 2 лютого 2000 р. № 210, після досягнення дійсними членами (академіками) та членами-кореспондентами Академії 75-річного віку можуть бути відкриті вакансії для обрання нових дійсних членів та членів- кореспондентів у межах наявних бюджетних асигнувань.

При цьому за дійсними членами та членами-кореспондентами Академії, які досягли зазначеного віку, зберігаються всі права її членів.

У зв'язку із наведеним є доцільним, у найближчий час розглянути питання стосовно реалізації п.11 Статуту та об'явити конкурс на відповідні вакантні місця.

На загальних зборах Академії було доручено Президії Академії розглянути зазначене питання на своєму засіданні та об'явити конкурс для обрання дійсних членів (академіків) та членів-кореспондентів у межах наявних вакансій та бюджетних асигнувань.

Загальними зборами було розглянуто питання про затвердження члена-кореспондента В. Костицького директором Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва.

Останнє питання порядку денного засідання загальних зборів Академії було присвячено виборам іноземного члена АПрН України.

Відділення кримінально-правових наук Академії відповідно до п.29 Статуту Академії висунуло для обрання загальними зборами Академії іноземним членом відомого вченого-правознавця, віце-президента Російської Академії наук, академіка РАН, доктора юридичних наук, професора Володимира Миколайовича Кудрявцева.

Загальні збори Академії підтримали кандидатуру В.М.Кудрявцева і одноголосно обрали першим іноземним членом Академії правових наук України.

НАШІ ЮВІЛЯРИ

75

Виповнилося 75 років від дня народження відомого вченого-правознавця в галузі аграрного права, доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України **Василя Зіновійовича Янчука.**

В. З. Янчук народився 23 січня 1925 р. у с. Монин Погребищенського району Вінницької області у родині селянина. Свою трудову діяльність розпочав у 1939 р. старшим піонервожатим середньої школи у с. Сопин цього району. З липня 1943 по лютий 1945 р. навчався у Дніпропетровському артилерійському училищі. З лютого 1945 р. по серпень 1945 р. перебував у діючий армії, звільнений у запас у зв'язку з пораненням.

У 1950 р. В. З. Янчук закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка. Науково-педагогічну діяльність розпочав у 1952 р. на юридичному факультеті цього університету. У 1954 р. захистив кандидатську дисертацію на тему "Матеріальна відповідальність за договором МТІ", а у 1969 р. — докторську дисертацію на тему "Теоретичні проблеми кодифікації законодавства про колгоспи". Вчене звання професора присвоєне у 1971 р.

З 1962 р. до 1983 р. В. З. Янчук працював на кафедрі цивільного права Київського державного університету. в 1972 р. заснував кафедру трудового, колгоспного і природоохоронного права, яку очолював до квітня 1976 р. до лютого 1983 р. працював професором цієї кафедри. З 1983 до 1986 р. — завідувач сектора правових проблем споживчої кооперації Київського філіалу Всесоюзного науково-дослідного інституту економіки споживчої кооперації Центроспілки СРСР. З 1986 р. працював професором кафедри аграрного права Інституту післядипломної освіти керівників і спеціалістів АПК Мінсільгосппроду України. Нині — завідувач кафедри аграрного, екологічного і трудового права Національної академії управління.

У 1993 р. В. З. Янчук обраний дійсним членом (академіком) Академії правових наук України по відділенню правових проблем охорони навколишнього середовища і аграрного права, а у 1995 р. — дійсним членом Міжнародної академії інформатизації. нагороджений трьома медалями.

Все своє творче життя В. З. Янчук присвятив науковим дослідженням колгоспного і аграрного права, брав безпосередню участь у розробці проекту закону "Про колективне сільськогосподарське підприємство" та низки інших законопроектів.

В. З. Янчук зробив істотний внесок у розвиток юридичної науки. Протягом своєї майже 50-річної наукової і викладацької діяльності він видав понад 150 наукових праць. Найбільш відомими з них є: "Проблемы теории колхозного права" (1969), "Правовое положение специалистов колхозов" (1979), "Юридический справочник работника сельського хозяйства" (1986), "Примірний Статут колгоспу. Науково-практичний коментар" (1988). В. З. Янчук брав участь у підготовці підручників з земельного, колгоспного та аграрного права. Зокрема, в 1996 і 1999 рр. видано за його авторством і редакцією підручник "Аграрне право України".

В. З. Янчук є членом спеціалізованих вчених рад на юридичному факультеті Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, на юридичному факультеті Львівського університету ім. Івана Франка та Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

Становлення аграрного права України як наукової галузі та навчальної дисципліни значною мірою пов'язане з ім'ям В. З. Янчука.

Принциповість та порядність, широка ерудованість та відданість науці, сумлінне ставлення до виконання своїх обов'язків, високі людські якості здобули В. З. Янчуку авторитет та повагу широкої юридичної громадськості.

Президія Академії правових наук України, редакційна колегія "Вісника Академії правових наук України" щиро вітають **Віталія Зіновійовича Янчука** з ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, творчої наснаги і подальших успіхів.

50

Виповнилося 50 років з дня народження члена-кореспондента Академії правових наук України, Заслуженого юриста України, кандидата юридичних наук, професора, проректора з навчальної роботи Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого, завідувача кафедри цивільного процесу академії **В'ячеслава Васильовича Комарова.**

В. В.Комаров народився 1 січня 1950 р. в м. Комсомольську Донецької області. Після служби у Збройних Силах з 1972 р. він навчався в Харківському юридичному інституті, який закінчив з відзнакою, і у жовтні 1976 р. був зарахований в аспірантуру. З цього часу все його подальше життя пов'язане з Харківським юридичним інститутом, нині — Національною юридичною академією України ім. Ярослава Мудрого. Тут він пройшов шлях від асистента до завідувача кафедри, проректора з навчальної роботи.

У жовтні 1980 р. В. В. Комаров успішно захистив кандидатську дисертацію, а з 1982 р. незмінно очолює кафедру цивільного процесу академії. Він підготував 9 кандидатів юридичних наук, здійснює наукове керівництво та консультування аспірантів і докторантів. Більшість його учнів працює на кафедрі цивільного процесу академії.

В. В.Комаров — відомий фахівець у галузі цивільного і арбітражного процесів, нотаріату, міжнародного комерційного арбітражу. Він зробив істотний внесок у розвиток науки цивільного процесуального права і формування наукової школи харківських процесуалістів. Його наукові праці — монографії, підручники, навчальні посібники, коментарі законодавства та судової практики, численні публікації в періодичних виданнях — охоплюють актуальні проблеми теорії цивільного процесуального права.

В. В. Комаров є автором понад 100 наукових праць. Найбільш відомі його роботи з питань судової влади та правосуддя по цивільних справах, арбітражного процесу, нотаріату і нотаріального процесу, міжнародного комерційного арбітражу. Його підручники та навчальні посібники є без перебільшення настільними книгами для студентства, практичних працівників, абітурієнтів. Декілька фундаментальних наукових праць В. В. Комарова опубліковано в престижному європейському науковому збірнику "Міжнародний цивільний

процес” (Кельн, Німеччина), в якому досліджуються проблеми порівняльного європейського цивільного процесуального права.

В. В. Комаров протягом багатьох років є членом Науково-консультативної Ради Верховного Суду України, членом робочих груп по розробці проектів Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу про адміністративні процедури, членом міжнародної робочої групи по розробці проекту модельних правил цивільного судочинства Міжпарламентської Асамблеї країн — держав СНД.

В. В. Комаров — ініціатор нових напрямків у сфері юридичної освіти. Його багатогранна науково-педагогічна та громадська діяльність сприяла розвитку юридичної освіти в Україні. За його безпосередньою участю були обґрунтовані пропозиції щодо нових стандартів юридичної освіти, методик і технологій у педагогічній практиці. Він був активним членом ініціативних груп по створенню Асоціації юридичних шкіл України і став її першим Президентом. В. В. Комаров є заступником голови Науково-методичної комісії з правознавства Міністерства освіти і науки України та заступником голови фахової ради з права Державної акредитаційної комісії України, членом редакційних колегій збірників наукових праць, у тому числі “Вісника Академії правових наук України”.

Науково-педагогічна громадськість, студентство знають В. В. Комарова як щиру, скромну та відповідальну людину, талановитого вченого і педагога.

Президія академії правових наук України, редакційна колегія “Вісника Академії правових наук України” щиро вітають **В’ячеслава Васильовича Комарова** з ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, великих успіхів у науковій, педагогічній діяльності та організації юридичної освіти, благополуччя і процвітання.

ЗМІСТ

Про основні підсумки діяльності Академії правових наук України в 1999 році та її завдання на перспективу 3

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Петришин О. Державна служба як проблема теорії державні права 21

Раданович Н. Проблеми забезпечення відповідності законодавства України Конвенції про захист прав людини і основних свобод: загальнотеоретична характеристика 34

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Тодика Ю. Конституція і правова доктрина 42

Колісник В. Роль парламенту України в забезпеченні розвитку міжнаціональних відносин та деякі питання вдосконалення його діяльності 51

Мурашин О. Акти прямого народовладдя, їх система та класифікація.....61

Шевчук С. Значення загально правового принципу пропорційності для визначення конституційності законодавчих обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) 69

ДО 55-РІЧЧЯ ПЕРЕМОГИ НАД ФАШИЗМОМ

Рабінович П. Радянська законність у роки Великої Вітчизняної війни 77

ПИТАННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Мироненко О. Вітчизняний конституціоналізм від І. Мазепи до К. Розумовського (1687—1764) 82

Козаченко А. Уряд сотника в другій половині XVII ст.: історико-правовий погляд.....99

ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Азімов Ч. Сервітути в цивільному праві України 107

Жилінкова І. Імперативне і диспозитивне регулювання майнових відносин у сім'ї 115

Карманов Є. Розвиток та сучасні проблеми правового регулювання банківського вкладу в іноземній валюті .. 120

ПРАВО І ЕКОЛОГІЯ

Гетьман А. Законодавчі аспекти зародження екологічних прав людини.....129

ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Мельник М. Відповідальність за хабарництво: історичний аспект 138

***Дудоров* О.** Злочини, пов'язані з банкрутством: проблеми кваліфікації та вдосконалення законодавства ... 154

Ємельянов В., Ліпкан В. Про деякі аспекти вивчення особи терориста 166

ТРИБУНА ДОКТОРАНТА

Степанюк А. Роль принципів у формуванні кримінально-виконавчого законодавства.....171

Рубаник В. Зародження, становлення і розвиток інституту права власності в дореволюційній історіографії 181

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

***Тодика* О.** Конституційно-правове закріплення принципів участі громадян країн СНД у виборах..... 190

Павленко Ж. Основні підходи до побудови інтелектуальних систем, заснованих на юридичних знаннях 197

Даньшин М. Спосіб приховування злочину в теорії криміналістики: тактико-психологічні проблеми 207

РЕЦЕНЗІЇ

Новий курс лекцій і сучасна російська кримінально-правова думка *(**М. Панову В. Борисов, В. Ємельянов**)* 214

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Насильство в сім'ї: спільна проблема *(**Н. Остова**)* 218

Проблеми законодавчого регулювання правопорушень у сімейних стосунках в Україні та досвід США (***О. Руднєва, О. Дашковська**)* 229

НАУКОВА ХРОНІКА

Загальні збори Академії правових наук України *(**А. Гетьман**)* 230

НАШІ ЮВІЛЯРИ

В. З. Янчуку - 75 років 232

В. В. Комарову — 50 років.....234