

Електронне видання
2013 - №2 (3)

**ПРАВО І
ГРОМАДЯНСЬКЕ
СУСПІЛЬСТВО**
науковий журнал

Рекомендовано Вченою радою Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет

Рік заснування: 2012

Засновник: Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Видавець: юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Тематика згідно з галуззю науки «12.00.00 – Юридичні науки» відповідно до чинного переліку галузей наук

ISSN: 2227-6238

УДК: 34+35

Періодичність: 4 рази на рік

Наказом Міністерства освіти і науки України від 10.10.2013 №1411 електронне періодичне видання "Право і громадянське суспільство" включено до Переліку наукових фахових видань України

Висвітлюються сучасні тенденції та актуальні питання розвитку науки конституційного, цивільного, господарського, земельного, кримінального, адміністративного, фінансового права, а також теорії держави і права. Здійснюється аналіз чинного законодавства.

Рекомендовано Вченою радою юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет (Протокол №4 від 20.12.2013 р.)

Редакційна колегія

Головний редактор

Заступник головного редактора

Заступник головного редактора

Відповідальний секретар

ГРИЦЕНКО Іван Сергійович

БЕРЗІН Павло Сергійович

МІРОШНИЧЕНКО Анатолій Миколайович

МОСКАЛЮК Олександр Володимирович

АНДРУШКО Петро Петрович

ЗАЙЧУК Олег Володимирович

ІНШИН Микола Іванович

КОПИЛЕНКО Олександр Любимович

КОТЮК Іван Ілліч

КРАСНОВА Марія Василівна

МАЙДАНИК Роман Андрійович

МАЛИШЕВ Борис Володимирович

ПОГОРЕЦЬКИЙ Микола Анатолійович

ПОГРЕБНЯК Станіслав Петрович

ПОРТНОВ Андрій Володимирович

ПРИШВА Надія Юріївна

ФУРСА Світлана Ярославівна

ЩЕРБИНА Валентин Степанович

СУМСКОЙ Дмитро Олександрович (РФ)

ВИННИЧЕНКО Олег Юрійович (РФ)

КЕЛЛІ Крістофер (США)

ПОЛЛІНЗ Марк (США)

ЗАЛІЗНЯК Павло Мар'янович

д-р юрид. наук

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

канд. юрид. наук, доц.

канд. юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р. юрид. наук, доц.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, доц.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

Комп'ютерна верстка

Мінімальні системні вимоги: операційна система MS Windows 98/2000/XP/2003, браузер MS Internet Explorer версії 5 та вище, Adobe Acrobat (Adobe Reader).

Адреса редколегії журналу

01601, Київ, вул. Володимирська, 64

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

юридичний факультет

редакція наукового журналу «ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО»

тел. (044) 235-4327

E-mail: lcs_knu@meta.ua

<http://lcslaw.knu.ua/>

Редакція залишає за собою право редагувати матеріали. Опубліковані статті відображають думку авторів і можуть не збігатися з позицією редакції. При використанні матеріалів посилання на видання є обов'язковим.

ЗМІСТ

Теорія та історія держави і права

<i>Погребняк С.П., Уварова Е.А.</i> Сопротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека).....	4
<i>Малишев Б.В.</i> Правові явища зі сфери належного та зі сфери суцього (теоретико-правовий аналіз).....	62
<i>Дідич Т.О.</i> Правоутворення як особливе процесуальне явище: питання теорії.....	74
<i>Кабанець Н.І.</i> Методологічні особливості дослідження поняття суспільного договору.....	83

Конституційне право

<i>Лотюк О.С.</i> До проблеми розуміння функцій громадянського суспільства.....	96
---	----

Цивільне право

<i>Кулініч О.О.</i> Договір про надання дозволу на використання фотографічного твору з зображенням фізичної особи.....	104
<i>Комзюк В.Л.</i> Актуальні проблеми імплементації Директиви 2008/122/ЄС "Про захист прав споживачів у зв'язку з деякими аспектами таймшеру, довгострокових відпусток, перепродажу та обміну прав".....	111

Кримінальне право і процес

<i>Alek El-Kamhawy</i> Globalization, terrorism, constructivism.....	119
<i>Яценко С.С.</i> Гідність людини має захищатися належно.....	143
<i>Погорецький М.А., Яновська О.Г.</i> Відкритість та прозорість судової системи: проблеми реалізації міжнародних стандартів в Україні.....	169
<i>Берзін П.С.</i> Сергій Іванович Тихенко: невідомі сторінки життя криміналіста.....	181
<i>Волинець Р.А.</i> Порушення бюджетного законодавства України: особливості системного узгодження норм адміністративного та кримінального законодавства.....	229
<i>Задоя К.П.</i> Характеристика положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 року щодо кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених особами, які не є суб'єктами злочину.....	236
<i>Рябухіна О.А.</i> Система кримінального процесуального законодавства.....	244
<i>Ленко М.О.</i> Види типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування терористичних актів, вчинених з використанням саморобного вибухового пристрою (за матеріалами СБ України).....	253

Рецензії

<i>Дудоров О.О., Старовойтова Ю.Г.</i> Рецензія на друге видання монографії П.С. Берзіна «Київська школа кримінального права (1834-1960 роки): історико-правове дослідження».....	261
---	-----

***Погребняк Станислав Петрович***

доктор юридических наук,
профессор кафедры теории государства и права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

***Уварова Елена Александровна***

кандидат юридических наук,
ассистент кафедры теории государства и права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

**Сопротивление угнетению. Восстание. Революция
(теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека)**

Право на восстание (или на сопротивление угнетению, или на революцию), как признают западные исследователи, в последние десятилетия оказалось вне сферы их активных научных интересов. Этому есть объяснение.

Во-первых, западные страны, чье доминирование в развитии юридической науки не вызывает возражений, вот уже достаточно долгое время не переживали революций. В связи с этим интерес к ним, не с точки зрения истории, а с точки зрения права, не так велик. В начале XXI в. идея права на восстание практически исчезла из международного диалога по правам человека¹. Сегодня право на восстание не включено в большинство программ по изучению права прав человека; сложно также найти актуальные исследования по данному вопросу. Более того, нет даже устоявшейся (признанной) дефиниции этого права.

Несмотря на выдающуюся родословную права на восстание, его слабые позиции в современном международном праве поставили вопрос о том, не является ли это право, некогда характеризующее выдающимися юристами как высшее право человека², важная международная заповедь³, забытым по той причине, что оно давно устарело?

Полагаем, что это не так. Арабская весна стала явным свидетельством того, что революции происходят даже в XXI веке, и «они будут продолжаться, пока последний

¹ Murphy Shannonbrooke. The right to resist reconsidered / In The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future. Edited by David Keane, Lecturer in Law, Middlesex University, UK and Yvonne McDermott, Lecturer in Law, Bangor University, UK. – 2012. – P. 92.

² Hersch Lauterpacht. International Law and Human Rights. – London: Stevens and Sons Ltd, 1950. – P. 116.

³ Jordan J. Paust. International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring / Cornell International Law Journal. – 2013. – № 1. – P. 14.

тиран на Земле не исчезнет»⁴. Ведь «и поныне нет более важного вопроса, с самого начала нашей истории определявшего основное содержание политики: свобода или тирания?»⁵ События, происходившие в ноябре 2013 г. – феврале 2014 г. в Украине, также требуют их переосмысления в категориях права прав человека и, в первую очередь, в свете реализации права на сопротивление угнетению.

Эти события еще раз напомнили о значимости человеческого достоинства и политического самоопределения народа, прав человека во взаимосвязи со свободным и подлинным участием в процессах управления обществом, о стандартах легитимности публичной власти, демократии как универсальной базовой ценности, а также о сопутствующем им праве на восстание⁶.

Вторая причина, по которой исследователи обходят стороной вопрос о праве на восстание, – в отсутствии критериев для оправдания революционного применения силы. Ведь по общему правилу сопротивление власти, а тем более нападение на нее, является актом незаконным. В политической теории право на сопротивление, как правило, рассматривается как форма народовластия, осуществляемая народом при чрезвычайных обстоятельствах⁷. Право на восстание отличается от ненасильственного протеста, который осуществляется с целью влияния на конкретную государственную политику. В отличие от него, право на восстание говорит языком насилия. Право на революцию, в свою очередь, имеет своей целью не просто замену некой политики на более желательную, но полную смену всего режима. Иначе говоря, должен иметь место более высокий порог для злоупотребления со стороны власти, прежде чем ссылаться, что есть основания для реализации права на восстание. И это также обуславливает актуальность данного вопроса.

Кроме того, несмотря на достаточно долгое отсутствие революций, начиная со второй половины XX века, наблюдается высокая активность в реализации права на сопротивление. В свое время Дольф Штенбергер сформулировал тезис о так называемом «несвоевременном сопротивлении»: «Во времена нацистского режима был один тиран и мало сопротивления; сегодня много сопротивления и ни одного

⁴ Aleksandar Marsavelski. The Crime of Terrorism and the Rights of Revolution in International Law // Connecticut Journal of Int'l Law. – Vol. 28. – № 241. – 2013. – P. 243-295. Отдельные авторы теперь называют преамбулу Всеобщей декларации прав человека, признающей право на сопротивление угнетению, даже пророческой: существует постоянная необходимость защищать права человека через верховенство права, и в тесной взаимосвязи с ним пребывает право на восстание против тирании и угнетения, когда соответствующие права человека попираются (Jordan J. Paust. International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring / Cornell International Law Journal. – 2013. – № 1. – P. 1).

⁵ Арндт Х. О революции. – М.: Европа, 2011. – С. 6.

⁶ Jordan J. Paust. International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring / Cornell International Law Journal. – 2013. – № 1. – P. 2.

⁷ Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions // Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper. – 2012. – № 406. – P. 6.

тирана»⁸.

По нашему мнению, существует довольно простое объяснение этому парадоксу: чем выше готовность населения отреагировать на любое отклонение со стороны действующей власти от требований верховенства права, стандартов good governance, позитивных обязательств... в форме мирного сопротивления, тем ниже вероятность того, что когда-то придется обратиться к восстанию или даже к революции. Собственно, это и стало основной мыслью А. Кауфмана в его хрестоматийной статье «Small Scale Right to Resist»⁹. Право на сопротивление – это, в первую очередь, не великие, героические подвиги (часто не достигающие желаемой цели). Это повседневная жизнь. Сопротивление в небольшом масштабе. В этом смысле сопротивление является не последним средством против уже полностью извращенного государства, а первым средством против очевидных отклонений на правильном пути. Это «мелкое» сопротивление должно быть постоянным, чтобы сделать «великое» сопротивление устаревшим¹⁰.

Кроме того, акты гражданского сопротивления помогают сбросить психическое онемение, которое может охватить общество и которое часто облегчает принятие им зла и даже участие в нем. Они «высвобождают свободную энергию общества, позволяя гражданам осознать свою силу»¹¹. Такие акты помогают сохранить моральную чистоту общества, поддержать веру в человечество. Кто-то может возразить: участие в актах сопротивления нацистскому режиму вряд ли имело бы смысл, поскольку не привело бы к свержению режима и не спасло бы погибших евреев. Безусловно, было бы нереалистично ожидать, что один акт протеста может исправить сложное социальное зло, и, тем не менее, история доказывает, что маленькие акты «мелкого сопротивления», в совокупности, могут оказывать существенное влияние на социальные установки общества и со временем привести к социальной реформе¹².

Сразу сделаем оговорку. Право на сопротивление угнетению, право на восстание и право на революцию достаточно часто используются в одном понятийном ряду. Но, очевидно, есть необходимость в их разграничении. Так, к примеру, проф. Артур Кауфман указывает на то, что право на сопротивление не оправдывает любое поведение и требует определенной пропорциональности в его реализации. В

⁸ Kaufmann Arthur. Small Scale Right to Resist. – New England Law Review. – 1985-1986. – Vol. 21:3. – P. 572.

⁹ Kaufmann Arthur. Small Scale Right to Resist. – New England Law Review. – 1985-1986. – Vol. 21:3. – P. 571-580.

¹⁰ Kaufmann Arthur. Small Scale Right to Resist. – New England Law Review. – 1985-1986. – Vol. 21:3. – P. 576.

¹¹ Речицкий В. В. Політична активність. Конституційні аспекти. – К.: Сфера, 1999. – С. 124.

¹² Matthew Lippman. Nuremberg and American Justice. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. Volume 5. Issue 4 Symposium on Civil Disobedience. Article 4 2012. – P. 971.

противном случае, имеет место революция¹³. В отличие от права на восстание право на сопротивление имеет своей целью восстановление конституционного порядка, а не его полное смещение. Оно не стремится заменить нормативный стандарт в определении направления будущего поведения власти, но имеет целью обеспечить его выполнение. Право на сопротивление, в чистом виде, - спор о расстановке фигур на шахматной доске, а не о коренном изменении самой игры. Это призыв вернуться к нормальной жизни¹⁴.

Нам же близка иная точка зрения, согласно которой:

1) сопротивление угнетению может осуществляться как мирно, то есть без применения насилия, так и быть соединенным с насилием; сопротивление может быть связано как с активными действиями, так и с сознательным отказом от совершения определенных действий. Сопротивление без применения насилия следует определить как гражданское неповиновение, которое может иметь как законные (например, мирные собрания), так и незаконные формы выражения (например, отказ подчиняться законам). Типичный перечень методов ненасильственного сопротивления включает бойкоты, забастовки, демонстрации, протесты, организацию палаточных городков, захват помещений, распространение самиздата, использование коммуникационных технологий, отказ от сотрудничества для достижения ощутимых политических уступок; их число может достигать до 200¹⁵. В свою очередь восстание – это лишь одна (причем крайняя) форма реализации права на сопротивление; восстание всегда предполагает активные действия, применение силы. Насильственная тактика допускает использование взрывов, стрельбы, уничтожения инфраструктуры, иных методов нанесения ущерба людям и имуществу. Иными словами, сопротивление = гражданское неповиновение (ненасильственное сопротивление) + активные насильственные действия (в случае необходимости).

Такой подход может вызвать обвинение в том, что сопротивление в некоторых ситуациях отождествляется с осуществлением свободы убеждений, правом критиковать, проводить демонстрации, мирные митинги, забастовки и т.п. «Это выражение гражданской позиции, но не реализация права на сопротивление, поскольку не происходит выхода за пределы действующих норм права», - укажут сторонники более узкого понимания права на сопротивление.

По нашему мнению, во-первых, следует различать суть самого права и формы его реализации. В данной ситуации независимо от того, мирные это формы или нет, в

¹³ Kaufmann Arthur. Small Scale Right to Resist. – New England Law Review. – 1985-1986. – Vol. 21:3. – P. 574.

¹⁴ Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions // Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper. – 2012. – № 406. – P. 9.

¹⁵ Ченовет Е. Чому ненасильницький спротив ефективний: стратегічна логіка громадянського конфлікту / Е. Ченовет, М. Дж. Стефан; пер. з англ. – К.: ТОВ «Видавництво «КЛІО», 2014. – С. 16, 22.

рамках действующего законодательства или за пределами его требований, суть остается неизменной – борьба против проявленной публичной властью несправедливости.

Во-вторых, термин «сопротивление» свидетельствует о том, что соответствующая практика является внеинституциональной и в целом конфронтационной по своей природе; иными словами, при сопротивлении используется тактика, которая находится за пределами общепризнанного политического процесса (участие в выборах, создание групп интересов, лоббирование). Так, для объяснения отличия между «обычными» политическими акциями и ненасильственным протестом используется следующий пример: расклеивание антиправительственных плакатов в условиях демократии рассматривается как рядовое политическое действие с низким риском, тогда как в условиях авторитаризма оно является исключительным и сопряжено со значительным риском для активиста. Это отличие в контексте и стремлениях позволяет считать последнее ненасильственным протестом, а первое – нет. Рабочие забастовки в демократических странах также происходят в рамках институализированных отношений работников и работодателей – в отличие от недемократических стран¹⁶;

2) сопротивление не обязательно ставит целью кардинальное изменение существующего строя; сопротивление (в том числе в форме восстания) нередко осуществляется для того, чтобы принудить публичную власть соблюдать общественный договор (конституцию). Сопротивление может быть направлено на устранение отклонений от принципов конституционного строя и нарушений прав человека, на фактическое противодействие таким нарушениям либо на изменение персонального состава либо организационного дизайна публичной власти¹⁷. В то же время революция имеет своей целью расторжение общественного договора и последующее заключение его на новых условиях. Если подобная цель ставится при сопротивлении, то его результатом может стать революция; если такое сопротивление осуществляется в немирной форме, то можно говорить о восстании, которое привело к революции. В свою очередь государственный переворот в отличие от сопротивления предполагает активные действия тех акторов, которые сами являются частью государственного механизма;

¹⁶ Ченовет Е. Чому ненасильницький спротив ефективний: стратегічна логіка громадянського конфлікту / Е. Ченовет, М. Дж. Стефан; пер. з англ. – К.: ТОВ «Видавництво «КЛІО», 2014. – С. 21-22.

¹⁷ Бабин Б. В. Право на сопротивление как глобальное право [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.e-notabene.ru/lr/article_817.html#1

3) революция¹⁸ является лишь одной из разновидностей процесса изменений и только одним из путей осуществления социальных преобразований¹⁹; «революция – это быстрая, фундаментальная и насильственная, произведенная внутренними силами общества смена господствующих ценностей и мифов этого общества, его политических институтов, социальной структуры, руководства, правительственной деятельности и политики»²⁰ – такова характеристика революции С. Хантингтона, с которой мы в целом готовы согласиться. Но с одной оговоркой – насильственный характер не является определяющим для революции. Она может иметь ненасильственную форму осуществления (например, как «бархатные революции» в Восточной Европе в конце 1980-х гг.). Важно то, что восстание не может считаться революционным движением, пока оно не меняет структуру общества или же не становится способным ставить программные цели, направленные на достижение этой задачи²¹. «Главным в современных революциях является соединение идеи свободы с опытом начала чего-то нового. ... именно свобода, идея которой сама порождена революцией, может служить тем критерием, с помощью которого можно пытаться отделить подлинные, реальные революции от неподлинных и нереальных»²².

1. Право на восстание: история идеи

Идея права на восстание развивалась как в западной, так и в восточной правовой традиции. Теории естественного права и общественного договора во многом способствовали утверждению права на восстание в международном праве, в то время как эта же идея получила самостоятельное развитие в китайской и исламской правовой доктрине. Более того, мощное влияние этих основных правовых традиций привело к

¹⁸ Как отмечает Ханна Арендт, слово «революция» отсутствует там, где мы более всего ожидали его встретить – в историографии и политической теории раннего Ренессанса. Еще Макиавелли в своем описании насильственного низложения правителей и замены одной формы правления другой – проблемы, к которой он питал столь страстный, хоть и несколько преждевременный интерес, – все еще пользуется цicerоновским термином *mutatio rerum*, который он перевел как *mutazioni del statd* (изменение состояния) (Арендт Х. О революции. – М.: Европа, 2011. – С. 41). Первоначально слово «революция» являлось астрономическим термином, и его роль в естественных науках особенно возросла после появления *De revolutionibus orbium coelestia* («О вращении небесных сфер») – главного труда Н. Коперника (1543 г.). В этом научном употреблении оно сохранило свое точное латинское значение, указывающее на постоянное, подчиненное закону вращательное движение звезд, неподвластное человеку и потому неодолимое, которому, очевидно, не была свойственна новизна и которое не подвергалось какому бы то ни было насильственному влиянию извне. В XVII веке слово «революция» впервые применили в качестве политического термина. Речь идет об английской революции и революционной диктатуре Кромвеля, падении Долгого парламента и восстановлении монархии. Тот же смысл мы обнаруживаем в нем и в 1688-м, когда были изгнаны Стюарты. Эта «Славная революция» – событие, благодаря которому термин «революция» парадоксальным образом получил «вид на жительство» в политическом и историческом языке, – вовсе не мыслилась как революция. Скорее наоборот: она подразумевала реставрацию королевской власти во всем присущих ей прежде величии и славе (Арендт Х. О революции. – М.: Европа, 2011. – С. 51).

¹⁹ Эйзенштадт Ш. Революция и преобразование обществ. Сравнительное изучение цивилизаций. – М.: Аспект Пресс, 1999. – С. 57.

²⁰ Хантингтон С. Политический порядок в меняющихся обществах. – М.: Прогресс-Традиция, 2004. – С. 267.

²¹ Cruse Harold. *Rebellion or revolution?* / by Harold Cruse; foreword by Cedric Johnson. — 1st University of Minnesota Press ed. p. cm. Originally published: New York: Morrow, 1968. – P. 101-102.

²² Арендт Х. О революции. – М.: Европа, 2011. – С. 31.

явному или неявному признанию этого права в конституционных законах разных государств по всему миру.

1.1. Право на восстание в западной правовой традиции

Дискуссия о праве на революцию против тиранов берет свое начало еще во времена Платона. В своей книге *Государство*, в одном из диалогов с Сократом звучит вывод о том, что люди, которые не в состоянии изгнать тирана или публично осудить его на смертную казнь, вступают в сговор с целью убить его. Цицерон, комментируя убийство Юлия Цезаря, подчеркивает, что его причиной стало то, что император ради принципата преступил все божеские и человеческие законы²³. Цицерон оправдал действия тех, кто убил тирана²⁴. По свидетельствам Тацита, правление другого Римского тирана Тиберия было настолько несносным, что народ говорил о том, что даже война лучше такого убого мира²⁵.

Г. Моска приводит также в пример цитату из поэмы Лукреция Кара «О природе вещей» («*De rerum natura*»). В ней автор утверждает, что вначале люди собирались в города под руководством начальников, выбранных среди наиболее сильных, представительных и красивых. Но избранники вырождаются, злоупотребляют своей властью, собирая в своих руках все богатства и вызывая таким образом восстание управляемых²⁶.

Подъем христианства привел к широкому признанию библейских повествований, которые оправдывали убийство тирана, угнетающего народ²⁷. Джон Солсбери (ок. 1115-1180), английский философ и теолог, утверждал, что «убийство тиранов не только разрешается, но и является соразмерным и справедливым»²⁸. По его мнению, князь есть образ божества, тиран же – личина Люцифера, поэтому убийство тирана не только дозволено, но и является действием приличным.

Фома Аквинский в трактате «О правлении государей» писал следующее: «представляется, однако, что сопротивление жестокости тирана будет иметь успех,

²³ Цицерон Марк Туллий. О старости. О дружбе. Об обязанностях; пер. с лат. – М.: Наука, 1975. – С. 64.

²⁴ «Но если кто-то убивает тирана... его душа не должна быть подавлена чувством вины, не так ли?». Это один из тезисов концепции естественного права Цицерона, который через много столетий оказал влияние на теорию естественного права, чтобы перенестись в эпоху американской революции.

²⁵ Tacitus, *The Annals* 237 (William Francis Allen ed., Ginn & Co. 1899) (“*Miseram pacem vel bello bene mutari*”).

²⁶ Моска Г. История политических доктрин; пер. с итал. – М.: Мысль, 2012. – С. 63.

²⁷ Пожалуй, самым влиятельным среди них оказалась история о Иудифь, иудейской героине, патриотке и символе борьбы иудеев против их угнетателей в древности на Ближнем Востоке, «красива видом и весьма привлекательна взором» (Иудифь 8:7). После того, как войска ассирийцев осадили её родной город, она нарядилась и отправилась в лагерь врагов, где привлекла внимание полководца Олоферна. Когда он напился и заснул, она отрубила ему голову, и принесла её в родной город, который таким образом оказался спасен.

Иудифь стала символом сопротивления в национальной литературе некоторых стран. Например, Марко Марулич, хорватский поэт и гуманист, написал эпическую поэму *Judita*, своеобразный римейк библейской истории, опубликованный в 1521 году в Венеции (на хорватском языке). Сегодня эта поэма считается символом сопротивления против венецианской гегемонии, а также хорватской исторической борьбы за свободу.

²⁸ John of Salisbury, *Policraticus* 25 (Cary J. Nederman ed. & trans., 1990).

как действие любых людей не по собственному почину, а по решению общества. Во-первых, если право любого множества достигает того, чтобы выдвигать себе царя, то не будет несправедливым, что выдвинутый этой множеством царь будет сброшен, либо его власть будет ограничена, если он тиранически злоупотребляет царской властью. Не следует считать, что такое множество будет несправедливым, даже если перед этим они возвысили его перед собой навечно; ведь он сам заслужил это, ведя себя нечестно в управлении множеством, потому и договор подданных с ним не соблюдается»²⁹.

Л. Дюги отмечает, что у католических богословов является постоянной традицией признавать законным сопротивление насилию. Пассивное – в невыполнении закона, противоречащего праву (энциклика *Libertas* Льва XIII, 20 июня 1888 г.), оборонительное – противопоставление силы силе, когда суверен хочет заставить исполнять несправедливый закон. Что касается наступательного сопротивления, то это – восстание, мятеж с целью силою принудить правительство отменить несправедливые законы, им изданные, или незаконные решения, им принятые, и даже с целью низвергнуть правительство³⁰.

По признанию Л. Дюги, начиная со св. Фомы, все богословы признают это право на восстание, но только как *ultimum remedium* (крайнюю меру); они советуют пользоваться им с большим благоразумием, хорошо взвешивая, не рискует ли это восстание усилить зло, вместо того, чтобы его облегчить. Естественно, св. Фома ставит и обсуждает вопрос в теологической форме: есть ли мятеж грехом, спрашивает он. И отвечает, что да, так как он противится миру и единству народа. Но те, кто защищает общее благо, не являются мятежниками. Когда же правительство тираническое, когда оно издает несправедливые законы, какова бы ни была при этом форма правительства, то в этом случае именно держащие власть являются мятежниками, потому что именно они нарушают общественный мир; следовательно, им можно сопротивляться, и стремиться отнять у них власть не значит быть мятежником, не значит совершать грех³¹.

Еще одна важная историческая веха – Великая хартия вольностей 1215 г., одно из положений которой прямо говорит о праве на восстание, более того, прописывает процедуру, которая должна предшествовать его реализации. Так, согласно п. 61 бароны, как вторая сторона договора с королем, наделялись правом избрать 25 «баронов из королевства, кого пожелают, которые должны всеми силами блюсти и

²⁹ Аквинский Фома. О правлении государей [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.unavoce.ru/library/aquinas_ruling.html

³⁰ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. – М.: Типография Сытина, 1908. – С. 947.

³¹ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. – М.: Типография Сытина, 1908. – С. 948.

охранять и заставлять блюсти мир и вольности, какие мы им пожаловали и этой настоящей хартией нашей подтвердили, таким именно образом, чтобы, если мы или наш юстициарий, или бэйлифы наши, или кто-либо из слуг наших, в чем-либо против кого-либо погрешим или какую-либо из статей мира или гарантии нарушим, и нарушение это будет указано четверем баронам из вышеназванных двадцати пяти баронов, эти четыре барона явятся к нам <...> указывая нам нарушение, и потребуют, чтобы мы без замедления исправили его. И если мы не исправим нарушения <...> в течение времени сорока дней, считая с того времени, когда было указано это нарушение <...>, то вышеназванные четыре барона докладывают это дело остальным из двадцати пяти баронов, и те двадцать пять баронов совместно с общиной всей земли будут принуждать и теснить нас всеми способами, какими только могут, то есть путем захвата замков, земель, владений и всеми другими способами, какими могут, пока не будет исправлено (нарушение) согласно их решению»³².

В XVI веке, после Варфаломеевской ночи, протестантские писатели определенно высказывались в пользу права на восстание. В памфлете *Vindiciae contra tyrannos* (Эдинбург, 1579)³³ очень определенно утверждается право народа отказать в повиновении князю, который нарушает свои обязанности по отношению к Богу и по отношению к народу, и даже его низвергнуть; вся доктрина покоится на идее договора, существующего между королем и народом ... Народ, под предводительством своих магистратов, может в этом случае составить заговор, чтобы ниспровергнуть князя. «Если тиран настолько силен, что его можно ниспровергнуть только силою оружия, представители народа могут побудить народ взять оружие и употребить всякий способ силы или хитрости против того, который почитается врагом отечества и республики».

Суарес, написавший в 1603 г. трактат, озаглавленный «*De legibus*» («О законах»), говорил о народном суверенитете, но полагал, что, если однажды народ отказался от своего суверенитета, он теряет право на его осуществление и должен оставить управление избранному им суверену. Поэтому он оправдывает восстание, только если суверен становится тираном.

Хуан де Мариана, испанский иезуит и историк XVI-XVII в., утверждал, что народ может противостоять монарху, нарушающему основные законы, атакующему свободы и привилегии своих подданных, либо стремящемуся разрушить нацию³⁴. В своем трактате «*De rege*» («О правлении»), опубликованном в 1599 г., он доходит

³² Петрушевский Д. М. Великая Хартия вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII века. – М.: Изд. М. и С. Сабашниковых, 1915. – 179 с.

³³ В отношении авторства данного произведения сведения противоречивые.

³⁴ Ваттель Э. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов; пер. с фр. – М.: Госюриздат, 1960. – 719 с.

даже до защиты убийства царя, описывает тирана как хищное животное, которое должно быть подавлено любой ценой. Правда, у него возникают некоторые сомнения в отношении яда как средства убийства³⁵.

Идея о возможности противостоять монарху поддерживалась не только названным мыслителем: она возникла в испанской правовой традиции позднего средневековья, когда отношение людей к государю строилось на отношении к нему как к первому среди равных (*primus inter pares*) и, если бы он не подчинился закону, то и его поданные имеют право не подчиняться государю³⁶.

В это же время развивал свои идеи и Гуго Гроций. В своем труде «О праве войны и мира» он ставит вопрос о том, «дозволено ли частным или должностным лицам восставать против тех органов верховной или подчиненной власти, которым они сами подчинены?», и отвечает на него следующим образом. «Все по природе имеют право противиться причинению им насилия. Но так как государство установлено для обеспечения общественного спокойствия, то ему принадлежит некое верховное право над нами и нашим достоянием, поскольку это необходимо для осуществления государственных целей. Поэтому государство и может наложить запрет на это всеобщее право сопротивления ради сохранения общественного мира и государственного порядка». В целом Гуго Гроций выступает против сопротивления верховной власти. Пока вопрос не становится о крайней необходимости. «Существенно важнее вопрос о том, связывает ли нас закон о непротавлении при наличии большой и явной опасности. Ибо ведь даже некоторые законы божеские, хотя и изданные в общей форме, тем не менее, включают молчаливое изъятие на случай крайней необходимости; так было постановлено еврейскими учителями о соблюдении субботы во времена асмонеев, откуда произошло известное изречение: «Смертельная опасность препятствует соблюдению субботы». «Барклай, решительный сторонник царской власти, однако же, снисходит до того, что предоставляет народу и его знатнейшей части право самозащиты против бесчеловечной жестокости, хотя он и признает, что весь народ подчинен царю («Против тираноборцев», кн. III, гл. 8 и кн. VI, гл. гл. 23 и 24). Я отлично понимаю, что чем выше охраняемое благо, тем выше должна быть справедливость, допускающая изъятие из буквального смысла закона; тем не менее, я едва ли возьму на себя смелость осудить огульно как отдельных граждан, так и меньшинство народа, прибегавших когда-либо к самозащите в состоянии крайней необходимости, не упуская из вида уважения к общему благу». В связи с этим Г. Гроций допускает

³⁵ Моска Г. История политических доктрин; пер. с итал. – М.: Мысль, 2012. – С. 138.

³⁶ См.: Waldo Cutler Peebles, Democratic Tendencies in the Spanish Literature of the Golden Age, 15 HISPANIA 317, 321 (1932).

некоторые исключения из запрета противиться носителям верховной власти. Одно из них – сопротивление против государя, явно враждебного всему народу. «Царство следует считать покинутым, если царь, проникнутый чисто враждебным духом, замышляет гибель всего народа, — с чем я вполне согласен; ибо воля повелевать и воля, направленная на гибель государства, несовместимы. Дело в том, что тот, кто объявляет себя врагом всего народа, тем самым отрекается от царства. Но едва ли возможно допустить такой образ мыслей в царе, обладающем здравым умом и повелевающим народом»³⁷.

Эмер де Ваттель, швейцарский юрист XVIII в., один из основателей современного международного права, не только согласился с Хуаном де Мариана, но и развил его концепцию, введя важный критерий, имеющий значение для оценки легитимности использования революционных мер – принцип пропорциональности: «Когда к злу могут быть применены умеренные и безопасные меры, нет ни одной причины ждать, пока оно станет чрезвычайным»³⁸.

По мнению Ж.-Ж. Руссо, «верховная власть, какой бы неограниченной, священной, неприкосновенной она ни была, не переступает и не может переступить границ общих соглашений.... Как частная воля непрестанно действует против общей, так и Правительство постоянно направляет свои усилия против суверенитета. Чем больше эти усилия, тем больше портится государственное устройство; а так как здесь нет другой воли правительственного корпуса, которая, противостоя воле государя, уравновешивала бы ее, то рано или поздно должно случиться, что государь подавляет в конце концов суверен и разрывает общественный договор. ... в ту минуту, когда Правительство узурпирует суверенитет, общественное соглашение разорвано, и все простые граждане, по праву возвращаясь к своей естественной свободе, принуждены, а не обязаны повиноваться»³⁹.

В свою очередь Ш.-Л. Монтескье в Персидских письмах (Письмо CIV. Узбек к нему же) подчеркивал: «... если государь, вместо того чтобы обеспечить подданным счастливую жизнь, вздумает их угнетать или истреблять, повод к повиновению прекращается: подданных ничто больше не соединяет с государем, ничто не привязывает к нему, и они возвращаются к своей естественной свободе»⁴⁰.

Еще одно имя той эпохи – Джон Локк. В «Двух трактатах о правлении» он обосновал право на восстание следующим образом: «199. Если узурпация есть

³⁷ Гуго Гроций. О праве войны и мира: Репринт, с изд. 1956 г. – М.: Ладомир, 1994. – С. 172.

³⁸ Ваттель Э. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов; пер. с фр. – М.: Госюриздат, 1960. – 719 с.

³⁹ Руссо Ж.-Ж. Трактаты. – М.: Наука, 1969. – С. 173, 214, 216.

⁴⁰ Монтескье Ш.-Л. Персидские письма. Размышления о причинах величия и падения римлян; пер. с фр. – М.: «КАНОН-пресс-Ц», «Кучково поле», 2002. – С. 169.

осуществление власти, на которую имеет право другой, то тирания – это осуществление власти помимо права, на что никто не может иметь права. ...

202. Где кончается закон, начинается тирания, если закон преступается во вред другому. И если кто-либо из находящихся у власти превышает данную ему по закону власть и использует находящуюся в его распоряжении силу для таких действий по отношению к подданному, какие не разрешаются законом, то он при этом перестает быть должностным лицом, и поскольку он действует подобным образом без надлежащих полномочий, то ему можно оказывать сопротивление, как и всякому другому человеку, который силой посягает на права другого. ...

209. Но если несправедливое поведение князя или должностного лица распространилось на очень большое число членов общества и захватило народ в целом, или если несправедливость и угнетение хотя и распростерлись не на многих лиц, но в отношении некоторых вещей, которые имеют величайшую важность, так что все приходят к тому внутреннему убеждению, что их закон, их имущество, их свободы, их жизни находятся в опасности, и, может быть, даже их религия, то я не решился бы сказать, что эти лица не должны воспротивиться столь недозволенной силе, которая против них применяется»⁴¹.

Даже Томас Гоббс – известный сторонник абсолютной государственной власти, апологет Левиафана – допускал возможность освобождения подданных от повиновения суверену (если суверен не в состоянии защищать их) и объявлял недействительным соглашение людей, не защищающее их. «Соглашение, обязывающее меня не сопротивляться насилию, - подчеркивал выдающийся английский философ, – недействительно... человек охотнее выбирает меньшее зло, которое в данном случае состоит в опасности смерти при сопротивлении, чем большее зло, а именно верную и неминуемую смерть при отказе от сопротивления»⁴².

О *jus resistendi* говорилось также в известном обращении Филиппа Орлика к правительствам европейских государств под названием «Вывод прав Украины». В этом документе, среди прочего, указывалось, что «казаки имеют за собой право человеческое и природное, одним из главных принципов которого является: народ всегда имеет право протестовать против гнета и восстановить применение своих древних прав, когда на это будет подходящее время»⁴³.

Иеремия Бентам, в целом, выступая против идеи естественного права и естественных прав и таким образом повлиявший на образование школы

⁴¹ Локк Дж. Соч. в 3-х т. – М.: Мысль, 1988. – Т. 2. – С. 378-379, 383.

⁴² Гоббс Т. Соч. в 2-х т. – М.: Мысль, 1991. – Т. 2. – С. 172, 107.

⁴³ Орлик Пилип. Вивід прав України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://spilka.ua/web.org/library/doc_orlyk.html

юридического позитивизма, тем не менее, не отрицал допустимость сопротивления против правительства. По его словам, человек имеет право «прибегнуть к мерам сопротивления; когда, в соответствии с лучшими расчетами, он способен причинить вероятный меньший вред (говоря об обществе в целом), чем возможный вред от подчинения»⁴⁴. Данный утилитарный подход, как представляется, согласуется с школой естественного права, поскольку если угнетающий (деспотический) режим минимизирует счастье людей, разумный расчет заключался бы в том, что любое изменение, достигнутое путем революции, должно увеличить их счастье.

Основой конституционного права Франции и сегодня остается Декларация прав человека и гражданина (1789 г.), которая относит к естественным правам человека и гражданина право на сопротивление угнетению. Конституция Франции 1958 г. подтверждает юридическую силу Декларации. Кроме того, 16 июля 1971 г. Конституционный совет Франции признал Декларацию юридически обязательным документом, нарушение которого приравнивается к неконституционности.

Здесь хочется сделать небольшое отступление. Л. Дюги уже в начале XX в. задавался вопросом, какой смысл в право на сопротивление насилию, названное в Декларации прав 1789 г., вкладывали люди в том самом далеком 1789 г. «Они остереглись сказать это. Ни в Декларации, ни в конституции 1791 г., ни даже в прениях, предшествовавших им, мы не находим ничего, что позволило бы схватить точную мысль Национального Собрания по этому пункту. Наоборот, авторы Декларации и конституции 1793 г. определили отчетливо основание и объем сопротивления насилию. Они заявили, что это сопротивление есть следствие других прав человека. Оно может быть не только пассивным и оборонительным, но и наступательным и идти даже до восстания, имеющего в виду низвержение правительства. В ст. 10 и 11 Декларации 1793 г. мы читаем: «всякий гражданин, призванный или схваченный силою закона, должен немедленно повиноваться, сопротивляясь, он делается виновным. Всякий акт, осуществляемый против человека, вне случаев и вне форм, определенных законом, произволен и тираничен, тот, против которого пожелали бы насильно его применить, имеет право отразить его силою». Следовательно, нет преступления мятежа в действии того, кто силою отражает акт власти, совершенный в нарушение закона. Идут еще дальше, и если народ притеснен тираническими законами, восстание есть право и даже долг»⁴⁵.

Опять же, к слову, Жирондистская декларация раскрывала понятие «угнетение», различая три его вида. Первый вид угнетения исходит от законодателя; «угнетение возникает в случаях, когда закон попирает неотъемлемые гражданские и

⁴⁴ Jeremy Bentham, A Fragment on Government 215 (F.C. Montague ed., photo. reprint 2001) (1891).

⁴⁵ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. – М.: Типография Сытина, 1908. – С. 945.

политические права, которые он призван гарантировать». Второй вид угнетения исходит от государственных должностных лиц; «угнетение возникает всякий раз, когда закон нарушается государственными должностными лицами при его применении к индивидуальным случаям». Третий вид угнетения совершается действиями любого индивида; «угнетение возникает вследствие индивидуальных произвольных действий, нарушающих права граждан вопреки требованиям закона». Якобинская декларация не воспроизводила эти формы угнетения, но зато в статье 34 уточняла, что «угнетение совершается против всей социальной общности всякий раз, когда угнетению подвергается один из ее членов», и что «угнетение постигает каждого члена общества, в случае если угнетается общество в целом». Таким образом, по мнению якобинцев, в обоих этих случаях имеет место угнетение всего народа, и не потому ли их Декларация заканчивается знаменитым изречением: «Когда правительство попирает право народа, восстание является как для всего народа, так и для каждой из его частей самым священным из прав и самой насущной из обязанностей». Конституционная история Франции позволяет сделать окончательный вывод, что угнетение есть грубейшее из нарушений прав и свобод теми, кто фактически или юридически осуществляет бесконтрольные властные полномочия, в том числе и законодательным путем⁴⁶.

Теория общественного договора стала краеугольным камнем идеологии американской революции. Это повлияло на признание права революции в преамбуле Декларации независимости США (1776 г.): «Мы считаем очевидными следующие истины: все люди сотворены равными, и все они одарены своим Создателем некоторыми неотчуждаемыми правами, к числу которых принадлежат: жизнь, свобода и стремление к счастью. Для обеспечения этих прав учреждены среди людей, правительства, заимствующие свою справедливую власть из согласия управляемых. Если же данная форма правительства становится губительной для этой цели, то народ имеет право изменить или уничтожить ее и учредить новое правительство, основанное на таких принципах и с такой организацией власти, какие, по мнению этого народа, всего более могут способствовать его безопасности и счастью. Конечно, осторожность советует не менять правительств, существующих с давних пор, из-за маловажных или временных причин. И мы, действительно, видим на деле, что люди скорее готовы терпеть зло до последней возможности, чем восстановить свои права, отменив правительственные формы, к которым они привыкли. Но когда длинный ряд злоупотреблений и узурпации, неизменно преследующих одну и ту же цель, обнаруживает намерение предать этот народ во власть неограниченного

⁴⁶ Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. – М.: Издат. группа «Прогресс»–«Универс», 1993. – С. 367-368.

деспотизма, то он не только имеет право, но и обязан свергнуть такое правительство и на будущее время вверить свою безопасность другой охране». Большинство американских штатов в свои конституции позже также включили такие же или близкие положения о праве революции⁴⁷. Это право признается прецедентным правом судами США⁴⁸. Более того, судебная практика выработала принцип соразмерности в использовании революционной силы, когда насилие считается крайним средством свергнуть правительство⁴⁹.

После того, как венгерский революционный лидер Лайош Кошут попросил об американской поддержке в венгерской борьбе за свободу, Соединенные Штаты ответили в 1852 году Резолюцией во имя венгерского свободы, написанной комитетом Линкольна: «Это право любого народа, достаточно многочисленного для национальной независимости, сбросить, произвести коренную ломку существующей формы правления, а также установить любую другую, на свой выбор, на ее месте»⁵⁰. Линкольн последовательно подчеркивал право на революцию, как только он стал президентом США: «Эта страна, с ее институтами, принадлежит людям, которые ее населяют. Всякий раз, когда у них возрастает усталость от существующей власти, они могут реализовать свое конституционное право путем внесения поправок или их революционное право разделить либо свергнуть ее»⁵¹.

Кроме того, в 1923 году, государственный секретарь Чарльз Эванс Хьюз сделал однозначное заявление от имени Соединенных Штатов: «Мы признаем право на революцию...»⁵². Внешняя политика США сыграла решающую историческую роль в установлении права на революцию на уровне международного права. Это, пожалуй, самая важная политическая ценность, которая когда-либо была экспортирована Америкой по всему миру. Даже во времена холодной войны, когда ЦРУ охотилось за революционерами вроде Че Гевары в Боливии, судья Верховного суда Блэк сказал:

⁴⁷ Алабама (ALA. CONST. art. I, § 2); Арканзас (ARK. CONST. art. II, § 1); Колорадо (COLO. CONST. art. II, § 2); Коннектикут (CONN. CONST. art. I, § 2); Делавэр (DEL. CONST. pmbl.); Айдахо (IDAHO CONST. art. I, § 2); Индиана (IND. CONST. art. 1, § 1); Айова (IOWA CONST. art. 1, § 2); Мэриленд (ME. CONST. art. 1, § 2); Массачусетс (MASS. CONST. pt. 1, art. 7); Миннесота (MINN. CONST. art. 1, § 1); Миссури (MISS. CONST. art. 3, § 6); Монтана (MONT. CONST. art. 2, § 2); Невада (NEV. CONST. art. 1, § 2); Нью-Гэмпшир (N.H. CONST. pt. 1, art. 10); Нью-Йорк (N.J. CONST. art. 1, ¶ 2); Нью-Джерси (N.D. CONST. art. 1, § 2); Огайо (OHIO CONST. art. I, § 2); Оклахома (OKLA. CONST. art. 2, § 1); Орегон (OR. CONST. art. I, § 1); Пенсильвания (PA. CONST. art. 1, § 2); Род-Айленд (R.I. CONST. art. 1, § 1); Южная Каролина (S.C. CONST. art. I, § 1); Южная Дакота (S.D. CONST. art. 6, § 26); Теннесси (TENN. CONST. art. 1, § 2); Техас (TEX. CONST. art. 1, § 2); Юта (UTAH CONST. art. 1, § 2); Вермонт (VT. CONST. ch. I, art. 7); Вашингтон (VA. CONST. art. 1, § 3); Вирджиния (W. VA. CONST. art. 3, § 3); Вайоминг (WYO. CONST. art. 1, § 1).

⁴⁸ Jordan J. Paust. *The Human Right to Revolution, Human Rights in the World Community: Issues and Action* 445, 447–48 (Richard Pierre Claude & Burns H. Weston eds., 3d ed. 2006).

⁴⁹ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 501 (1951).

⁵⁰ Abraham Lincoln, *Resolutions in Behalf of Hungarian Freedom*, in *The Collected Works of Abraham Lincoln*, Vol. II, 115 (Roy P. Basler ed., 1953).

⁵¹ Abraham Lincoln, *First Inaugural Address* (March 4, 1861), in *Lincoln's Stories and Speeches* 212 (Edward F. Allen ed., 1900).

⁵² Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. 1, 177 (1940).

«С начала истории были правительства, которые действовали против народа настолько плохо, настолько жестоко, настолько несправедливо и столь разрушительно в отношении индивидуального достоинства мужчин и женщин, что «право на революцию» должен сохранить для себя каждый народ, чтобы иметь возможность освободиться. Как простая иллюстрация, одно правительство почти 2000 лет назад сжигало христиан на огненных крестах, а другое правительство, в этом столетии сжигало евреев в крематориях. Смею предположить, что есть бесчисленное множество людей в этой стране, и во всем мире, кто бы присоединиться к вере в право народа сопротивляться с помощью силы тираническим правительствам, подобных названным»⁵³.

В одном из решений Верховного Суда США было подчеркнуто: «Мы должны признать, что гражданское неповиновение в различных формах, используемых без насильственных действий в отношении других, является укоренившимся в нашем обществе, и моральная правильность взглядов политических протестующих служит цели изменения и улучшения нашего общества. Гражданское неповиновение было распространено на протяжении всей истории этой нации, начиная с Бостонского чаепития и подписания Декларации независимости...»⁵⁴.

Говоря о начале XX в., следует еще раз вспомнить Л. Дюги. «Если несмотря на все гарантии, установленные в современных странах, чтобы обеспечить уважение и применение права государством, существуют нарушения права, то говорят, что имеет место насилие. Насилие существует, когда государство, как законодатель, издает закон, который оно в силу права не может издать»⁵⁵. Насилие существует, когда государство, как законодатель, не издает закон, который оно юридически должно издать. ... Насилие существует, когда индивидуальный или юрисдикционный акт совершен с нарушением закона, каков бы ни был орган или агент, его совершивший, и насилие тем более тяжко, чем от более высокого органа в иерархии властей государства, парламента или избирательного собрания оно исходит. ... Когда,

⁵³ In re Anastaplo, 366 U.S. 82, 113 (1961) (Black, J., dissenting).

⁵⁴ Kabat, 797 F.2d at 601.

⁵⁵ Кстати, некоторые ученые видят идейные истоки института конституционного контроля, осуществляемого судами, именно в праве на восстание. Ведь в ситуации отсутствия такого судебного контроля несправедливым законам пришлось бы оказывать сопротивление самому народу (Edward Rubin. Judicial Review and the Right to Resist // Vanderbilt University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Number 08 -11. P. 128). Считается, что в Америке контроль за конституционностью законодательных актов был введен в начале XIX в. Как отмечают исследователи, с этого момента у людей уже не было необходимости терпеть законодательные или исполнительные действия, нарушающие высший закон, которому правители, как предполагается, должны повиноваться. Уже не нужно им ждать, чтобы нарушения накопились до такой степени, когда они станут невыносимыми. Уже не нужно прибегать к насилию, рискуя жизнью с целью обеспечить соблюдение высшего закона с помощью неповиновения или революции. Теперь люди могут рассчитывать на специальное учреждение судебной системы, призванное принудить правителя, будь-то законодательный или исполнительный орган, соблюдать высший закон. Судебный контроль, как говорят американцы, приручает (одомашнивает) право на восстание (Bruce Ackerman, Revolution on a Human Scale, 108 Yale L.J.2279 (1999)).

несмотря на гарантии, организованные положительным законодательством страны, законодатель издает законы, противоречащие праву, администратор и судья совершает акты, противные закону, могут ли, спрашивается, подданные государства силою воспротивиться применению законов, противоречащих праву, выполнению административных или судебных актов, противных закону? В этом заключается очень старый, очень известный и очень запутанный вопрос о сопротивлении насилию»⁵⁶, - писал Л. Дюги в начале XX века. «Всякое правительство, которое постоянно издает законы, нарушающие высшее право, обязательное для государства, которое совершает или дает возможность совершать произвольные акты, нарушающие существующие законы, является тираническим правительством, не выполняющим своей миссии, и народ, совершающий революции, чтобы ниспровергнуть его, совершает, разумеется, законный акт. ... Ясно, кроме того, что вопрос о законности восстания никогда не может быть поставлен в положительном праве перед судом»⁵⁷.

Двадцатый век был свидетелем взлета и падения различных марксистских теорий (от Октябрьской революции 1917 г. до роспуска Варшавского договора в 1990 г.). В своем предисловии к критике политической экономии К. Маркс определяет социальную революцию как радикальную трансформацию всей надстройки общества, являющуюся результатом изменения его экономических основ⁵⁸. По Марксу, она означает не просто свержение правительства, но подразумевает идеологическую трансформацию общества в целом. Но главная проблема состоит в том, как добиться такого преобразования? В начале XX в. имел место большой спор между марксистами по поводу того, является ли терроризм приемлемым способом осуществления революции. В своей книге «Терроризм и коммунизм» Карл Каутский подверг критике Октябрьскую революцию 1917 г. как «форму варварства» и «кровавый терроризм»⁵⁹. Он утверждал, что обращение большевиков к терроризму «изменил принцип неприкосновенности человеческой жизни, который они сами открыто провозгласили». В ответ на критику Каутского Лев Троцкий оправдывал «красный террор», проводя сравнение с самообороной. «Когда убийца поднимает нож над ребенком, можно ли в один прекрасный день убить убийцу, чтобы спасти ребенка?... Можно ли убить убийцу, чтобы спасти себя? Является ли восстание угнетенных рабов против своих господ допустимым? Допустимо ли купить свою

⁵⁶ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. – М.: Типография Сытина, 1908. – С. 941, 945.

⁵⁷ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. – М.: Типография Сытина, 1908. – С. 955.

⁵⁸ Маркс К. К критике политической экономии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – 2-е изд. – Т. 13. – С. 5–9.

⁵⁹ Karl Kautsky, *Terrorism and Communism: A Contribution to the Natural History of Revolution*, ch. I (W. H. Kerridge trans., 1919), available at <http://www.marxists.org/archive/kautsky/1919/terrcomm>.

свободу ценой жизни своих тюремщиков?»⁶⁰ Он приходил к следующим выводам: чтобы сделать индивидуальность священной, мы должны уничтожить социальный порядок, который распинаят ее. И эта проблема может быть решена только железом и кровью.

После Второй мировой войны вопрос, который беспокоил авторов Конституции Германии, был следующим: *Quis custodiet ipsos custodes?* (Кто будет наблюдать за наблюдателями?) Кто должен контролировать правительство со значительными полномочиями? Таким контролером должен выступать сам народ. Именно поэтому право революции (*Widerstandrecht*) было включено в 1968 году в Основной закон: «Все немцы имеют право оказывать сопротивление любому, кто пытается отменить существующий конституционный порядок, если все другие средства оказываются недействительными». Для предотвращения злоупотреблений правом на революцию Основной закон связывает это право требованием *Ultima Ratio* (принцип последнего довода), принципом пропорциональности⁶¹.

1.2. Право на восстание в Восточной правовой традиции и в Африке

Существует мнение, что идея права на восстание уходит своими корнями в Древний Китай, и в ходе истории не раз использовалась для обоснования (или оправдания) различных восстаний, в том числе и для Американской и Великой Французской революций.

В первую очередь, речь идет о философском наследии древнекитайского мыслителя Мэн-цзы, которого признают «вторым после Конфуция совершенно мудрым». Он говорил о том, что «одного доброго сердца недостаточно для управления, но и одни законы не могут исполняться сами собою». Если у правителя нет принципов справедливости для соображения своей деятельности, а у его подчиненных нет законов, которых они могли бы держаться в исполнении своих обязанностей, тогда при дворе (в государственной думе) не будет доверия к принципам справедливости, а между чинами — доверия к законам: высшие будут нарушать долг, а низшие — законы. Сохранение государства при таких условиях было бы счастливою случайностью⁶². Если правитель сильно угнетает свой народ, то он сам будет убит и государство (династия) погибнет⁶³.

Благодаря таким своим идеям Мэн-цзы современными исследователями признается основателем демократических идей в древнекитайской мысли, возникших практически одновременно с расцветом древнегреческой демократии (IV-III вв. до

⁶⁰ Leon Trotsky, *Dictatorship vs. Democracy (Terrorism and Communism): A Reply to Karl Kautsky* 62 (1922).

⁶¹ См.: Theodor Maunz, Günter Dürig et al., *Grundgesetz: Kommentar*, Band III (ART. 16–22), p. 338, Rn. 34 (Roman Herzog et al. eds., 6th ed. 2011).

⁶² Конфуцианское «Четверокнижие» («Сы шу»); пер. с кит. — М.: Вост. лит., 2004. — С. 311.

⁶³ Конфуцианское «Четверокнижие» («Сы шу»); пер. с кит. — М.: Вост. лит., 2004. — С. 312.

н.э.)⁶⁴.

Свое развитие указанные идеи получили в концепции «мандата Неба» («*Mandate of Heaven*»): некогда Небо дало приказ (мандат) управлять Поднебесной династии Ся, но ее правители оказались не на высоте, и Небо изменило свое решение, дав мандат шанскому Чэн Тану. Затем не на высоте оказался Чжоу Синь, и Небо снова изменило свое решение, вручив мандат чжоуским правителям. Отсюда явствует, что чжоуские ваны управляют Поднебесной не по праву голой силы и успешного завоевания. Напротив, они успешно воюют и одолевают противника именно потому, что за ними – Великое Небо. Идея мандата Неба была сформулирована на рубеже XI-X вв. до н.э.⁶⁵ Концепция использовалась для убеждения населения в том, что Небеса благословляют власть лишь справедливого правителя, но будут недовольны и лишат своего мандата правителя деспотического. Доказательством перехода мандата неба является успешность восстания. Раз восстание стало успешным, значит, его одобрили небеса. Книга истории (*Book of History*), древняя китайская классика, говорит: «Небо любит народ, и Государь должен повиноваться Небесам». Как только государь перестает управлять государством на благо своему народу, народ имеет право на восстание против него и свержение его с престола.

Что касается исламской правовой мысли, то на более раннем этапе ее развития юристы защищали тиранию перед анархией⁶⁶. Тем не менее, даже тогда в определенной части исламской теории присутствовала поддержка права на революцию. Согласно раннему pre-Ghayba Shi'ism (то есть перед The Occultation) признание несправедливости и нелегитимности правителя приводит к активной попытке свергнуть его, однако уже доктрина периода Ghayba отказалась от такого подхода. Zaydism, шиитская школа, разрешила любому «квалифицированному кандидату» претендовать на имамат, подняв других на «военное восстание против деспотического правителя»⁶⁷.

Школа Mu'tazili оправдывала применение вооруженного восстания против несправедливого правителя⁶⁸. Другой пример Khawarij, которая широко отстаивала право и обязанность восстать против тирана⁶⁹. Ведущий ученый исламского золотого века, Ибн Сина, широко известный под своим латинизированным именем Авиценны,

⁶⁴ Прушенова Е.Ц. Конфуцианский вариант демократии в философии Мэн-Цзы // Сравнительное правоведение в странах Азиатско-Тихоокеанского региона-III: материалы международной научной конференции молодых ученых, аспирантов и студентов (15 апреля 2011 г.) – Улан-Удэ: Издательство Бурятского госуниверситета, 2011. – С. 57-61.

⁶⁵ Васильев Л.С. Древний Китай. Т. I: Предыстория, Шан-Инь, Западное Чжоу (до VIII в. до н. э.). - М.: Вост. лит., 1995. — С. 232.

⁶⁶ Majid Khadduri, War and Peace in the Law of Islam, 13, 69 (2006).

⁶⁷ Najam Haider, The Origins of the Shi'a: Identity, Ritual, and Sacred Space in Eighth-Century Kufa 17 (2011).

⁶⁸ Antony Black, The History of Islamic Political Thought 27 (2d ed. 2001).

⁶⁹ Calder, supra note 1900, at 14. See also EL-AWA, supra note 193, at 60.

также признавал право на восстание. Это право также получило признание в Персидском средневековом тексте *The Sea of Precious Virtue* («Море драгоценной добродетели»)⁷⁰.

Со временем, такие исключительные оправдания революционных актов приобрели статус принципа, признаваемого во многих конституциях исламских стран. После алжирской войны за независимость (1954-1962), революция была в явной форме оправдана в Конституции Алжира, а ценность революции находится под конституционной защитой и сегодня⁷¹.

В 1979 году иранская революция признала эту новую перспективу в исламском мире. Конституция Ирана выразительно оправдывает революцию, направленную на свержение деспотического режима⁷². Конституция Афганистана признает «жертвы и исторические битвы... и просто сопротивление всего народа Афганистана»⁷³.

Идея Шура (*Shura*), которая обязывает правителя советоваться с людьми в вопросах, имеющих общественное значение, сыграла ключевую роль в этом процессе. Шура считается одним из самых важных исламских конституционных принципов. Кроме того, значительное число юристов в различных школах исламского права указывает на «допустимость свержения главы государства с должности, если его действия представляются нарушающими его должностные обязанности, или если он действовал в неуместный способ, который был расценен как аморальный, угнетающий или нарушающий Коран и Сунну Пророка.

Современный этап доктринальной мысли и развития концепции права на революцию связывают с именем Бернарда Льюиса (ему же, а не С. Хантингтону, приписывают первенство во введении понятия «столкновение цивилизаций»⁷⁴). Согласно учению Бернарда Льюиса в Коране и Сунне есть несколько положений, которые позволяют рассматривать вопросы управления через призму права на революцию. Коран, например, дает понять, что существует обязанность послушания: «Повинуйтесь Аллаху, повинуйтесь Пророку, повинуйтесь тем, кто имеет власть над вами». И эта мысль развивается в высказываниях, приписываемых Мухаммеду. Но есть также и изречения, ставящие жесткие ограничения в отношении обязанности повиновения: «нет послушания в грехе», иными словами, если правитель

⁷⁰ *The Sea of Precious Virtues* 120 (Julie Scott Mesiami ed. & trans. 1991) (Sunnis allow rebellion against the king if he "commands some impiety, or something that is contrary to the Law or an innovation").

⁷¹ Constitution de la République Algérienne Démocratique et Populaire, pmb., art. 9, available at http://confinder.richmond.edu/admin/docs/local_algeria.pdf.

⁷² Qanuni Assassi Jumhuri Islamai Iran [The Const. of the Islamic Republic of Iran] 1358 [1989] pmb., available at <http://www.iranchamber.com/government/laws/constitution.php>.

⁷³ Const. of the Islamic Republic of AFG. (2004), pmb., available at http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/assc/afghanistan/Afghan_Const_Eng.doc.

⁷⁴ Terrorism, Crime, and Public Policy // Brian Forst. - American University, 2009. – P. 87. 1990 essay in *The Atlantic* by Princeton University Professor Bernard Lewis, the concluding section of which was entitled "A Clash of Civilizations"

приказывает что-то, что противоречит божественному закону, не только нет обязанности следовать приказу, но и есть долг неповиновения; «не подчиняйся созданию, восставшему против своего Создателя».

Всеобщая исламская декларация прав человека также признает право на революцию: «Каждый человек и каждый народ имеет неотъемлемое право на свободу... и имеет право бороться всеми доступными средствами против любого нарушения или отмены этого права, и у каждого угнетенного индивида или народа есть законное право на поддержке других лиц и/или народов в такой борьбе»⁷⁵.

Конституционные акты, которые принимались после арабской весны, подчеркивают, что суверенитет принадлежит исключительно народу, и что он должен реализовывать и защищать свой суверенитет, признают легитимность революции в борьбе за свободу, достоинство, восстановление прав.

Право на восстание отражено также в Африканской хартии прав человека и народа: «Угнетенные народы должны иметь право освободиться от уз господства, прибегая к любым средствам, признанным международным сообществом». Комментаторы полагают, что это право может быть реализовано при соблюдении следующих условий: 1) существующее угнетение; 2) существенные нарушения верховенства права (серьезные или массовые нарушения прав человека); 3) чрезвычайный характер угнетения; 4) отсутствие свободно данного народом согласия на притеснения и 5) обращение к революции допустимо лишь в случае недейственности имеющихся правовых средств⁷⁶.

Подводя политико-правовые итоги, мы можем сказать, что *право на сопротивление угнетению присутствует в самых разных политических традициях, в разные исторические эпохи*. Объединяет все существующие концепции идея, согласно которой данное право предусматривает определенную *оценку деятельности правительства с точки зрения некоего внешнего стандарта*, и таким образом выступает *конечным ограничением на поведение правительства*. И когда правительство осуществляет власть в покрове легитимного потенциального сопротивления со стороны народа, оно, предположительно, ведет себя *более умеренно*, чем если бы такого ограничения не было.

2. Право на сопротивление угнетению и восстание как естественное право, его конституционное закрепление и идейное обоснование

Как уже отмечалось, наиболее ярко естественный характер права на

⁷⁵ Universal Islamic Declaration on Human Rights, 21 DHUL QAIDAH 1401, art. 2 (Sept. 19, 1981), available at <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html>.

⁷⁶ См.: Fatsah Ouguergouz, The African Charter on Human and Peoples' Rights 263–66 (2003).

сопротивление угнетению и восстание раскрыт в Декларации независимости США 1776 г., а также в ст. 2 Французской декларации прав человека и гражданина 1789 г. Ст. 33 Французской декларации 1793 г. тонко именует сопротивление угнетению следствием, вытекающим из прочих прав человека.

Кардинал Любомир Гузар подчеркивает, что «существуют такие ситуации, когда вооруженное сопротивление является разрешенным. Когда власть использует излишнюю силу, народ имеет право обороняться с оружием. Каждый из нас имеет право обороняться... Сила нашего народа — в миролюбии. Власть бьет, но нет, за что бить. Власть, которая бьет лишь за то, что кого-то не любит, показывает тем свою немощь»⁷⁷. При этом Любомир Гузар выступил против закрепления подобной нормы в Конституции Украины, отметив: «Не нужно этого прописывать в конституциях — это есть закон природы. Я имею право защищать себя и своих близких. Как каждый человек. И имею право отвечать такими средствами, которыми на меня нападают. За оружие можно браться, когда оружие обращено против тебя»⁷⁸.

Как указывают некоторые исследователи, «вряд ли можно ожидать от суверенных государств предоставления своим подданным права на отделение или на сопротивление, как нечто само собой разумеющегося». Тем не менее, как ни парадоксально, иногда государства именно так и поступают⁷⁹.

Ряд специалистов отмечают неприемлемость включения права на сопротивление или права на восстание непосредственно в текст конституционных актов. Аргумент достаточно очевидный: подобная позитивация противоречит самой сути права на сопротивление. «Право на сопротивление оказывается зафиксированным в статуте, хотя его природа — вне любого статута, происходит регулирование тех вещей, которые не подлежат регуляции. Как свобода усмотрения не может находиться под управлением, так и сопротивление несправедливости публичной власти не может регулироваться той самой публичной властью»⁸⁰. По мнению А. Кауфмана, правовая система не может институционализировать контроль над собой, который осуществляется вне этой системы.

В данном вопросе нам гораздо ближе точка зрения, согласно которой «присутствие в той или иной конституции права народа на восстание почти неопровержимо доказывает ее принадлежность гражданскому обществу, а не государству, ибо лишь общественности принадлежит моральное право

⁷⁷ Гузар Л. Право на повстання — то є закон природи [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.umoloda.kiev.ua/number/2395/180/85201/>

⁷⁸ Гузар Л. Право на повстання — то є закон природи [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.umoloda.kiev.ua/number/2395/180/85201/>

⁷⁹ Tony Honoré, *The Right to Rebel*, 8 Oxford J. Legal Stud. 34, 46 (1988). P. 42.

⁸⁰ Kaufmann Arthur. *Small Scale Right to Resist*. — New England Law Review. — 1985-1986. — Vol. 21:3. — P. 573.

противопоставить хаос восстания обеспечиваемому государством политическому, экономическому и культурному порядку»⁸¹.

Подобное закрепление является весьма желательным и по другим причинам. Так, включение данного права в конституционный текст, перефразируя высказывание известного советского диссидента А. Подрабиника, очень полезно для всех тиранов: это правило надо непременно изучать им перед принятием присяги⁸². Более того, с учетом отечественного опыта, полагаем, вполне оправданно внести оговорку о праве на восстание непосредственно в текст присяги Президента Украины.

В Конституции Украины неявное признание данного права следует, во-первых, из ст. 3 и ч. 3 ст. 5, в соответствии с которыми *государство отвечает перед человеком за свою деятельность, а утверждение и обеспечение прав и свобод человека является его главной обязанностью, народ имеет исключительное право определять и изменять конституционный строй в Украине и это право не может быть узурпировано государством, его органами или должностными лицами*. Во-вторых, в этом случае важное значение имеет ст. 55 Основного Закона нашей страны, согласно которой *каждый имеет право любыми не запрещенными законом средствами защищать свои права и свободы от нарушений и противоправных посягательств*.

Можно привести примеры других государств. Так, ч. 4 ст. 20 Конституции Германии (от 23 мая 1949 г.) гласит: «Все немцы имеют право оказывать сопротивление всякому, кто попытается устранить этот строй, если иные средства не могут быть использованы».

В целом, еще более века назад всего 5 процентов всех конституций мира включали в свой текст право на сопротивление. Во второй половине XX века право на сопротивление получает более широкое распространение в конституционных текстах, и в 1980-х говорят о примерно 10 процентах. Сегодня конституции с закрепленным в них правом на сопротивление угнетению составляет около 20 процентов и число их постепенно растет. Так, в апреле 2012 года одной из стран, закрепивших на конституционном уровне право оказывать сопротивление, стала Венгрия.

Даже в странах, в конституциях которых нет положений о праве на революцию, право на революцию существует как неписаный закон, потому что оно считается

⁸¹ Речицкий В.В. Політична активність. Конституційні аспекти. – Київ: Сфера, 1999. – С. 130.

⁸² Подрабинец А. Право на восстание [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://grani.ru/opinion/podrabinek/m.223958.html>

«одним из столпов западной цивилизации»⁸³. Так что с точки зрения естественного права, конституционный текст на самом деле не может рассматриваться как действительный источник права на сопротивление.

Кроме того, следует принять во внимание тот факт, что согласно ч. 1 ст. 22 Конституции Украины перечень изложенных в ней конституционных прав *не является исчерпывающим*. Поэтому соответствующее конституционное закрепление следует рассматривать *лишь как подтверждение* того, что существует безотносительно факта формализации в тексте Основного Закона⁸⁴.

Почему государство идет на конституционное закрепление права на сопротивление? Этому феномену предлагают два объяснения.

Так, закрепление такого права как доказательство стремления нации к демократическому управлению. То есть государство само идет на то, чтобы закрепить признание им возможности быть сверженным в случае отклонения от признанных обществом ценностей. Публичная власть тем самым четко сигнализирует о своей готовности соблюдать Конституцию, а значит – дополнительно обеспечивает свою легитимность. Логика такова: «мы, народ» уже сейчас приняли решение (время 1), что мы хотим правительство, которое уважает наши права. Но «мы, народ» также знаем, что у правительства может возникнуть соблазн нарушить права по прошествии некоторого времени (время 2)⁸⁵. Именно по этой причине мы написали конституцию, которая ставит определенные ценности вне пределов обычной политики.

Кроме того, включение права на сопротивление в конституционный текст может служить цели легитимизировать пост-фактум произошедшую смену власти недемократическим способом. Так было, например, с Конституцией Кубы после прихода к власти Ф. Батисты в результате переворота в 1933 г.

Обзор отдельных конституционных положений государств (*см. Приложение 1*), которые включили в свои Основные Законы положения о праве народа на сопротивление угнетению со стороны государства и даже на восстание, свидетельствует о том, что абсолютный приоритет за первым из приведенных объяснений.

⁸³ Arthur Kaufmann, Small Scale Right to Resist, 21 NEW ENG. L. REV. 571, 573 (1986).

⁸⁴ Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions // Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper. – 2012. – № 406. – P. 9.

⁸⁵ Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions // Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper. – 2012. – № 406. – P. 10

Конституция Бенина (принята 2 декабря 1990 г.)**Преамбула**

МЫ, НАРОД БЕНИНА, ... Вновь подтверждаем наше абсолютное сопротивление всякому политическому режиму, основанному на беззаконии, диктатуре, несправедливости, коррупции, взяточничестве, регионализме, nepoтизме, изъятию власти и личной власти

<...>

Конституция Демократической Республики Восточный Тимор (от 20 мая 2002 г.)

Статья 28. Право на неисполнение и самозащиту

1. Каждый гражданин имеет право на неповиновение и неисполнение незаконных приказов и приказов, затрагивающих их основные права, свободы и гарантии.

2. Право на самозащиту гарантируется всем в соответствии с законом.

<...>

Конституция Гватемалы (1956 г.)

Статья 73. Законы и распоряжения, правительственные или иного рода, регулирующие порядок осуществления прав, которые гарантирует настоящая Конституция, считаются недействительными, если они ограничивают, уменьшают или искажают эти права.

Сопротивление, оказываемое с целью защиты прав, перечисленных в настоящей Главе, является законным.

<...>

Конституция Гвинеи-Бисау (принята 16 мая 1984 г.)**Статья 18**

1. Республика Гвинея-Бисау устанавливает и развивает отношения с другими странами на основе Международного права, принципов национальной независимости, равенства между Государствами, невмешательства во внутренние дела, взаимных преимуществ, мирного сосуществования и неприсоединения.

2. Республика Гвинея-Бисау защищает право народов на самоопределение и независимость, поддерживает борьбу народов против колониализма, империализма, расизма и всех других форм угнетения и эксплуатации; выступает за мирное решение международных конфликтов и прилагает старания для обеспечения мира и справедливости в отношениях между Государством и учреждением нового международного

экономического порядка.

<...>

Основной Закон для Федеративной Республики Германия (от 23 мая 1949 г.)

Статья 20

(1) Федеративная Республика Германия является демократическим и социальным федеративным государством.

(2) Вся государственная власть исходит от народа. Она осуществляется народом путем выборов и голосований и через посредство специальных органов законодательства, исполнительной власти и правосудия.

(3) Законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие – законом и правом.

(4) Если иные средства не могут быть использованы, все немцы имеют право на сопротивление любому, кто предпринимает попытку устранить этот строй.

<...>

Конституция Греции (вступила в силу 11 июня 1975 г.)

Статья 120

1. Настоящая Конституция, принятая Пятым Ревизионным Парламентом эллинов, подписывается его председателем, публикуется временным Президентом Республики в Правительственной газете путем издания декрета, скрепленного Советом министров, и вступает в силу с 11 июня 1975 года.

2. Уважение Конституции и сопровождающих ее законов и преданность Родине и демократии являются основной обязанностью всех греков.

3. Узурпация каким бы то ни было путем народного суверенитета и проистекающей из него власти преследуется немедленно по восстановлении законной власти; с этого же момента начинается срок давности за это преступление.

4. Соблюдение Конституции вверяется патриотизму греков, правом и обязанностью которых является оказание всеми средствами сопротивления любой попытке отменить ее насильственным путем.

<...>

Конституция Литвы (принята 25 октября 1992 г.)

Статья 3

Никто не может ущемлять или ограничивать суверенитет Народа,

присваивать суверенную волю, принадлежащую всему Народу. Народ и каждый гражданин вправе оказывать противодействие любому, кто насильственным путем посягает на независимость, территориальную целостность, конституционный строй Литовского государства.

<...>

Конституция Перу (принята 29 декабря 1993 г.)

Статья 46

Никто не обязан подчиняться узурпаторскому правительству или любому лицу, которое занимает государственную должность с нарушением Конституции и закона.

Гражданское население имеет право восставать в защиту конституционного порядка. Действия лиц, которые узурпировали государственную должность, являются юридически недействительными.

<...>

Конституция Португальской Республики (от 2 апреля 1976 г.)

Статья 21. Право на сопротивление

Каждый пользуется правом оказывать сопротивление любому приказу, который наносит ущерб его правам и свободам и их гарантиям, а также применять силу для отпора любой агрессии, если невозможно обратиться к представителям власти.

<...>

Конституция Франции (24 июня 1793 г.)

ДЕКЛАРАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

33. Сопротивление угнетению есть следствие, вытекающее из прочих прав человека.

34. Угнетение хотя бы одного только члена общества есть тем самым угнетение всего общественного союза. Угнетение всего общественного союза есть тем самым угнетение каждого члена в отдельности.

35. Когда правительство нарушает права народа, восстание для народа и для каждой его части есть его священнейшее право и неотложнейшая обязанность.

<...>

Конституция Демократической Республики Конго (18 февраля 2006 г.)

3. ОБ ОРГАНИЗАЦИИ И ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ВЛАСТИ

Новые институты Демократической Республики Конго:
– Президент Республики;

- Парламент;
- Правительство;
- Суды и трибуналы.

Главные заботы, которые доминируют в организации данных институтов:

- обеспечение гармоничного функционирования государственных институтов;
- избегание конфликтов;
- учреждение правового государства;
- сопротивление всякой попытке диктаторского управления;
- гарантирование правильного управления;
- борьба с незаконностью;
- обеспечение демократического чередования.

<...>

Конституция Словацкой Республики (от 1 сентября 1992 г.)

Статья 32

Граждане имеют право оказывать сопротивление каждому, кто посягает на демократический порядок осуществления основных прав и свобод человека, предусмотренных настоящей Конституцией, если деятельность конституционных органов и действенное использование средств, предусмотренных законом, оказываются невозможными.

<...>

Конституция Королевства Таиланд (24 августа 2007 г.)

Статья 69

Человек должен иметь право мирно противостоять действиям, направленным на приобретение власти в стране средствами, которые не соответствуют способам, предусмотренным в этой Конституции.

<...>

Конституция Республики Чад (принята 31 марта 1996 г.)

Преамбула

Поэтому мы, народ Чада:

- подтверждаем настоящей Конституцией свое желание жить вместе уважать представителей различных этносов, вероисповеданий, регионов и культур; построить правовое государство и единую нацию, основанную на принципах уважения гражданских свобод и фундаментальных прав человека, человеческого достоинства и политического плюрализма, на африканских ценностях солидарности и братства;

- повторно подтверждаем наше согласие с принципами прав человека, определенных в Хартии ООН 1945 года, Универсальной декларацией прав человека от 1948 года, Африканской Хартии прав Человека и Нации от 1981 года;

- Торжественно провозглашаем о нашем праве и обязанности противостоять и не повиноваться каждому лицу, государству, захватившему власть силой или с нарушением норм данной Конституции.

- Подтверждаем свое полное неприятие любому политическому режиму, основанному на произволе, диктатуре, несправедливости, коррупции, взяточничестве, семейственности, клановом, племенном и концессионном строе и силовом захвате власти;

<...>

Конституция Чешской Республики (от 16 декабря 1992 г.)

Статья 23

Граждане имеют право оказывать сопротивление каждому, кто посягает на демократический порядок осуществления прав человека и основных свобод, установленный Хартией, если деятельность конституционных органов и действенное использование средств, предусмотренных законом, оказываются невозможными.

<...>

Конституция Эстонской Республики (принята на референдуме 28 июня 1992 года)

Статья 54

Долг гражданина Эстонии – быть верным конституционному строю и защищать независимость Эстонии. Каждый гражданин Эстонии имеет право, за отсутствием иных средств, оказывать попыткам насильственного изменения конституционного строя сопротивление по собственной инициативе.

Идейное обоснование естественного права на восстание

Э. Витале указывает, что стандарт права на сопротивление «скандален в его бытии», но он *имеет естественную основу в фундаментальных идеях конституционализма*, так как гарантия такого права «реализуется через ограничение политической власти, является инструментом разделения и баланса полномочий и

функций государства»⁸⁶. Такие ограничения заключаются в обязанности власти не нарушать конституционный строй и не посягать на права граждан, уважать человеческое достоинство, а право на сопротивление идейно увязано с правом на правомерное бездействие (воздержание от нарушений) государственной власти в этой сфере. Таким образом, можно исходить из того, что *этому праву предшествует фундаментальная обязанность государственной власти вести себя правомерно, то есть воздерживаться от нарушений конституционных принципов.*

Основная цель признания данного права может быть сведена к *защите и обеспечению прав человека*. Такой вывод подтверждается преамбулой Всеобщей декларации прав человека 1948 г.: «... необходимо, чтобы права человека охранялись властью закона в целях обеспечения того, чтобы человек не был вынужден прибегать, в качестве последнего средства, к восстанию против тирании и угнетения».

Т. Оноре подчеркивает: когда государство *систематически нарушает свои фундаментальные обязательства*, у субъекта возникает *право разорвать свою связь с государством* (но не связь с согражданами) и в этом случае государство теряет право определять законность использования субъектом насилия. Ибо этот субъект и другие субъекты, которые как члены общества имеют право и решают к нему присоединиться, более не являются участниками совместного проекта с государством и его представителями. Моральные барьеры не прибегать к насилию в отношении их исчезли. Поэтому мятежники более не ограничены правилом прибегать к насилию только лишь в ответ на незаконное применение силы к ним со стороны государства. Для них любая государственная сила становится незаконной. Они вправе рассматривать государственные силовые структуры как силы противника и могут использовать против них любые средства защиты, контратаки и упреждающего удара, соблюдая лишь те ограничения, которые обязаны соблюдать государства в войнах друг с другом⁸⁷.

В современном государстве *монополия на насилие*, представляющая основу любой государственности, *ограничена концепцией естественного права*. Это значит, что правом является вовсе не любой экзерсис законодателя: закон не может нарушать естественные права человека и расходиться с представлением общества о справедливости, основанным на этой мысли. Такое ограничение вытекает, в частности, из того факта, что в рамках представительной демократии законодатель не

⁸⁶ Ermanno Vitale. Costituzione e ius resistendi // Quaderno di storia contemporanea. – 2010. – F. 47 – P. 11-30. Цит. по: Бабин Б. В. Право на сопротивление как глобальное право [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.e-notabene.ru/lr/article_817.html#1

⁸⁷ Цит. по: Гольдфарб А. Легитимность мятежа [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://grani.ru/blogs/free/entries/198337.html>

является источником власти, но лишь представителем власти народа. *Ограничение прав граждан* фактически является *актом узурпации, антиконституционным переворотом*. Именно поэтому концепция естественного права, то есть, по сути, — концепция первичности естественных прав граждан по отношению к праву государства на насилие, и предполагает право на восстание, прямо сформулированное в документах эпохи просвещения, выдвинувших идею естественного права и суверенитета нации⁸⁸.

Власть имеет хоть какое-то моральное право требовать от граждан исполнения законов только в том случае, если она сама следует им. Но как только власть начинает нарушать закон и топтаться по нему ногами, с этого момента она теряет всякое моральное право требовать от граждан исполнения закона⁸⁹. Следует согласиться с тем, что вследствие нарушения общественного договора исчезает содержание, вложенное народом в государство при осуществлении учредительной власти: общественная полезность публичной власти выветривается сквозь трещины в ее строении, а правовой механизм превращается в адскую машину для пыток, эксплуатации и порабощения целого народа⁹⁰.

Иными словами, право на восстание — это не призыв и не лозунг, а термин, описывающий определенную **правовую коллизию**. Суть ее в том, что *государство, природа которого заключена в монополии на насилие, нарушая естественное право, перестает в представлении граждан быть легитимным, а, соответственно, перестает быть законным и насилие, к которому оно прибегает*⁹¹.

Важная теоретическая проблема состоит в том, что *представляет собой сопротивление — право или обязанность*. Основания для ее постановки дает Декларация независимости США, согласно которой народ не только имеет право, но и обязан свергнуть правительство, допустившее целый ряд злоупотреблений и узурпаций, а также Французская декларация прав человека и гражданина 1793 г., которая заявляет: «Когда правительство нарушает права народа, восстание для народа и для каждой его части есть его святейшее право и неотложнейшая обязанность».

По нашему мнению, в данном случае речь идет, вероятно, не о юридической, а о *моральной обязанности (моральном долге)*. Образно говоря, это —

⁸⁸ Рогов К. Монополия на насилие и право на восстание [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.novayagazeta.ru/columns/61949.html>

⁸⁹ Юров А. Восстание — право или обязанность? [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.pravda.com.ua/rus/columns/2014/02/17/7014094/?attempt=1>

⁹⁰ Северин О. Jus resistendi (Право на сопротивление) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://constituanta.blogspot.com/2013/01/jus-resistendi.html>

⁹¹ Рогов К. Монополия на насилие и право на восстание [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.novayagazeta.ru/columns/61949.html>

обязанность гражданина, если он действительно гражданин, а не просто подданный⁹². Ведь в противном случае, доводя ситуацию до абсурда, возникнет вопрос о юридических санкциях к тем, кто не участвует в восстании. Уклонение от сопротивления способствует укреплению режима угнетения и тирании, а значит, делает обязанность сопротивляться морально оправданной.

Следующий принципиальный вопрос связан с уяснением *субъекта права на сопротивление*. Можно предположить три возможных варианта ответа: *человек, гражданин или народ*.

Мы полагаем, что право на сопротивление угнетению и восстание является *правом индивида*; носителем данного права не может выступать коллектив (народ), определение воли которого в данном случае представляло бы значительные сложности. Такой вывод следует, прежде всего, из Всеобщей декларации прав человека 1948 г., которая акцентирует внимание именно на человеке, который вынужден прибегать, в качестве последнего средства, к восстанию против тирании и угнетения – в случае нарушения его прав.

В то же время, исходя из принципа разумности, можно предположить, что эффективная реализация индивидом своего права возможна только при наличии коллектива людей, разделяющих данные убеждения и объединивших свои усилия по оказанию сопротивления и организации восстания. Однако данный коллектив не имеет четких темпоральных и количественных параметров: индивиды присоединяются к нему и выходят из его состава в разное время, его численность может достаточно существенно изменяться в зависимости от разных обстоятельств.

Такое право следует трактовать как *право человека, а не гражданина*, поскольку объектом тирании и угнетения со стороны определенного государства может выступать любое физическое лицо независимо от его гражданства; его права (причем речь идет не только о политических, но и о гражданских, а также социальных правах) систематически и грубо нарушаются именно данным государством – в таком случае факт наличия или отсутствия постоянной политико-правовой связи с тем или иным государством не имеет принципиального значения. В ряде случаев на основании принципа солидарности к защите прав от угнетения могут присоединиться и иные лица.

В данном контексте следует также установить *адресата данного права*. На наш взгляд, адресатом права на сопротивление выступает *публичная власть* (представленная государственной властью и властью местного самоуправления). При этом важно подчеркнуть, что речь идет не о любой власти, а только о власти

⁹² Юров А. Восстание – право или обязанность? [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.pravda.com.ua/rus/columns/2014/02/17/7014094/?attempt=1>

недемократической – тиранической, угнетающей.

Оксфордский политический словарь определяет тиранию как узурпированную власть, при которой ее обладатель правит ради своих собственных интересов, как сверх-использование принудительной власти государства при отсутствии верховенства права, как диктатуру, произвол и террор⁹³. В свою очередь энциклопедия политической мысли характеризует тиранию как способ управления на основе принуждения и произвола, несовместимый с политической свободой, конституционным правлением и принципом верховенства права⁹⁴.

В таком случае становится объяснимой характеристика данного права *как чрезвычайного, как крайнего средства (ultima ratio)*, к которому прибегают при невозможности эффективно защитить свои права с помощью иных, правовых механизмов, работающих в условиях демократического режима. Среди *демократических альтернатив* права на восстание – выборы и референдум как формы непосредственного народовластия, парламент, судебная и правоохранительная система – как институты представительной демократии.

Именно поэтому общее избирательное право образно характеризуют как мирную избирательную урну, заменившую собой ружье повстанца, а закон о референдуме — как умеренный аналог права народа на демократическое восстание⁹⁵. Однако если власть не хочет отвечать перед избирателем и перед судебным истцом, то она рискует в конце концов ответить перед повстанцем. Ведь недействующий закон и отсутствие правосудия – это и есть прямое подстрекательство к восстанию. В данном случае имеет место своего рода *системный дефолт власти* – никакие иные методы воздействия на нее попросту не действуют⁹⁶. Гангрену не вылечить лавандовой водой и жизнь на грани тления может быть преобразована лишь насильственными действиями⁹⁷.

Как отмечает В. Речицкий, «это право означает, что народ может перевернуть все «вверх дном», установить другой порядок, выбрать новую (лучшую) власть и начать все с чистого листа. И это конституционная норма!»⁹⁸.

По нашему мнению, право на сопротивление и восстание следует рассматривать как *конституционный эквивалент права на необходимую оборону*. Как известно, с

⁹³ Короткий оксфордський політичний словник / За ред. І. Макліна і А. Макмілана; пер. з англ. – К.: Основи, 2006. – С. 688.

⁹⁴ Енциклопедія політичної думки; пер. з англ. – К.: Дух і літера, 2000. – С. 108.

⁹⁵ Речицкий В. Закон о референдуме предоставляет украинцам право на восстание [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://delo.ua/opinions/zakon-o-referendume-predostavljaet-ukraincam-pravo-na-vosstanie-208268/>

⁹⁶ Северин О. Jus resistendi (Право на спротив) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://constituanta.blogspot.com/2013/01/jus-resistendi.html>

⁹⁷ Гегель. Политические произведения. – М.: Наука, 1978. – С. 152.

⁹⁸ Речицкий В. Закон о референдуме предоставляет украинцам право на восстание [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://delo.ua/opinions/zakon-o-referendume-predostavljaet-ukraincam-pravo-na-vosstanie-2>

объективной стороны, для ситуации необходимой обороны характерно нападение на правовое благо, противоправность и наличность такого нападения. Оборонительные действия обусловлены вторжением в правовые интересы нападавшего, а также необходимостью вмешательства для отражения нападения, а также отсутствием социально этических ограничений (например, вопиющего несоответствия защищаемого и ущемляемого интереса). Заметим, что в праве Германии право на необходимую оборону характеризуют как *чрезвычайное право*, поскольку подобные права обеспечивают лицу защиту правовых благ *в условиях отсутствия помощи от государства*⁹⁹.

В этой связи вполне объяснимо, что надлежащим механизмом реализации права на восстание выступают сами люди (народ). В его реализации нельзя полагаться на суд, который как независимый и справедливый инструмент обычно становится одной первых жертв недемократического режима (единственным исключением здесь мог бы выступать суд присяжных, однако в условиях тирании таковой институт обычно отсутствует де-юре или де-факто). Поэтому не удивительно, что право на восстание, по образному выражению, *обращено непосредственно «к самим людям»*¹⁰⁰. Ученые в последние годы подчеркивают, что не суды, которые преимущественно толкуют и применяют конституцию, а внесудебные механизмы, подчиненные «гласу народа», выступают конечным источником ограничения государственной власти. В этом случае нередко используется такое образное сравнение. В «Одиссее» Гомера Улисс привязывает себя к мачте корабля веревками, что позволяет ему услышать пение сирен при снижении возможной опасности для себя и для своей команды, если их неземные голоса сведут с ума. В конституционной сфере судебная система, как правило, рассматривается как веревки, которые привязывают публичную власть к данным ранее обязательствам. Но если и эти веревки рвутся, в конечном счете, сами люди осуществляют эту функцию, когда выходят на улицу для борьбы с тиранической властью.

Кроме того, в ряде случаев действия восставших могут дополнительно квалифицироваться как **конституционная крайняя необходимость**: в данном случае речь идет о нанесении лицам, не причастным к угнетению, определенного ущерба вследствие захвата зданий, осмотра машин, изъятия либо использования материальных ценностей, блокировки воинских частей и т.д.

Непонимание ситуации невозможности решить проблему традиционными демократическими инструментам, соединенное с осуждением насилия, нередко

⁹⁹ Фристер Г. Уголовное право Германии. Общая часть; пер. с нем. – 5-е изд. – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – С. 244-245.

¹⁰⁰ Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* 248 (2004).

характерно для тех, хто має статус «стороннього спостерігача», знаходиться вне подій, не відчуває відповідальну атмосферу. Наприклад, в контексті останніх подій в Україні один з російських філософів підкреслює: «Ніколи почуття морального переважання над корумпованим режимом не вимагало за рік до очевидно провальних для цього режиму виборів кидати бутлі з запальною сумішшю в представників правопорядку.... Ніколи, прости Господи, євроінтеграція нікуди не уплинула назавжди від її преданих сторонників. Чому ж об'яснявся цей сплеск насильства?»¹⁰¹. В якості підходящого рецепту російські юристи пропонували наступне: «Водимо чесні вибори. Приймаємо в якості лідера того, кому довіряє більшість. Обмежуємо цього лідера рамками закону. І живемо до наступних виборів»¹⁰². Відбулося вони характеризували як катастрофу права і насильство¹⁰³.

В цій зв'язі слід відзначити, що для безпосередніх учасників дійсна катастрофа права відбулася раніше, до застосування насильства. В даному випадку мали місце *чрезвычайные реанимационные действия*, призначені *спасти право как таковое*, не мавше реальних шансів дожити до наступних демократичних виборів. І оскільки реальна Конституція охороняє права народу і громадянського суспільства, то вона дозволяє повну відмену більшого правопорядку з метою заміни його «хаосом народного повстання»¹⁰⁴. Через безладдя – до порядку!

Іншими словами, право на опір може включати в себе дії, які, при нормальних обставинах, розглядалися б як незаконні. В цьому сенсі, воно є свого роду «*правом поводитися неправильно*» («right to do wrong»)¹⁰⁵. Тут можлива аналогія з законом справедливої війни, згідно з яким дії, які зазвичай розглядалися як кримінально криміновані, вважаються виправданими, оскільки служать вищій меті. Презюмується, що якщо право на опір реалізується належним чином, на державі лежить відповідальність не репресувати тих, хто його здійснює. В протилежному випадку винні особи з боку держави повинні бути привлечені до кримінальної відповідальності, на національному або міжнародному рівні.

Таким чином, реалізація права на опір і повстання представляє собою вимушений тимчасовий вихід з традиційного правового поля,

¹⁰¹ Межуев Б. Это горькое слово — легитимность [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://izvestia.ru/news/567303>

¹⁰² Зорькин В. Цивилизация права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rg.ru/2014/03/12/zorkin.html>

¹⁰³ Зорькин В. Цивилизация права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rg.ru/2014/03/12/zorkin.html>

¹⁰⁴ Речицкий В. Закон о референдуме предоставляет украинцам право на восстание [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://delo.ua/opinions/zakon-o-referendume-predostavljaet-ukraincam-pravo-na-voosstanie-208268/>

¹⁰⁵ Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981–1991*, at 63 (1993).

обусловленный чрезвычайными обстоятельствами и необходимостью сохранения самого смысла правового пространства. В данном случае имеет место ситуация **конституционного форс-мажора**, приостанавливающая действие привычных правовых процедур, рассчитанных на функционирование в нормальных условиях. Любая правовая технология (в тиранической или демократической версии) помочь в этой ситуации не может. Вполне естественно, отмечает Б. Капустин, что любая революция «переворачивает» государственный строй и не может осуществляться в соответствии с имеющейся Конституцией¹⁰⁶.

Необходимо подчеркнуть, что в данном случае также происходит **очевидный разрыв по линии «легитимность-легальность»**. Например, отстраненный в результате восстания Президент формально рассматривается как утративший легитимность, но до определенного момента именно он – легальный глава государства. В такой ситуации «блогеры разных политических ориентаций предпочитают на все лады хохотать над *юридической фикцией президента*, который по закону, конечно, таковым остается, но, что называется, *тем хуже для закона*»¹⁰⁷.

По нашему мнению, два обязательных признака (*цель* – защита и обеспечение прав человека, а также *адресат права* – тираническая, угнетающая публичная власть) **отличают восстание** как правомерные действия **от противоправного мятежа**. Напомним, что согласно п. 2 с) ст. 2 Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод (1950 г.) лишение жизни не рассматривается как нарушение данной статьи, когда оно является результатом абсолютно необходимого применения силы для подавления, в соответствии с законом, бунта или мятежа.

Подобное отличие между восстанием и мятежом можно вывести благодаря сравнению преамбулы Всеобщей декларации прав человека и преамбулы Конвенции. Последняя провозглашает приверженность стран-членов Совета Европы всеобщему пониманию и соблюдению прав человека, а также стремление к подлинно демократическому политическому режиму. Интересно, что украинский перевод п. 2 с) ст. 2 Конвенции использует термины «заворуження» и «повстання». На наш взгляд, более удачным является русскоязычный вариант, который использует термины «мятеж» (Конвенция) и «восстание» (Всеобщая декларация прав человека). Английский текст также дает основания для подобного разграничения: «insurrection» (Конвенция) и «rebellion» (Декларация). Поэтому вместо термина «повстання» в Конвенции уместней было бы использовать термин «заколот».

Следует также обратить внимание на то, что право на восстание нередко

¹⁰⁶ Капустин Б. «Промедленьями спас государство» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://izvestia.ru/news/567264>

¹⁰⁷ Межуев Б. Это горькое слово — легитимность [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://izvestia.ru/news/567303>

характеризуют как *общий принцип права*, который обусловлен «неотъемлемым правом народа изгонять своих правителей, изменять свое государственное устройство, или осуществлять радикальные реформы в системе государственного управления путем насилия или всеобщего восстания в ситуации, когда легальные и конституционные способы осуществления таких изменений оказались недостаточными или настолько затруднительными, что стали недоступными»¹⁰⁸.

Отдельные исследователи подтверждение признания за правом на восстание статуса общего принципа права видят во включении упоминания права на восстание в преамбулу Всеобщей декларации прав человека. Сама формулировка и расположение в преамбуле, а не в статьях Декларации, указывает на то, что данное право сформулировано не как классическое право. В связи с этим есть даже теория, что право на восстание это что-то близкое к праву на демократию или праву на самоопределение.

Первоначальный комментарий к Всеобщей декларации прав человека описывает право на революцию в качестве инструмента, «с помощью которого люди могут основать правительство в соответствии со справедливостью, если фундаментальные принципы справедливости и основные права человека нарушаются в такой способ, который не дает никакой возможности обратиться к мирным средствам»¹⁰⁹.

Особый характер права на сопротивление, приближающий его к принципам, исследователи видят и в *структуре этого права*. К примеру, проф. Т. Гинзбург говорит о том, что именно структура отличает право на сопротивление от других прав-требований (по классификации Р. Алекси¹¹⁰). Такие права рассматриваются как обоснованные требования, поддерживаемые силой закона. Право является обоснованным требованием, включающим в себя возможность действовать определенным образом в интересах справедливости. Право на восстание или сопротивление имеет иную структуру.

Оно предполагает, что есть *некий внешний стандарт*, по которому можно судить о поведении правителей, стандарт, который не включен в позитивное право. Он может рассматриваться скорее как некий принцип или основываться на соображениях «конституционного порядка». Иначе говоря, право на сопротивление не является определенным требованием, оно не навязывает то или иное предметное ограничение на правителей непосредственно. Оно выступает в качестве запасного

¹⁰⁸ Black's Law Dictionary, 9th ed. Bryan A. Garner, ed. — St. Paul: «West Group», 2009. 1439 (9th ed. 2009).

¹⁰⁹ The Grounds of an International Declaration of Human Rights, in Human Rights: Comments and Interpretations 258, 264 (UNESCO ed., 1949). Cf. SAUL, supra note 5, at 83 (arguing that this recognition in the UDHR does not imply that a right of rebellion exists).

¹¹⁰ Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers trans., Oxford Univ. Press 2002) (1985); Алексі Р. Існування прав людини. – Право України. – 2011. – № 8.

условия, подстраховывающего реализацию других фундаментальных прав. И как по этому поводу отметил Т. Цацос, также подчеркивая особый характер права на сопротивление: вопрос о существовании права на сопротивление может быть поставлен в очень ограниченный период времени – либо непосредственно во время его реализации, то есть когда сопротивление уже осуществляется, либо после свержения режима, против которого оно поднялось». Правда, сегодня можно к этому добавить и возможность поставить такой вопрос и в ситуации, когда сопротивление не достигло своей цели. Участники сопротивления, даже если оно осуществлялось в форме восстания, не должны привлекаться к ответственности, если не нарушили пределов реализации данного права.

Кроме того, используя известную классификацию субъективных прав Н. Хохфельда, право на сопротивление угнетению можно относить не к правам-требованиям (поскольку в данном случае отсутствует коррелят требования – обязанность других субъектов – и индивид не наделяется правом просить другого субъекта что-то дать, сделать что-то или не сделать), а к **свободам или привилегиям**. Так, свобода признает возможность правообладателя вести себя по своему желанию в рамках нерегламентируемого поля (свобода слова). Если эта свобода является исключением из общего запрета, то она называется привилегией (например, свобода нанесения ущерба в целях самообороны). Коррелятом свободы и привилегии является отсутствие прав, противоречащих данной свободе правообладателя; правовые отношения и регламенты в данном случае просто отсутствуют¹¹¹.

3. Право на восстание как норма международного права

Кроме неоднократно упоминавшейся преамбулы к Всеобщей декларации прав человека 1948 г., целесообразно обратиться к международному прецедентному праву в части признания права на революцию. В этом смысле следует упомянуть так называемое дело Тиноко. События имели место в Коста-Рике в период 1917-1919 г.г. Федерика Тиноко сверг правительство президента Альфредо Гонсалеса и принял новую конституцию; за время его нахождения у власти было заключено несколько соглашений с британскими компаниями. В 1919 г. Тиноко подал в отставку и находился в изгнании в Европе. Несколько лет спустя, в 1922 году, восстановленное правительство приняло законы, которыми признавало ничтожными все действия Тиноко, в том числе соглашения с британскими компаниями. Великобритания передала это дело в арбитраж, который постановил следующее (арбитр В. Тафт, решение от 18 октября 1923 г.):

«... изменения правительства или внутренней политики государства по общему

¹¹¹ Хук ван М. Право как коммуникация; пер. с англ. – СПб.: Издат. дом С.-Петерб. гос. ун-та, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. – С. 136-137.

правилу не влияют на его положение в международном праве; несмотря на изменения правительства, нация не перестает существовать, и ее права и обязанности сохраняются. Государство связано обязательствами правительства, прекратившего существование; восстановленное правительство обычно отвечает за акты узурпатора. Иностранные державы имеют дело с правительством *de facto*, когда оно является устойчивым и действует с согласия населения. ... Тиноко управлял страной в условиях мира и отсутствия сопротивления (за исключением периода в течение нескольких месяцев перед его свержением), соответственно, его правительство являлось фактически существующим суверенным правительством. Некоторые государства не признали режим Тиноко. Непризнание правительства обычно является надлежащим доказательством отсутствия независимости и контроля, требуемых в соответствии с международным правом. Однако когда непризнание правительства вызвано сомнениями в его легитимности, соответствующая доказательственная сила непризнания утрачивается. Великобритания, несмотря на непризнание правительства Тиноко, тем не менее, может рассматривать его правительство *de facto*, способное создавать права для британских субъектов».

Руководствуясь такой аргументацией, арбитр не согласился с тезисом, в соответствии с которым нормы международного права требуют, чтобы правительство *de facto* было создано в соответствии с конституцией. Арбитр пришел к выводу, что предварительное исчерпание внутренних средств защиты в данном случае не обязательно¹¹².

Почему данный вывод важен в контексте рассматриваемого права на восстание? По сути, был сделан вывод, что нет такого понятия как «незаконная революция». И из этого выведен один из пяти основных аргументов международного права в поддержку существования права на революцию: если международное право признает результат революции в виде революционного правительства, основываясь на непрерывности государственности, то оно обязано признать средства, ведущие к этому результату¹¹³.

Второй аргумент: право на революцию находится в неразрывной связи с вопросом о легитимности нового правительства с точки зрения общепризнанных стандартов полномочности в области международного права.

Третье: право на самоопределение подразумевает право на революцию, поскольку включает в себя право наций на выбор своего международного политического статуса.

Четвертая группа аргументов рассматривает право на революцию как одно из

¹¹² Толстых В. Л. Курс международного права. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 382.

¹¹³ Krystyna Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law* 56 (2d ed. 1968).

наиболее важных прав, которые следуют из государственного суверенитета и государственной независимости.

Пятая группа аргументов связана с развитием инициативы ООН «Обязанность защищать» (R2P). Идея этой концепции в том, что суверенитет является не привилегией, а обязанностью: суверенитет не только предоставляет государствам право контролировать свои внутренние дела, но также налагает ответственность по защите людей, проживающих в пределах границ этих государств. Если государство не справляется с этой задачей, ответственность переходит к международному сообществу. Частью этой концепции стало признание права на революцию: если мир в целом ответственен за принятие своевременных и решительных мер для предотвращения и прекращения массовых злодеяний, когда государство явно не в состоянии защитить свое население, это еще сильнее указывает на то, что народ государства может принять меры для такой защиты в виде революции. При этом применение силы основывается на принципе пропорциональности: сила применяется после того, как другие (мирные) меры оказались неэффективными, для защиты от геноцида, военных преступлений, этнических чисток и преступлений против человечности.

Подробное описание подобных преступлений можно найти в Римском статуте. Согласно ст. 5 юрисдикция Суда ограничивается самыми серьезными преступлениями, вызывающими озабоченность всего международного сообщества. К таким преступлениям отнесены: а) преступление геноцида; б) преступления против человечности; в) военные преступления; г) преступление агрессии. Так, в ст. 7 Римского статута раскрыто, что считать *«преступлением против человечности»*: любое из следующих деяний, когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц, и если такое нападение совершается сознательно: а) *убийство*; б) *истребление*; в) *порабощение*; г) *депортация или насильственное перемещение населения*; д) *заключение в тюрьму или другое жестокое лишение физической свободы в нарушение основополагающих норм международного права*; е) *пытки*; ж) *изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация или любые другие формы сексуального насилия сопоставимой тяжести*; з) *преследование любой идентифицируемой группы или общности по политическим, расовым, национальным, этническим, культурным, религиозным, гендерным или другим мотивам, которые повсеместно признаны недопустимыми согласно международному праву, в связи с любыми деяниями, указанными в данном пункте, или любыми преступлениями, подпадающими под юрисдикцию Суда*; и) *насильственное исчезновение людей*; ю) преступление

апартеида; к) другие бесчеловечные деяния аналогичного характера, заключающиеся в умышленном причинении сильных страданий или серьезных телесных повреждений или серьезного ущерба психическому или физическому здоровью.

В этом контексте следует упомянуть еще один аргумент: право на восстание выступает продолжением естественного права на самооборону. Самооборона в свою очередь используется для признания более широкого естественного права: права необходимости.

Есть два типа самообороны в международном праве. Один из них – это самозащита в международном публичном праве, другой – в международном уголовном праве. Что касается момента нападения в отношении допустимости его предотвращения, то различают два типа атак: реальные и упреждающие. Лишь право на отражение реальной атаки применимо ко всем случаям, независимо от того, имеет ли место атака в пределах государства (внутренняя атака) или против другого государства (международная атака). В то же время Устав ООН, как представляется, позволяет и упреждающую самооборону, хотя многие с этим не согласны. Хотя ведь именно в случае реальной атаки против другого государства, как правило, бывает слишком поздно для оборонительной реакции. Навязывание же статуса «сидящих уток» в случае надвигающейся военной атаки – насмешка над главной целью Устава ООН¹¹⁴.

В контексте данного исследования нельзя не упомянуть и о таком феномене, как «доктрина отрицания права на восстание». Считается, что она наиболее четко заявлена в Декларации о правах и обязанностях отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы (Декларация о правозащитниках, принята резолюцией 53/144 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1998 г.). В тексте этого документа нет прямого отрицания права на восстание. Но поскольку главная цель Декларации – подтвердить права, уже защищенные законом, любой читатель вполне ожидаемо может предположить, что право на сопротивление не существует само по себе.

Статья 1 Декларации использует широкий подход к определению направлений деятельности по защите прав человека. Она в частности указывает, что «каждый человек имеет право, индивидуально и совместно с другими, поощрять и стремиться защищать и осуществлять права человека и основные свободы на национальном и международном уровнях...».

Однако уже статьи 12 и 13 предельно ясно показывают, несмотря на контекст и с даже учитывая «массовые, грубые или систематические нарушения, такие, как

¹¹⁴ Myres S. McDougal, The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense, 57 AM. J. INT'L L. 597, 601 (1963).

нарушения, являющиеся результатом апартеида, всех форм расовой дискриминации, колониализма, иностранного господства или оккупации, агрессии или угроз национальному суверенитету, национальному единству или территориальной целостности, а также результатом отказа признать право народов на самоопределение и право каждого народа на осуществление полного суверенитета над своими богатствами и природными ресурсами» (об этом говорится в преамбуле Декларации), если лицо или группа не использовали *исключительно мирные средства* для защиты прав человека, такое лицо или группа в последующем не могут считаться защитниками прав человека.

Статья 12 (ч. 1) указывает, что «каждый человек имеет право, индивидуально и совместно с другими, участвовать в мирной деятельности, направленной против нарушений прав человека и основных свобод». Получается, что ни одно действие, направленное на защиту прав человека, но не являющееся мирным, не может подпадать под защиту данной Декларации. Далее, статья 13 Декларации не упоминает о праве на получение и использование какой-либо иной поддержки для защиты прав человека, кроме мирных средств, независимо от контекста и обстоятельств: «Каждый имеет право, индивидуально и совместно с другими, запрашивать, получать и использовать ресурсы специально для целей поощрения и защиты прав человека и основных свобод мирными средствами».

Обзор заявлений некоторых ведущих сторонников Декларации показывает, что это не ошибка: действительно отдано предпочтение невключению или непризнанию права на сопротивление перед активным отрицанием. Одновременно с этим они признают, что часто имеет место чрезмерное и непропорциональное применение силы со стороны полиции или армии во время мирных демонстраций. Это в свою очередь вызывает бурную реакцию со стороны мирных протестующих, на что государство отвечает еще большим насилием со стороны полиции или армии, и это даже приводит к гибели и тяжелым увечьям. Более того, власти в некоторых странах используется тайный персонал, чтобы спровоцировать насилие со стороны мирных собраний, чтобы оправдать использование насильственных методов разгона собраний или арест людей. Специальный докладчик по делам правозащитников подчеркивает, что такое поведение со стороны государственных органов явно противоречит принципу ответственности государства, закрепленное в статьях 2 и 12 Декларации, и возлагает на государство ответственность за провокации (A/61/312, пункт 44)¹¹⁵.

¹¹⁵ Commentary to the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms. – P. 25 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/CommentarytoDeclarationondefendersJuly2011.pdf>

В своих специальных докладах ООН, с одной стороны, отмечает, что нет никакого специального определения, кто является и кто может являться правозащитником, с другой стороны, выдвигается минимально необходимый стандарт, согласно которому исключительно мирные действия могут попасть под защиту Декларации. Провозглашается принцип ненасилия: насилие не может быть использовано для защиты или содействия правам человека, какими бы ни были обстоятельства¹¹⁶. И это несмотря на репрессивные условия, в рамках которых правозащитники часто действуют, или крайние последствия, с которыми они могут столкнуться.

Возникает вопрос: если бы все, кто борется за право на свободу от агрессии, геноцида, преступлений против человечности и других нарушений прав человека в нацистской Германии, действовали бы согласно этому стандарту, существовали бы сейчас вообще ООН или Всеобщая декларация прав человека, или и вовсе права человека в целом? Но если допустить, что это так, то значит право не может быть эффективным средством помощи тем, кто наиболее уязвим.

4. Критерии применимости права на восстание

Приходится констатировать, что даже в исследованиях в сфере международно-правовой проблематики, в которых признается право на восстание, практически отсутствует рассмотрение такого важного вопроса, как критерии допустимости применения революционной силы.

Убедительным, на наш взгляд, выглядит подход, при котором на основании исторических предпосылок формирования данного права и его развития как общего принципа международного права, называются *следующие критерии*¹¹⁷:

(1) *Большинство граждан поддерживает применение силы*¹¹⁸, или, по крайней мере, революционеры добросовестно и разумно исходят из веры в то, что большинство *согласилось бы с ними*, если бы знало о соответствующих обстоятельствах применения такой силы; «революция не начинается с того, что некая новая могущественная сила атакует государство. Она начинается с внезапного осознания почти всеми активными и пассивными участниками, что этого государства больше нет»¹¹⁹;

(2) Применение силы должно быть последним средством (здесь опять можно

¹¹⁶ International Service for Human Rights “Defending Human Rights Defenders: A Short Guide”.

¹¹⁷ Aleksandar Marsavelski. The Crime of Terrorism and the Rights of Revolution in International Law // Connecticut Journal of Int'l Law. – Vol. 28. – № 241. – 2013. – P. 278-287.

¹¹⁸ Jordan J. Paust. International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring / Cornell International Law Journal. – 2013. – № 1. – P. 14.

¹¹⁹ Pettie G. S. The Process of Revolution. – Howard Fertig, 1971.

вспомнить о Всеобщей декларации прав человека: если человек вынужден, он может прибегнуть, в качестве *последнего средства*, к восстанию против тирании и угнетения; сопротивление является *ultimate ratio* и должно быть пропорциональным – слова А. Кауфмана, ставшие классикой;

(3) Причиной применения силы должно быть *угнетение со стороны государства* в виде существенных нарушений конституции или фундаментальных прав человека; как говорит А. Кауфман, восстание возможно в случае грубого злоупотребления со стороны публичной власти; правительство должно однозначно проявить себя в качестве агрессора, посягающего на общее благо, основные права человека, незаконность его действий должна быть, так сказать, написана на его лице¹²⁰;

(4) Применение силы должно быть направлено *против деспотического (угнетающего) правительства, а не против гражданских лиц*.

Первое условие получило название *принципа демократии*, основанного на идее народного суверенитета. В современном международном праве действительно важно, чтобы государством называлась не метафизическая абстракция, а суверенный народ, который может самостоятельно определять свою политическую судьбу. Право на восстание – право, которое реализуется большинством или от его имени против угнетающего меньшинства. После его свержения должны быть обеспечены создание легитимного правительства, возможность политического самоопределения и реализации прав человека для всех членов общества¹²¹.

Принцип демократии включает в себя два элемента: (а) *гражданство* и (б) *поддержка большинства*. Требование гражданства следует из мысли, что только народ как сторона общественного договора в определенном государстве может реагировать на притеснения со стороны правительства. Тем не менее, в прошлом было много примеров участия в революционном движении иностранцев (например, французские добровольцы во время американской революции). В наше время, гуманитарная интервенция играет аналогичную роль. Если применить правило, известное еще с римской правовой доктрины *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (никто не может передать другому большее право, чем он сам имеет), применение силы иностранцами будет законным в субсидиарном порядке и только тогда, когда сами граждане сами имели право на подобные действия и разделяли идеи восстания.

В то же время, слепая настойчивость только в отношении фактической

¹²⁰ Kaufmann Arthur. Small Scale Right to Resist. – New England Law Review. – 1985-1986. – Vol. 21:3. – P. 574.

¹²¹ Jordan J. Paust. International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring / Cornell International Law Journal. – 2013. – № 1. – P. 14.

поддержки со стороны большинства иногда приводит к той же несправедливости, для сопротивления которой признается право на восстание. Хрестоматийным здесь может быть пример с нацистским режимом в Германии: большинство населения под влиянием нацистской пропаганды действительно поддерживало режим. А значит, первое условие для реализации права на восстание не соблюдается. Однако если мы гипотетически допустим, что в нацистской Германии было бы реализовано такое право, то в качестве обоснования соответствия первому условию можно было бы указывать на следующее: революционеры исходили из добросовестного и разумного убеждения в том, что большинство поддержало бы их революционное применение силы, если бы были проинформировано о соответствующих обстоятельствах, в действительности имевших место.

Второе требование объединяет в себе **принцип пропорциональности** и **принцип субсидиарности**. Согласно последнему если есть более мягкий способ свергнуть деспотическое (угнетающее) правительство, он должно применяться в первую очередь. Право на революцию должно быть обусловлено исчерпанием ненасильственных средств, например, конституционных методов, мирных протестов, гражданского неповиновения, пассивного сопротивления и т.д.

При этом важно, чтобы такие альтернативные средства были не формальными; они должны быть эффективными. Например, в феврале 2012 года президент Асад организовал конституционный референдум для сирийского народа. Его результаты предусматривали внесение изменений в Конституцию Сирии, направленных на отмену однопартийной диктатуры. Однако заработать такие изменения должны были, начиная с ближайших очередных выборов, то есть через два года. Это было явной попыткой обмануть сирийский народ и международное сообщество, хотя действительных демократических намерений у Асада не было.

В принципе, право на революцию не может быть использовано в по-настоящему демократической политической системе, потому что существуют свободные выборы, чтобы сменить правительство. Тем не менее, даже в проблемных демократиях можно представить себе ситуацию, при которой мандат правительству предоставлен на слишком долгий период, чтобы ждать новых выборов для смены правительства, которое стало репрессивным. Кроме того, учитывая развитие ответственности за защиту, возможность обращения за международной помощью также должна быть принята во внимание. В целях обеспечения защиты населения, международное сообщество может использовать соответствующие дипломатические, гуманитарные и другие мирные средства в соответствии с Уставом ООН. Тем не менее, их неэффективность во многих случаях доказывает, что использование революционной силы будет оставаться незаменимым механизмом «до тех пор, пока международное

сообщество не отыщет средств для эффективного обеспечения соблюдения основных прав человека во всем мире».

В этой части можно провести аналогию с правом нации на самоопределение в форме отделения (в целом, природа этих двух прав имеет определенное сходство). В международном праве считается общеизвестным постулат о том, что право нации на самоопределение может быть реализовано в форме отделения и создания нового независимого государства лишь в двух случаях: (1) в ситуации пост-колониального государства (как указывают: имеет место иго и эксплуатация иностранного государства), (2) в ситуации, когда имеют место повторяющиеся в течение длительного периода факты серьезных нарушений прав представителей национального меньшинства, вплоть до физического уничтожения. Во всех других случаях право нации на самоопределение должно реализовываться в других формах, не претендующих на отделение от государства. Этого требует необходимость соблюдения государственного суверенитета и территориальной целостности государств, стабильности международных отношений. В Уставе Организации Объединенных Наций и в декларациях, принятых в 1960-х и 1970-х годах, право на самоопределение было закреплено для того, чтобы создать правовую основу для самоопределения колонизированных народов. Во всех других случаях право нации на самоопределение реализуется внутри государства, в котором такая нация проживает. И лишь при чрезвычайных обстоятельствах может приобретать форму отделения и создания нового независимого государства¹²².

На одной из конференций, организованной в свое время ЮНЕСКО, прозвучал следующий тезис: «.. если государство и сменявшие в нем друг друга правительства неоднократно и в течение длительного периода угнетали нацию, нарушили права человека и основные свободы, исключали представителей национального меньшинства из процесса принятия решений, особенно по вопросам, затрагивающим благосостояние и безопасность людей, подавляли культуру, религию, язык и другие атрибуты личности, ценные для представителей нацменьшинства, и если другие средства достижения достаточной степени самоуправления были опробованы и достичь прогресса не удалось, то вопрос об отделении может быть поставлен как средство для восстановления основных прав и свобод и поощрения благосостояния народа. Это право может рассматриваться как аналог права на последнее прибежище в виде восстания против тирании и угнетения, упомянутое в преамбуле к Всеобщей

¹²² «The Right of Peoples to Self-determination and to Permanent Sovereignty over their Natural Resources seen from a Human Rights Perspective» (Право народов на самоопределение и неотъемлемый суверенитет над своими природными ресурсами с точки зрения прав человека)

декларации прав человека»¹²³.

Принцип пропорциональности должен приниматься во внимание при определении содержания используемой силы. В практическом плане это означает, в первую очередь, что угнетатель не должен быть убит, если он может быть захвачен без каких-либо дополнительных рисков. Так, сирийские повстанцы задержали членов сил правительства, но *Human Rights Watch* сообщает об имевших место злоупотреблениях, совершаемых в отношении захваченных лиц, в том числе пыток и казней¹²⁴.

Третье условие называют *принципом справедливой причины*. Артур Кауфман сказал, что «суть справедливости заключается в сопротивлении против несправедливости»¹²⁵. Причина революции справедлива тогда, когда угнетение заключается либо в существенных нарушениях конституции, или же основных прав человека, или и первого, и второго. Международное право не компетентно давать оценку нарушениям отечественных конституций, которые не нарушают одновременно с этим международное право.

Но что представляет собой существенное нарушение? Как правило, это означает, что угнетение должно быть непрерывным, постоянным. Единичный акт насилия в отношении народа – недостаточная причина для революции, но, безусловно, достаточная для мирного сопротивления, и лишь если мирный протест неэффективен – для восстания. Но в то же время, исследователи права на восстание указывают: нельзя отрицать возможности того, что даже одно единичное действие правительства может причинить настолько существенный ущерб народу, что само по себе будет служить оправданием революционного применения силы. В любом случае, применение силы против правительства допустимо в случаях геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, поскольку в этих случаях даже на международное сообщество возлагается ответственность за защиту. Как только период угнетения заканчивается – не временно, а на постоянной основе – реализация права на восстание должна прекратиться, и все формы возмездия должны быть запрещены. Это означает, что убийство Муаммара Каддафи после того, как его режим уже был свергнут, является наглядным примером убийства как преступления.

Последнее требование названо *принципом различия (или дифференциации)*. Оно означает, что применение силы должно быть направлено на людей, находящихся у власти, чтобы остановить притеснение, а также на людей, которые реализуют

¹²³ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.unpo.org/downloads/THE%20IMPLEMENTATION%20OF%20THE%20RIGHT%20TO%20SELF.pdf>

¹²⁴ Syria: Armed Opposition Groups Committing Abuses, HUMAN RIGHTS WATCH, Mar. 20, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hrw.org/news/2012/03/20/syria-armed-opposition-groups-committing-abuses>.

¹²⁵ Kaufmann Arthur. Small Scale Right to Resist. – New England Law Review. – 1985-1986. – Vol. 21:3. – P. 571.

угнетение, как правило, это полиция либо армия. Другими словами, во времена угнетения, народ имеет право, в качестве крайней меры, на применение силы против представителей политической и военной власти на всех уровнях, от обычного полицейского или солдата до главы государства.

Международное право определяет пределы в части методов и средств насилия, типов поведения по отношению к людям, которые учитываются при рассмотрении оправданности восстания или революции, а также правильности постреволюционных процессов. Легитимность восстания или революции не предполагает использование определенных тактик или поведения, которые абсолютно запрещены международным правом.

В отличие от аналогичных положений законов и обычаев войны, жертвы среди гражданского населения абсолютно недопустимы. Правило отсутствия жертв среди гражданского населения также является особенностью, отличающей право на революцию от необходимой обороны, которая иногда приводит к невинным жертвам (например, в случае выстрела во злоумышленника в целях самообороны, однако пуля попадает в невинную жертву, стоящую за ним). Революционная сила может быть направлена только на лиц, которые активно участвуют в действиях репрессивного режима. В истории развития этого права не было никаких исключений из него. Если бы оно допускало возможность жертв среди гражданского населения в преследовании революционных целей и совершении революционных актов, это бы означало, что допускается терроризм, поскольку, как справедливо заметил Майкл Уолцер, «хаотичность является принципиальной особенностью террористической деятельности»¹²⁶. Алжирские революционеры осквернили свою борьбу за свободу в 1950-е годы тем, что убивали французов наугад (например, бомбить молочные бары, где французские подростки пили и танцевали). Или другой пример. Можно было бы бросить бомбу, чтобы убить Гитлера, и это было бы оправдано в рамках права на революцию, но не в том случае, если бомба убьет мирных жителей, находящихся рядом с ним. В этом случае убийца должен был бы ждать другой возможности для выполнения атаки или использовать другое оружие, чтобы избежать убийства гражданских лиц.

В марте 2012 года сирийские повстанцы убили двух высших военных чинов сирийской армии. Сирийское государственное агентство новостей сообщило об этой атаке, сказав, что «четыре террориста за рулем автомобиля открыли огонь по двум

¹²⁶ Walzer M. Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations. Basic Books, 2006. – P. 197.

армейским полковникам, в то время как они направлялись на свою работу»¹²⁷. По оценкам экспертов, работающих с доктриной права на восстание, нельзя представить себе более совершенный пример применения силы в рамках права на революцию. Не было угрозы мирным жителям, было лишь применение силы к представителям власти. С другой стороны, Human Rights Watch указывают на поступление информации о том, что сирийские повстанцы также совершают похищения и казни гражданских лиц, что уже является очевидной террористической деятельностью, и соответствующие факты должны быть расследованы и осуждены. После этой революции Сирия столкнется с постконфликтным переходным периодом, и крайне важно для мира и примирения избежать присвоения коллективной вины и привлечь к ответственности тех конкретных лиц, виновных в совершенных преступлениях¹²⁸.

И эта мысль на самом деле перекликается с более глубокой и глобальной мыслью Ханны Арендт о том, что послевоенная Германия стала «квинтэссенцией моральной неразберихи, где те, кто лично ни в чем замешан не был, уверяли сами себя и весь мир в том, сколь глубоко их чувство вины, в то время как лишь немногие из настоящих преступников были готовы хотя бы к малейшему покаянию.. Результатом этого спонтанного признания коллективной вины стало крайне успешное (хотя и ненамеренное) обеление всех, кто действительно совершил что-то; ... там, где виноваты все, не виноват никто»¹²⁹. «Аргумент, к которому прибегали все обвиняемые на послевоенных процессах: если бы я отказался это делать, это сделал бы кто-нибудь другой... Но разве это означает, что они не могут нести личной ответственности?»¹³⁰. И наконец, «услышав ответ: «Это сделал не я, а система, в которой я был лишь винтиком», суд немедленно задаст следующий вопрос: «А почему, с вашего позволения, вы стали этим винтиком или продолжили им быть при таких обстоятельствах?» Если обвиняемый захочет переложить вину, ему придется вовлекать других лиц, называть имена и, возможно, эти люди окажутся рядом с ним на скамье подсудимых»¹³¹.

Есть также сильные, условно говоря, утилитарные аргументы в пользу принципа различия. Если допускаются жертвы среди гражданского населения, то это снижает шансы на итоговый успех в свержении режима, так как люди не будут оказывать поддержку тем, кто ответственен за убийство мирных жителей, к ним будут

¹²⁷ Anne Barnard, Syrian Rebels Continue Assassination Campaign, Killing 2 Military Officials, N.Y. TIMES, Mar. 29, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.nytimes.com/2012/03/30/world/middleeast/aleppo-syria-attackers-kill-two-officers.html>

¹²⁸ Aleksandar Marsavelski. The Crime of Terrorism and the Rights of Revolution in International Law // Connecticut Journal of Int'l Law. – Vol. 28. – № 241. – 2013. – P. 285.

¹²⁹ Арендт Х. Ответственность и суждение; пер. с англ. – М.: Изд. Института Гайдара, 2013. – С. 59.

¹³⁰ Арендт Х. Ответственность и суждение; пер. с англ. – М.: Изд. Института Гайдара, 2013. – С. 61.

¹³¹ Арендт Х. Ответственность и суждение; пер. с англ. – М.: Изд. Института Гайдара, 2013. – С. 63.

относиться как к террористам. Кроме того, революционеры, которые готовы использовать терроризм в качестве средства борьбы с угнетателями, вероятно, и сами станут угнетателями, как только захватят власть. Многие марксистские революции потерпели неудачу, прежде всего, потому что они были слишком угнетающими (режим красных кхмеров Пол Пота в Камбодже, «красный террор» в Эфиопии, режим Чаушеску в Румынии и т.д.).

Артур Кауфман упоминает об еще одном требовании, заслуживающем нашего внимания. Он утверждает, что должна также присутствовать *разумная надежда на успех революции*, потому что «сопротивление, которое изначально совершенно безнадежно и поэтому бессмысленно, не является легитимным». Обращение к этому критерию, как представляется, – неверно. Обоснованность (оправдание) революции не может быть поставлено в зависимость от успеха реализации этого права или от субъективного восприятия этого успеха. В работах, посвященных праву на восстание, авторы, вступающие в дискуссию с таким тезисом А. Кауфмана, приводят такой пример. Представьте себе пять вооруженных людей, которые атакуют одного человека с целью его похищения. У похищаемого есть пистолет с единственной пулей, и он стреляет в одного из них. Никто не может отрицать его право действовать в порядке самообороны, несмотря на то, что не существует никакой разумной надежды, что он добьется успеха в предотвращении их нападения. Возможно, на первый взгляд, утилитарный подход предполагает, что его поступок был нелегитимным, поскольку как бы впустую был лишен жизни один человек, хотя стрелявший все равно будет похищен в любом случае. Но такая точка зрения не является правильной, ведь убивая пускай и одного из похитителей, похищаемый повышает свои шансы избежать похищения, пусть и незначительно. То же самое можно сказать и о начале безнадежной революции. Скажем, в Сирии президент Асад не захотел уходить в отставку, и в настоящее время его силы гораздо существеннее, чем силы групп, борющихся с его режимом. И отдельные лица могут говорить о том, что было неразумно даже начинать такую революцию. Но если бы ее не начали, то угнетение могло бы продолжаться еще много десятилетий. Успех продолжающейся сирийской революции уже в том, что Асад утратил доверие в глазах международного сообщества, и теперь ему грозит большое давление, что повышает шансы на получение свободы сирийским народом в будущем.

С критикой подобного требования о необходимости наличия альтернативной программы развития у тех, кто совершает революцию, для того, чтобы она могла претендовать на легитимность, выступает, к примеру, проф. Том Гинсбург (Университет Чикаго). Он говорит о том, что реализация данного права имеет в своем основании критику действующего режима. Однако это не является основанием

для ссылок (в том числе со стороны того же действующего режима) на то, что у восставших нет конкретных планов работы после свержения правительства. Единственное основание, как уже было сказано, - нарушения со стороны власти, достигшие высокого уровня. Это должен быть уровень злоупотребления, который не оставляет альтернативного пути, кроме как сопротивление; нормальные формы народовластия должны быть недоступны или неэффективны¹³².

Еще один, не имеющий отношения к вопросу о легитимности и допустимости реализации права на революцию вопрос, который, тем не менее, практически всегда ставится: должно ли правительство, пришедшее к власти в результате революции, быть лучше свергнутых предшественников? Безусловно, всегда есть опасность того, что новый режим будет менее или более репрессивным, чем ему предшествующий: красные кхмеры в результате революции в Камбодже создали в 1975 году самый кровавый режим в современной истории Азии; иранская революция 1979 года заменила одного диктатора (Шах Реза Пехлеви) на другого (аятоллу Хомейни), и самый свежий пример – революция в Ливии 2011 года, которая свергла деспотический режим полковника Каддафи, но люди по-прежнему живут в страхе перед насилием со стороны власти. Тем не менее, требование о том, что революция признается легитимной только при условии, что новый режим устраняет угнетение и является демократическим, неадекватно, ведь в этом случае определяется постфактум, было ли оправдано совершение революционных актов. Борцы за освобождение восстают против угнетения, это и есть их главная мотивация. А потому строить планы в отношении будущего режима может оказаться слишком далекой перспективой для них. Кроме того, нельзя судить об успехе нового правительства сразу после революции. Часто должны пройти года, чтобы дать надлежащую оценку итогов революции. По образному выражению Г. Пети, «революционеры выступают на сцену не верхом на коне, не как победившие заговорщики на форуме, а как испуганные дети, обследующие пустой дом и при этом не уверенные, что он пуст»¹³³. Тот факт, что революционеры, как только они получают власть, устанавливают такой же или даже более угнетающий режим по сравнению с тем, с которым боролись, не делает революцию нелегитимной. Ответственность они будут нести лишь за последовавшие после нее притеснения и нарушения.

И если применить давно известную аналогию, сравнивающую государство с живым организмом, то революция напоминает нам медицинскую операцию, общее

¹³² Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions // Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper. – 2012. – № 406. – P. 9.

¹³³ Pettet G. S. The Process of Revolution. – Howard Fertig, 1971.

самочувствие во время и сразу после которой обычно еще хуже, чем было перед операцией. А узнать, есть ли эффект от операции и не допустил ли врач ошибку, можно лишь спустя определенное время.

Итак, право на революцию *не является абсолютным правом*, но имеет свои *пределы*, как, собственно, и практически любое другое право. Эти пределы очерчены четырьмя принципами: (1) *принцип демократии*, (2) *принцип пропорциональности*, (3) *принцип справедливой причины*, и (4) *принцип различия*.

Использованные источники:

1. Аквинский Фома. О правлении государей [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.unavoce.ru/library/aquinas_ruling.html
2. Алексі Р. Існування прав людини // Право України. – 2011. – № 8.
3. Арендт Х. О революции. – М.: Европа, 2011.
4. Арендт Х. Ответственность и суждение; пер. с англ. – М.: Изд. Института Гайдара, 2013.
5. Бабин Б. В. Право на сопротивление как глобальное право [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.e-notabene.ru/lr/article_817.html#1
6. Васильев Л.С. Древний Китай. Т. I: Предыстория, Шан-Инь, Западное Чжоу (до VIII в. до н. э.). – М.: Вост. лит., 1995.
7. Ваттель Э. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов; пер. с фр. – М.: Госюриздат, 1960.
8. Гегель. Политические произведения. – М.: Наука, 1978.
9. Гоббс Т. Соч. в 2-х т. – М.: Мысль, 1991. – Т. 2.
10. Гроций Г. О праве войны и мира: Репринт, с изд. 1956 г. – М.: Ладомир, 1994.
11. Гольдфарб А. Легитимность мятежа [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://grani.ru/blogs/free/entries/198337.html>
12. Гузар Л. Право на повстання – то є закон природи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.umoloda.kiev.ua/number/2395/180/85201/>
13. Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. – М.: Типография Сытина, 1908.
14. Енциклопедія політичної думки; пер. з англ. – К.: Дух і літера, 2000.
15. Зорькин В. Цивилизация права [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.rg.ru/2014/03/12/zorkin.html>
16. Капустин Б. «Промедленьями спас государство» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://izvestia.ru/news/567264>
17. Конфуцианское «Четверокнижие» («Сы шу»); пер. с кит. — М.: Вост. лит., 2004.

18. Короткий оксфордський політичний словник / За ред. І. Макліна і А. Макмілана; пер. з англ. – К.: Основи, 2006.
19. Локк Дж. Соч. в 3-х т. – М.: Мысль, 1988. – Т. 2.
20. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. – М.: Издат. группа «Прогресс»-«Универс», 1993.
21. Маркс К. К критике политической экономии // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – 2-е изд. – Т. 13.
22. Межуев Б. Это горькое слово — легитимность [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://izvestia.ru/news/567303>
23. Монтескье Ш.-Л. Персидские письма. Размышления о причинах величия и падения римлян; пер. с фр. – М.: «КАНОН-пресс-Ц», «Кучково поле», 2002.
24. Моска Г. История политических доктрин; пер. с итал. – М.: Мысль, 2012.
25. Орлик Пилип. Вивід прав України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://spilka.uaweb.org/library/doc_orlyk.html
26. Петрушевский Д. М. Великая Хартия вольностей и конституционная борьба в английском обществе во второй половине XIII века. – М.: Изд. М. и С. Сабашниковых, 1915.
27. Подрабинек А. Право на восстание [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://grani.ru/opinion/podrabinek/m.223958.html>
28. Прушенова Е.Ц. Конфуцианский вариант демократии в философии Мэн-Цзы // Сравнительное правоведение в странах Азиатско-Тихоокеанского региона-III: материалы международной научной конференции молодых ученых, аспирантов и студентов (15 апреля 2011 г.) – Улан-Удэ: Издательство Бурятского госуниверситета, 2011.
29. Речицкий В. Закон о референдуме предоставляет украинцам право на восстание [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://delo.ua/opinions/zakon-o-referendume-predostavljaet-ukraincam-pravo-na-vosstanie-208268/>
30. Речицкий В. В. Політична активність. Конституційні аспекти. – К.: Сфера, 1999.
31. Рогов К. Монополия на насилие и право на восстание [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.novayagazeta.ru/columns/61949.html>
32. Руссо Ж.-Ж. Трактаты. – М.: Наука, 1969.
33. Северин О. Jus resistendi (Право на спротив) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constituanta.blogspot.com/2013/01/jus-resistendi.html>
34. Толстых В. Л. Курс международного права. – М.: Волтерс Клувер, 2010.
35. Фристер Г. Уголовное право Германии. Общая часть; пер. с нем. – 5-е изд. – М.: Инфотропик Медиа, 2013.

36. Хантингтон С. Политический порядок в меняющихся обществах. – М.: Прогресс-Традиция, 2004. – С. 267.
37. Хук ван М. Право как коммуникация; пер. с англ. – СПб.: Издат. дом С.-Петерб. гос. ун-та, ООО «Университетский издательский консорциум», 2012.
38. Цицерон Марк Туллий. О старости. О дружбе. Об обязанностях; пер. с лат. – М.: Наука, 1975.
39. Ченовет Е. Чому ненасильницький спротив ефективний: стратегічна логіка громадянського конфлікту / Е. Ченовет, М. Дж. Стефан; пер. з англ. – К.: ТОВ «Видавництво «КЛІО», 2014.
40. Эйзенштадт Ш. Революция и преобразование обществ. Сравнительное изучение цивилизаций. – М.: Аспект Пресс, 1999.
41. Юров А. Восстание – право или обязанность? [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.pravda.com.ua/rus/columns/2014/02/17/7014094/?attempt=1>
42. Abraham Lincoln, First Inaugural Address (March 4, 1861), in Lincoln's Stories and Speeches 212 (Edward F. Allen ed., 1900).
43. Abraham Lincoln, Resolutions in Behalf of Hungarian Freedom, in The Collected Works of Abraham Lincoln, Vol. II, 115 (Roy P. Basler ed., 1953).
44. Aleksandar Marsavelski. The Crime of Terrorism and the Rights of Revolution in International Law // Connecticut Journal of Int'l Law. – Vol. 28. – № 241. – 2013.
45. Anne Barnard, Syrian Rebels Continue Assassination Campaign, Killing 2 Military Officials, N.Y. TIMES, Mar. 29, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.nytimes.com/2012/03/30/world/middleeast/aleppo-syria-attackers-kill-two-officers.html>
46. Antony Black, The History of Islamic Political Thought 27 (2d ed. 2001).
47. Black's Law Dictionary, 9th ed. Bryan A. Garner, ed. — St. Paul: «West Group», 2009. 1439 (9th ed. 2009).
48. Bruce Ackerman, Revolution on a Human Scale, 108 Yale L.J.2279 (1999).
49. Commentary to the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/CommentarytoDeclarationondefendersJuly2011.pdf>
50. Constitution de la République Algérienne Démocratique et Populaire, pmbl., art. 9, available at http://confinder.richmond.edu/admin/docs/local_algeria.pdf
51. Const. of the Islamic Republic of AFG. (2004), pmbl., available at http://www.law.yale.edu/rcw/rcw/jurisdictions/assc/afghanistan/Afghan_Const_Eng.doc

52. Cruse Harold. *Rebellion or revolution?* / by Harold Cruse; foreword by Cedric Johnson. — 1st University of Minnesota Press ed. p. cm. Originally published: New York: Morrow, 1968.
53. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 501 (1951).
54. Edward Rubin. *Judicial Review and the Right to Resist* // Vanderbilt University Law School Public Law and Legal Ermanno Vitale. *Costituzione e ius resistendi* // Quaderno di storia contemporanea. — 2010. — F. 47. Цит. по: Бабин Б. В. Право на сопротивление как глобальное право [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.e-notabene.ru/lr/article_817.html#1
55. Fatsah Ouguerouz, *The African Charter on Human and Peoples' Rights* 263–66 (2003).
56. Ginsburg T., Lansberg-Rodriguez D., Versteeg M. *When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions* // Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper. — 2012. — № 406.
57. Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. 1, 177 (1940).
58. Hersch Lauterpacht. *International Law and Human Rights*. — London: Stevens and Sons Ltd, 1950. — P. 116.
59. International Service for Human Rights “Defending Human Rights Defenders: A Short Guide”.
60. Jeremy Bentham, *A Fragment on Government* 215 (F.C. Montague ed., photo. reprint 2001) (1891).
61. Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981–1991*, at 63 (1993).
62. John of Salisbury, *Policraticus* 25 (Cary J. Nederman ed. & trans., 1990).
63. Jordan J. Paust. *International Law, Dignity, Democracy, and the Arab Spring* / Cornell International Law Journal. — 2013. — № 1.
64. Jordan J. Paust. *The Human Right to Revolution, Human Rights in the World Community: Issues and Action* 445, 447–48 (Richard Pierre Claude & Burns H. Weston eds., 3d ed. 2006).
65. Karl Kautsky, *Terrorism and Communism: A Contribution to the Natural History of Revolution*, ch. I (W. H. Kerridge trans., 1919), available at <http://www.marxists.org/archive/kautsky/1919/terrcomm>.
66. Kaufmann Arthur. *Small Scale Right to Resist*. — New England Law Review. — 1985-1986. — Vol. 21:3.
67. Krystyna Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law* 56 (2d ed. 1968).
68. Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* 248 (2004).

69. Leon Trotsky, Dictatorship vs. Democracy (Terrorism and Communism): A Reply to Karl Kautsky 62 (1922).
70. Majid Khadduri, War and Peace in the Law of Islam, 13, 69 (2006).
71. Matthew Lippman. Nuremberg and American Justice. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. Volume 5. Issue 4 Symposium on Civil Disobedience. Article 4 2012.
72. Murphy Shannonbrooke. The right to resist reconsidered / In The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future. Edited by David Keane, Lecturer in Law, Middlesex University, UK and Yvonne McDermott, Lecturer in Law, Bangor University, UK. – 2012.
73. Myres S. McDougal, The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defense, 57 AM. J. INT'L L. 597, 601 (1963).
74. Najam Haider, The Origins of the Shi'a: Identity, Ritual, and Sacred Space in Eighth-Century Kufa 17 (2011).
75. Pettee G. S. The Process of Revolution. – Howard Fertig, 1971.
76. Qanuni Assassi Jumhurii Islamai Iran [The Const. of the Islamic Republic of Iran] 1358 [1989] pmb., available at <http://www.iranchamber.com/government/laws/constitution.php>.
77. Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers trans., Oxford Univ. Press 2002) (1985).
78. Syria: Armed Opposition Groups Committing Abuses, HUMAN RIGHTS WATCH, Mar. 20, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hrw.org/news/2012/03/20/syria-armed-opposition-groups-committing-abuses>.
79. Tacitus, The Annals 237 (William Francis Allen ed., Ginn & Co. 1899).
80. Terrorism, Crime, and Public Policy // Brian Forst. - American University, 2009. – P. 87.
81. The Grounds of an International Declaration of Human Rights, in Human Rights: Comments and Interpretations 258, 264 (UNESCO ed., 1949). Cf. SAUL.
82. Theodor Maunz, Günter Dürig et al., Grundgesetz: Kommentar, Band III (ART. 16–22), p. 338, Rn. 34 (Roman The Herzog et al. eds., 6th ed. 2011).
83. «The Right of Peoples to Self-determination and to Permanent Sovereignty over their Natural Resources seen from a Human Rights Perspective».
84. The Sea of Precious Virtues 120 (Julie Scott Mesiami ed. & trans. 1991).
85. Tony Honoré, The Right to Rebel, 8 Oxford J. Legal Stud. 34, 46 (1988).
86. Universal Islamic Declaration on Human Rights, 21 DHUL QAIDAH 1401, art. 2 (Sept. 19, 1981), available at <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html>.

87. Waldo Cutler Peebles, Democratic Tendencies in the Spanish Literature of the Golden Age, 15 HISPANIA 317, 321 (1932).

88. Walzer M. Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations. Basic Books, 2006.

У статті наведено загальнотеоретичну характеристику права на спротив пригніченню – від історії формування ідеї до надання їй статусу загального принципу права, визнання нормою міжнародного правопорядку й конституційного закріплення в національних правових системах. Проводиться розмежування понять «спротив пригніченню», «повстання» і «революція». При цьому право на повстання як насильницька форма спротиву розглядається в якості конституційного еквіваленту права на необхідну оборону, крайнього засобу (ultima ratio), до якого звертаються у разі неможливості ефективно захистити свої права за допомогою інших, правових механізмів, що реалізуються в умовах демократичного режиму.

Обов'язковими ознаками, що відрізняють правомірне повстання від протиправного заколоту, авторами названо мету повстання, якою виступає захист і забезпечення прав людини, а також адресат права на повстання – тиранічна публічна влада.

Ключові слова: право на спротив пригніченню, право на повстання, революція, суб'єкт права на спротив, адресат права на спротив, критерії застосовності права на повстання.

В статті приведена общетеоретическая характеристика права на сопротивление угнетению – от истории формирования идеи до придания ей статуса общего принципа права, признания нормой международного правопорядка и конституционного закрепления в национальных правовых системах. Проводится разграничение понятий «сопротивление угнетению», «восстание» и «революция». При этом право на восстание как насильственная форма сопротивления рассматривается в качестве конституционного эквивалента права на необходимую оборону, крайнего средства (ultima ratio), к которому прибегают при невозможности эффективно защитить свои права с помощью иных, правовых механизмов, работающих в условиях демократического режима.

Обязательными признаками, отличающими правомерное восстание от противоправного мятежа, авторами названы цель восстания, которой выступает защита и обеспечение прав человека, а также адресат права на восстание – тираническая публичная власть.

Ключевые слова: право на сопротивление угнетению, право на восстание,

революция, субъект права на сопротивление, адресат права на сопротивление, критерии применимости права на восстание.

The article describes the general theoretical characterization of the right to resist against oppression – from genesis of concept to the status of a general principle of law, recognition in the international legal order and constitutional consolidation in national legal systems. The notions of “resistance against oppression”, “rebellion” and “revolution” are differentiated. The right to rebellion as a violent form of resistance is regarded as the equivalent of a constitutional right to self-defense, a last resort (ultima ratio), resorted to when it is impossible to effectively protect the rights with legal mechanisms operating in a democratic regime.

The authors call mandatory features which distinguish lawful rebellion from unlawful insurrection. There are the goal of the rebellion that is the protection and promotion of human rights and the recipient of the right to rebellion that is tyrannical public authority.

Keywords: *right to resist oppression, right to rebellion, revolution, the subject of the right to resistance, the goal of the right to resistance, criteria for the applicability of the right to rebellion.*

**Малишев Борис Володимирович**

доктор юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Правові явища зі сфери належного та зі сфери сущого
(теоретико-правовий аналіз)**

Філософські категорії «сущє» (позначає те, що є) та «належне» (позначає те, що повинно бути) мають статус універсалій, тобто визнаних всезагальних понять, які розгорнуто характеризують найважливіші аспекти розуміння людиною оточуючого її світу шляхом своєрідної дихотомії, яка передбачає поділ явищ на дві сфери, які хоча й тісно взаємодіють між собою, але не перетинаються і не переходять одне в одну.

Як вірно відзначається у літературі, лише у поєднанні ці дві категорії виконують пізнавальну роль [21, с.42]. Зважаючи на методологічну масштабність кожної із вказаних категорій, дослідження крізь їх призму правової матерії вимагає комплексного, найвищого за своїм рівнем наукової абстракцій, підходу. Це, в свою чергу, певним чином об'єктивно стримує дослідницьку активність у цьому напрямі.

Необхідно також наголосити на тому, що категорії «сущє» та «належне», на відміну від інших загальновідомих у науковому світі парних філософських категорій, можуть бути застосовані тільки до людини, соціуму. Ця обставина зайвий раз підтверджує визначальну роль вказаних категорій для всіх гуманітарних наук, включаючи право. Проте методологічне значення антитези сущого і належного наразі є вкрай недооціненим вітчизняним правознавством, хоча вона може виступити ефективним засобом успішного і однозначного розв'язання багатьох проблем сучасної юридичної науки.

Отже, категорії «сущє» та «належне» є надзвичайно важливими для пізнання правових явищ. Зрозуміло, що активне застосування галузевими юридичними науками певних пізнавальних моделей починається після їх успішного дослідження на теоретико-правовому рівні чи на рівні філософії права. Проте наявні у вітчизняній літературі спроби низки теоретиків права і філософів права (В. Дудченко [6], А. Козловський [13], Л. Петрова [17]) здійснити аналіз гносеологічного потенціалу вказаних категорій свідчать про те, що на даний час з'ясовано лише загальні риси сущого та належного як філософських категорій. В той же час найбільш нагальною потребою юридичної науки є як раз конкретний розгляд сущого та належного у контексті правових явищ.

Відтак метою цієї статті є з'ясування взаємозв'язку між правовими сферами сущого і належного, а також проведення на основі цього класифікації всіх правових явищ згідно

з критерієм, який напряду залежатиме від того, до якої сфери (сфери належного чи сфери суцього) вони відносяться.

Кожне суспільство характеризується певним ступенем внутрішньої конфліктності, що обумовлено діалектичним шляхом розвитку світу. Для мінімізації негативних наслідків внутрішніх протиріч, а також для запобігання конфліктам та їх розв'язання, кожна з деонтичних систем (мораль, право, релігія, традиції тощо) пропонує суспільству свій інструментарій у вигляді соціальних норм, який полягає у визначенні прескриптивного зразку (моделі) належної поведінки у певній ситуації. Отже, соціальні норми містять припис, що стосується не суцього (фактів реальності), а належного (необхідного).

Змістом норми є вказівка на дію, яка може, повинна або не повинна бути здійснена. Різниця між дескриптивним і прескриптивним висловлюваннями полягає в тому, що дескриптивне висловлювання про ймовірний розвиток дій може не підтвердитися подальшим досвідом, і, отже, його потрібно буде замінити. Прескриптивне висловлювання (припис) не втрачає свого зобов'язуючого значення, навіть якщо хтось діятиме всупереч йому. Соціальні норми, в тому числі правові, не описують, а приписують [8, с. 23; 23, с. 13, 14].

На думку І. Ільїна, якщо й існує яка-небудь теза, що могла б розраховувати на широке визнання серед юристів-теоретиків, то це теза про те, що право є сукупністю норм. При цьому норма – це судження, що встановлює певний порядок як належний [9, с. 16]. Юридична норма є по суті імперативним приписом про належне, і цю думку поділяє абсолютна більшість вчених.

«Належне» чітко корелюється з «нормативним». Норма є ціннісним відображенням дійсності, вона несе ціннісне «навантаження», об'єктивує цінності. Норма є способом виразу належного, його формою. Деонтичне є змістом норм. За допомогою нормативного деонтичне об'єктивується, набуває статусу незалежної щодо індивідуальної свідомості об'єктивації. За допомогою норм належне стає реальністю. Норми є реальністю належного [15, с. 106, 115].

Належне закріплюється у знаковій (мовній) формі норм права. Знакова форма юридичної норми є фактом суцього, але зміст і смисл юридичної норми, а також її буття відноситься до сфери належного, оскільки норма виражає правило належної поведінки і вказує на дозвіл або заборону певних дій, але при цьому не має прямого відношення до жодного конкретного факту реальності. Сказане поширюється і на цінності-ідеали: вони є фактом суцього, але їх зміст, їх буття є сферою належного.

У межах будь-якого підходу до розуміння права або правової системи визначальними конструкціями є юридичні норми та суспільна правова ідеологія, які за своєю природою відносяться до сфери належного. Саме у суспільній правовій ідеології

кристалізуються ті правові цінності-ідеали, що становлять внутрішні цілі правової системи і являють собою засіб для досягнення загальносуспільних етичних ідеалів-цінностей. Юридичні норми є основними засобами досягнення внутрішніх цілей правової системи. Крім того, в юридичних нормах знаходять формальне закріплення і внутрішні цілі правової системи. Виходить, що правова система так само, як і норми та суспільна правова ідеологія, які становлять її основу, відноситься до сфери належного.

Таким чином для юридичної науки визначальним має бути усвідомлення концептуальної тези про те, що право та всі інші правові явища, що здійснюють правове регулювання, є сферою належного, а не сущого.

Конкретне правове явище завжди пов'язане або з сущим, або з належним. Історія філософської думки не знає прикладів подолання цієї дихотомії [5]. Тому чітке методологічне розмежування сущого і належного у пізнанні права є не «штучним розриванням його органічної єдності» [20, с. 35], а відображенням об'єктивно існуючих закономірностей функціонування та розвитку правових явищ.

Г. Кельзен вважав, що належне, в якому знаходиться зміст права, не пов'язано із сущим: з постулату «щось є» не випливає «щось повинно бути», так само як і з «щось повинно бути» не випливає «щось є». Поведінку, яка вимагається нормою, слід відрізняти від реально буттєвої поведінки, що співвідноситься з нею. Належна поведінка, що виступає як зміст норми, не може бути буттєвою поведінкою, яка відповідає цій нормі [10, с. 16-17]. Подальші наші міркування стосовно предмету цієї статті в цілому відповідатимуть наведеним думкам вченого.

Єдине (але істотне) застереження викликає позиція Г. Кельзена щодо взаємодії сущого і належного. У кельзенівському «чистому правознавстві» ці дві сфери співвідносяться між собою лише у ракурсі того, що певне суще може відповідати певному належному, тобто щось може бути таким, яким воно повинно бути; своєю чергою, належне «зорієнтоване» на певне суще: щось повинно «бути». Г. Кельзен позбавляє належне і суще якого-небудь істотного взаємозв'язку. Однак така думка виглядає сумнівною. Появі як мети, так і належного передують протиріччя між тим, що є, і тим, що повинно бути. Вони виводяться із невдоволеності сущим і являють собою план його перетворення. Тому належне і суще взаємообумовлюють одне одного. Чисте належне – ірреальне утворення. Абсолютна чистота стає тотожною абсолютному ніщо [13, с. 43, 45].

Відтак об'єктивно існуюча автономність і протилежність між сущим і належним не дає підстав казати про ізолюваність цих двох сфер буття. Протилежне твердження суперечитиме елементарним емпіричним спостереженням і, крім того, буде алогічним: правові явища не можуть бути не пов'язаними із фактичним соціальним середовищем, заради розвитку якого вони існують.

Механізм взаємодії між належним і сущим докладно описаний Н. Нєновські.

У належному програмується варіанти (моделі) майбутньої поведінки, факти, результати, які мають бути досягнуті у майбутньому. Саме в цьому «має бути» й у його модифікаціях («вимагається», «дозволяється», «забороняється» тощо) полягає належне. Але поведінка, факти, що розглядаються як належне, вже засвоєні у сукупному досвіді людства, являють собою висновок із людської практики, тобто із сущого, вони самі є сущим. Отже, належне випливає із сущого, пов'язано із сущим генетично. Між сущим і належним є межа (не абсолютна), оскільки в іншому випадку будь-які моральні та правові вимоги позбавляються сенсу. Відрив належного від сущого базується передусім на телеологічному характері людської праці та людської практики взагалі. З одного боку, смисл належного полягає у служінні сущому. Належне виходить із сущого, під час свого здійснення належне і його форми знову поєднуються із сущим і нарешті зникають у ньому, але вже як нове суще, з якого потім виникає нове належне. З другого боку, належне домінує над сущим, оскільки належне виражає цінність [15, с. 101, 102, 104, 115].

У належному відбувається суперечлива зустріч минулого та майбутнього. Минуле – це винайдені та перевірені практикою ефективні способи поведінки, вони постають як знання, в яких сконцентовано історичний досвід. Майбутнє – це належне, виведене як протиставлення негативної оцінки певної соціальної дійсності (сущого), воно тепер постає цінністю та метою [13, с. 192].

У своїй основі належне завжди походить від сущого, але об'єктивно являє собою новий етап його розвитку. Різниця між сущим і належним виступає частіше за все не лише як аксіологічна дистанція, а й як часовий інтервал, що передбачає рух всередині нього і подолання існуючого розриву. Внаслідок такого подолання відбувається постійний історичний саморозвиток морально-правової реальності та цивілізації в цілому [2, с. 180-181; 19, с. 114].

Належне надзвичайно тісно пов'язано із сущим, але тим не менш вони не є фазами єдиного цілого, їх відносини не характеризуються взаємопроникненням, вони являють собою окремі порівняно самостійні сфери суспільного буття. Належне виходить із сущого, породжується ним, проте воно не є ані його частиною, ані формою його виразу. Сутність належного полягає у створенні нормативних умов для цілеспрямованого певними ідеалами-цінностями розвитку сущого, виходячи з потреб останнього.

Суще і належне є протилежностями, однак вони не є внутрішньо суперечливими, оскільки представляють різні сутності. Суще і належне знаходяться у зовнішніх відносинах. Відтак взаємозв'язок між сущим і належним є не діалектичним протиріччям, а відносинами між протилежними явищами.

Протилежність суцього та належного у різних відношеннях і абсолютна, і відносна. У зв'язку з цим важливою є думка В. Сагатовського про те, що «по-перше, не існує нічого абсолютно абсолютного і, по-друге, не існує такого відносного, яке б водночас, але в іншому відношенні, не було б абсолютним» [18, с. 210]. Так, якщо в якості правових розуміти явища, що пов'язані з юридичними нормами, зазначена протилежність матиме досить чіткий і однозначний вираз. Але з точки зору учасника суспільних відносин, які врегульовані правом, його суб'єктивної свідомості, така протилежність буде відносною. Тому в межах суто теоретико-правових досліджень юридичне суще завжди протистоїть юридичному належному, водночас для соціології права, антропології права, а також більшості неklasичних способів осмислення правових явищ різниця між суцим і належним часто буває непринциповою.

У зв'язку з викладеним вважаємо за потрібне висловити критичне ставлення до двох тез Г. Мальцева [16, с. 529, 540], які стосуються права як явища зі сфери належного.

Вчений вважає, що належне є належним відносно суцього. Така думка є результатом помилкового ототожнення природи норми з використанням цієї норми суб'єктами, яке відбувається у сфері суцього. Належне є належним лише відносно цінності, яку воно виражає. Так, норма права, яка ніколи не була реалізованою у правовідносинах, тим не менш все одно залишається у статусі належного.

Крім того, Г. Мальцев пише, що юридична норма: створює факти; зв'язує факти і комбінує їх склад; скасовує факти. Таке твердження видається неточним, оскільки норма лише оцінює можливі факти реальності в юридичній системі координат «дозволено / заборонено». Водночас поява або зникнення вказаних фактів жодним чином безпосередньо від норми не залежить. Якщо б норми права настільки сильно впливали на появу або зникнення тих чи інших явищ, то не існувало б правопорушень.

Як зазначається у літературі, об'єктивований результат правового регулювання стосовно конкретних суспільних відносин не є продуктом самої мети та засобу (юридичних норм). Він є продуктом відповідної діяльності [12], тобто продуктом суцього.

У цій статті обґрунтовується думка про те, що до складу права можуть входити лише ті правові явища, що за своїм буттям відносяться до сфери належного. З іншого боку, під терміном «правова система» слід розуміти сукупність всіх правових явищ (у першу чергу об'єктивного права), що беруть участь у правовому регулюванні, а відтак виступають складовою сфери належного.

У межах правової системи відбувається конкретизація змісту суспільного ідеалу шляхом перетворення його на нормативну цінність, тобто цінність, яка має деонтичний характер. Таким чином право, правова система виражає належний (тобто той, який повинен бути) стан відносин, що відповідає певним суспільним цінностям, які породжені

суспільними потребами. Внутрішні цілі правової системи покликані вирішувати її відповідні протиріччя, що мають діалектичний характер.

Перейдемо до класифікації правових явищ за критерієм віднесення їх природи до сущого чи належного. Передусім відзначимо, що явище можна вважати правовим у випадку, якщо воно перебуває в істотних для його існування відносинах з об'єктивним правом, яке має найвищий статус серед інших складових правової системи.

За критерієм «суб'єктивне / об'єктивне» всі правові явища можна поділити на дві групи:

- об'єктивні правові явища: а) інституційні (уособлюють суспільну правосвідомість або закріплені у певній об'єктивній формі результати юридичної діяльності); б) поведінкові (юридична діяльність суб'єктів та їх колективів як сукупність дій);
- суб'єктивні правові явища (ті, які існують лише в межах індивідуальної правосвідомості).

Виходить, що статус правового потенційно може отримати досить широке коло різних за своєю сутністю і походженням явищ. І цей фактор завжди упускають з уваги дослідники, намагаючись термінами «право», «правова система» або «загальна теорія права» охопити всю сукупність правових явищ. Проте право, правова система не може і не повинні охоплювати всі без винятку правові явища. Інакше право та правова система втратять ознаку системності та перетворяться на конгломерат, сумативну множину, що не спроможний виконувати регулятивну функцію.

Отже, з наведеної вище загальної класифікації правових явищ критерію наявності потенціалу здійснювати правове регулювання відповідають лише інституційні правові явища, буття яких пов'язане з належним. Вони у свою чергу утворюють три підсистеми правової системи:

1) підсистема об'єктивного права: норми права (система права) та форми права (система законодавства) як результат правотворчості;

2) підсистема праворозуміння: суспільна правова ідеологія, домінуючий тип праворозуміння. Сюди ж відносяться пануючі у тій чи іншій правовій системі доктринальні погляди на принципи права, юридичні конструкції тощо.

3) підсистема правовідносин: правовідносини як модель зв'язку суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, індивідуально-правові акти правозастосування, юридична практика як сукупність правоположень, що виникли в результаті реалізації норм права. (Правоположеннями є усталені формально визначені й опубліковані юридичні приписи загального характеру, які відображають певну тенденцію розв'язання нетипових ситуацій. Найважливішу роль у правовому регулюванні відіграють правоположення судової практики. Правоположення виникають не в процесі правотворчості, а за

наслідком застосування неоднозначних чи занадто широко сформульованих норм – конкретизації норм права, або в результаті подолання прогалів у законодавстві.)

Зазначені підсистеми охоплюють всі правові явища, які відносяться до сфери належного. При цьому підсистема об'єктивного права домінує над іншими підсистемами.

Правові явища, які не входять до складу жодної з трьох підсистем правової системи, не беруть безпосередньої участі у правовому регулюванні та досягненні внутрішніх цілей правової системи, оскільки відносяться до сфери суцього. Такими правовими явищами є:

1) об'єкти правового регулювання: індивідуальна або групова правосвідомість людей; правомірна або неправомірна поведінка людей та їхніх колективів; функціонування установ, організацій, підприємств; фактичні суспільні відносини, у тому числі особливо важливі для права управлінські відносини за участю органів держави та органів місцевого самоврядування;

2) результат правового регулювання та його оцінка: правопорядок, законність, ефективність права.

По суті запропоноване бачення складу правової системи є розвитком важливого методологічного положення про принципову гносеологічну відмінність суцього та належного у сфері права.

З одного боку, правові явища, які відносяться до сфери суцього, слід розглядати в якості правових, бо вони пов'язані з нормами права, породжені ними (крім фактичних суспільних відносин), але, з другого боку, вони не беруть участі у головній, визначальній функції – регулюванні. Якщо вести мову про правову систему, то у будь-якому випадку до її складу можуть входити тільки ті елементи, які є потрібними для правового регулювання. Здатність регулювати має лише те, що містить приписи належного.

Пошук у складі правової системи правових явищ, які відображають суще (дійсність), є безпідставним також і з точки зору загальної теорії систем, оскільки: а) система не може інтегрувати схожі, але різні за своєю природою явища, низка з яких є приписами належного («те, що повинно бути»), а інші – фактами суцього («те, що є»); б) система не може поєднувати в собі явища, які існують зараз, і явища, які можливо існуватимуть у майбутньому; в) система не може поєднувати засіб досягнення мети з результатом дії цільової причини. Сказане також є цілком справедливим і відносно безперспективності пошуку у сутності права елементів, що перебувають у сфері суцього.

Водночас об'єкт правового регулювання і результат правового регулювання можна назвати елементами правової дійсності на протигагу елементам правової системи, які є виразом можливого через належне.

У філософії поняття «дійсність» слугує для позначення того, що існує, воно відрізняється від всього можливого, вірогідного, але поки не існуючого [22, с. 86]. Виходячи з цього термін «правова дійсність» досить чітко відображає істотні ознаки суцього у сфері права.

Зважаючи на це, пропозиція С. Алексєєва розуміти під правовою дійсністю усе (виділено мною. – Б. М.) у світі правових явищ [1, с. 45] є некоректною як з точки зору традиційної філософської термінології, так і з погляду методологічної безпідставності об'єднання суцього та належного.

Постає питання: чи становлять правові явища, що відображають суще, якусь паралельну («фактичну») правову систему та чи можна взагалі розглядати правову дійсність в якості системи?

Відповіді на обидва вказаних питання матимуть негативний характер з таких причин. Складові правової дійсності в основі мають значну питому вагу неюридичних елементів, вони є компонентами інших систем. Систем, які не лише не виконують функцію правового регулювання, а й у переважній більшості взагалі не є деонтичними. Саме тому такі явища вивчаються науками, що мають відповідний міждисциплінарний характер: соціологією права, юридичною психологією, кримінологією, криміналістикою тощо.

Правову систему (належне) і правову дійсність (суще) ми пропонуємо разом позначати категоріями «сукупність усіх правових явищ» (при цьому йдеться саме про суму правових явищ, але не про системне утворення) або «правова тотальність». Зазначені категорії не мають великого гносеологічного потенціалу, оскільки сукупність абсолютно всіх правових явищ як певне ціле не може бути досліджена у принципі. Як писав з цього приводу Б. Кістяківський, «ми завжди вивчаємо лише частини, і ціле недоступно нашому пізнанню», ця думка залишається актуальною і для сучасних філософів: «Не можна спостерігати ціле, воно не може бути схоплено у предметному знанні» [4, с. 13; 11, с. 202].

Можна зустріти твердження, що право в цілому не відноситься ані до сфери суцього, ані до сфери належного [7, с. 120]. У цьому випадку знову ж таки коректніше вести мову не про право, а про правові явища. Об'єктивне право (як і правова система, підсистемою якої воно виступає), не тотожне сукупності всіх правових явищ, серед яких деякі можуть відноситися до належного, а інші – до суцього.

Так само безпідставно заперечувати різницю (межу) між елементами належного й елементами суцього у сукупності правових явищ. Як вірно вказує Л. Петрова, природа відносин норм і фактів явно асиметрична: норми завжди стосуються фактів, а факти оцінюються відповідно до норм, і це відношення не можна повернути. Незворотність є істотною рисою цього відношення. Своєю чергою, самі норми також можуть виступати

як факт і бути оціненими на відповідність їх іншим нормам або принципам, ідеям [17, с. 189, 194].

До складу змісту регулятора суспільних відносин не можна вміщати самі відносини та суб'єктів цих відносин, оскільки об'єкт впливу норми права має знаходитися поза нею і не може входити до неї хоча б через те, що норма завжди стосується бажаного стану речей, а не констатує наявну в об'єктивній реальності ситуацію.

Тут ми цілком поділяємо позицію вчених, які наголошують, що смисл норми – не у відображенні дійсності такою, як вона є, а у зміні, приведенні її відповідно до норми. Норма – це завжди належне, це те, як слід поводитися в певній ситуації, щоб досягти певних цілей [13, с. 192].

Реалізація суб'єктом норми права не перетворює її на суще. Так само не перетворює норму на суще і фактичне існування у людській практиці варіанта поведінки, що відповідає її (норми) припису. Тому непереконливо виглядають думки про те, що норма – це не лише належне, а й суще у вигляді вже існуючого чи такого, що формується, варіанта поведінки [3, с. 27; 14, с.27]. Крім суто логічної невідповідності, яка полягає у неможливості одного явища бути водночас і належним, і сущим, зауважимо, що норма права не здатна бути сущим з тієї причини, що вона завжди формулюється в абстрактній, узагальненій формі, а відтак за будь-яких умов не може ототожнюватися з конкретними життєвими ситуаціями. Розгляд об'єкта впливу норми права в якості її елемента неодмінно потребує логічного продовження у вигляді введення в неї також і суб'єкта правотворчості, що призводить до повного «розчинення» автономної сутності норми права як окремого феномена. За змістом будь-яка норма права являє собою вольове прескриптивне судження, яке впливає на поведінку суб'єктів шляхом встановлення правових стимулів або обмежень та порядку їх реалізації.

На завершення зауважимо, що розгляд правової тотальності в якості двох автономних частини означає не лише відповідну класифікацію правових явищ, але й поділ всіх юридичних закономірностей на дві групи. Адже до сущого і належного відносяться не тільки певні явища, зважаючи на свої сутнісні характеристики, але й відповідні закономірності, які є запорукою існування вказаних явищ.

Концептуальне значення поділу всіх правових явищ на дві сфери, які суттєво відрізняється одне від одної в основних своїх рисах, цілком логічно тягне за собою висновок про те, що теоретичний рівень юридичної науки (цей рівень за традицією презентують науки загальної теорії права та філософії права) структурно має бути також поділений на два основних блоки: загальну теорію правової системи та загальну теорію правової дійсності. Предметом вивчення загальної теорії правової системи є регулятивні, аксіологічні та структурні властивості права та інших правових явищ, які у сукупності складають правову систему. Предметом вивчення загальної теорії правової дійсності –

юридичні аспекти буття об'єктів правового регулювання та визначення і оцінка результату правового регулювання. Окремою важливою сферою наукового пошуку має стати дослідження всіх аспектів та закономірностей взаємодії між вказаними двома просторами правових явищ.

Використані джерела:

1. Алексеев С. С. Право: Азбука – Теория – Философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М.: Статут, 1999. – 712 с.
2. Бачинин В. А. Морально-правовая философия / В. А. Бачинин. – Х.: Консум, 2000. – 208 с.
3. Бурлай Е. В. Нормы права и правоотношения в социалистическом обществе / Е. В. Бурлай. – К.: Наукова думка, 1987. – 92 с.
4. Воронина Н. Ю. Философия: в поисках себя. Вводный курс лекций / Н. Ю. Воронина. – Самара: Самарская гуманитар. академия, 2001. – 97 с.
5. Гафаров Т. Х. Диалектика сущего и должного в правовой реальности: автореф. дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.01 / Т. Х. Гафаров / Магнитогорский гос. ун-т. – Магнитогорск, 2008. – 22 с.
6. Дудченко В. В. Про «суще» та «належне» у праві / В. В. Дудченко // Держава і право. – 2008. – Вип. 39. – С. 3-10.
7. Дудченко В. Роль нормативних фактів у сучасному праворозумінні / В. Дудченко // Право України. – 2010. – № 4. – С. 120–126.
8. Ивин А. А. Логика норм / А. А. Ивин. – М.: МГУ, 1973. – 123 с.
9. Ильин И. Понятия права и силы (Опыт методологического анализа) / И. Ильин // Ильин И. Общее учение о праве и государстве / И. Ильин. – М.: АСТ, 2006. – С. 5–53.
10. Кельзен Г. Чисте Правознавство: 3 дод.: Пробл. справедливості / Г. Кельзен; пер. з нім. О. Мокровольський. – К.: Юніверс, 2004. – 496 с.
11. Кистяковский Б. А. Философия и социология права / Б. А. Кистяковский. – СПб.: РГХИ, 1999. – 800 с.
12. Коваленко А. И. Проблема соотношения цели, средства и результата в процессе применения права / А. И. Коваленко // Применение права: вопросы истории, теории и практики / Отв. ред. А. И. Королев, Л. С. Явич. – Л., 1983. – С. 10–12.
13. Козловський А.А. Право як пізнання: вступ до гносеології права / А. А. Козловський. – Чернівці: Рута, 1999. – 295 с.
14. Кудрявцев В. Н. Юридические нормы и фактическое поведение / В. Н. Кудрявцев // Советское государство и право. – 1980. – № 2. – С. 12–20.

15. Неновски Н. Право и ценности / Н. Неновски; пер. с болг. В. М. Сафронов. – М.: Прогресс, 1987. – 248 с.
16. Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. – М.: Норма, 2007. – 800 с.
17. Петрова Л. В. Фундаментальні проблеми методології права (філософсько-правовий дискурс) / Л. В. Петрова. – Х.: Право, 1998. – 414 с.
18. Сагатовский В. Н. Основы систематизации всеобщих категорий / В. Н. Сагатовский. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1973. – 431 с.
19. Теория права и государства: учебник для вузов / Под ред. Г. Н. Манова. – М.: БЕК, 1996. – 336 с.
20. Тімуш І. С. Інтегральний погляд на право: монографія / І. С. Тімуш. – К.: Атіка, 2009. – 284 с.
21. Тригубенко Ф. А. Антитеза «сущого и «должного» как этический феномен: дисс.... канд. филос. наук: 09.00.05 / Ф.А. Тригубенко / Московский гос. университет путей сообщения.– М., 2011. – 164 с.
22. Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. – М.: Политиздат, 1981. – 445 с.
23. Циппеліус Р. Філософія права: підручник / Р. Циппеліус; пер. з нім. Є. М. Причепій. – К.: Тандем, 2000. – 300 с.

У статті обґрунтовано значне методологічне значення для юридичної науки філософських категорій «сущее» та «належащее». Запропоновано класифікацію всіх правових явищ відповідно до того, до якої із двох сфер вони належать. Також вказано, що теоретичний рівень юридичної науки структурно поділяється на два основних блоки: загальну теорію правової системи (вивчає правові явища зі сфери належного) та загальну теорію правової дійсності (вивчає правові явища зі сфери сущого).

Ключові слова: *належащее, сущее, право, правові явища, правова система*

В статье обосновано значительное методологическое значение для юридической науки философских категорий «сущее» и «должное». Предложена классификация всех правовых явлений в соответствии с тем, к какой из двух сфер они принадлежат. Также указано, что теоретический уровень юридической науки структурно делится на два основных блока: общую теорию правовой системы (изучает правовые явления из сферы должного) и общую теорию правовой действительности (изучает правовые явления из сферы сущего).

Ключевые слова: *должное, сущее, правовые явления, правовая система*

In the article the considerable methodological significance for jurisprudence philosophical categories "is" and "ought." The classification of all legal phenomena under the order in which the two spheres they belong. Also indicated that the level of theoretical jurisprudence structurally divided into two main parts: the general theory of legal system (studying legal phenomena from the field of "ought") and the general theory of legal validity (studying legal phenomena from the field of "is").

Key words: ought, is, law, legal phenomena, legal system



Дідич Тарас Олегович

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Правоутворення як особливе процесуальне явище: питання теорії

Правоутворення є явищем складним та багатоаспектним. Такі характеристики правотворення обумовлені його місцем в системі явищ правової дійсності, в системі понятійно-категоріального апарату юридичної науки та в системі засобів правового впливу на суспільні відносини. В залежності від того, як ми розуміємо явище правоутворення, від того буде залежати розуміння його сутності, змісту, процесу реалізації та функціонального призначення. В юридичній літературі правоутворення належить до тих об'єктів наукового пізнання, що має доволі високий ступінь наукової дослідженості, однак результати такої наукової роботи мають досить різноаспектний характер, характеризують ті або інші питання правоутворення неоднозначно. В наукових працях таких вчених як С. С. Алексєєв, С. В. Бошно, Н. М. Оніщенко, А. С. Піголкін, С. В. Поленіна, С. С. Степанян, Ю. О. Тихомиров, О. І. Ющик та інших, явище правоутворення розкривається в контексті особливого правового феномену, що відображає механізм створення права, його розвитку і вдосконалення. Однак, переважна більшість праць вказаних вчених розглядає проблематику правоутворення епізодично, зосереджуючи увагу на окремих особливостях вказаного явища, розкриваючи його в контексті наукового дослідження інших правових явищ, що мають суміжний характер з правоутворенням (правотворчість, законотворчість, нормопроекування тощо). Недоліки такого стану наукової розробки явища правоутворення ще більш актуалізуються в аспекті сучасних тенденцій тяжіння юридичних історико-теоретичних досліджень до широких підходів до розуміння права як багатоаспектного явища, що в свою чергу визначає різноаспектність і механізму його утворення. На наше переконання, сьогодні в юридичній науці стан наукового дослідження правоутворення можливо охарактеризувати як такий, що:

- розкриває теоретико-правові аспекти правоутворення епізодично, акцентуючи увагу на окремих властивостях досліджуваного явища;

- не надає відповіді на питання динаміки розвитку правоутворення та закономірностей його функціонування як явища правової реальності та як об'єкту наукового дослідження;
- має застарілий характер і не відповідає поточним потребам наукової характеристики правоутворення як явища, що забезпечує формування, зміну та скасування норм права;
- має міждисциплінарний характер наукового дослідження, оскільки науковий доробок проблем правоутворення представлений роботами теоретиків права і представниками галузевих юридичних наук;
- характеризується відсутністю цілісних наукових робіт, які стосувалися б теоретико-правових питань правоутворення.

З огляду на це, сьогодні в науковому плані значно актуалізується потреба вивчення правоутворення як явища теоретико-правового плану, результати якого надали б змогу створити відповідний методологічний фундамент для подальшої наукової роботи з вивчення різноманітних аспектів правоутворення на рівні галузевих юридичних наук. Тому вважаємо за доцільне провести наукове дослідження правоутворення в контексті його багатоаспектного розуміння, відповідно підготувати цикл наукових праць, першу з яких можемо присвятити питанню правоутворення як особливого процесуального явища. В цій науковій роботі в якості завдання слід визначити узагальнення і аналіз стану наукового дослідження питань правоутворення, на підставі чого встановити особливості сутності і змісту правоутворення в системі процесуальних юридичних явищ.

В юридичній літературі проблематика процесуальності правоутворення як окремого самостійного аспекту досліджуваного явища розкривається доволі епізодично. На переконання Л. Шестопалової, в основу розуміння правоутворення, в тому числі і як процесуального явища, вкладається відповідна «основа (підґрунтя)», до якої відноситься:

- концепція спільності та відмінності права і закону, при чому право може існувати і поза своєю інституційною формою (законодавством) як справедливий масштаб (міра) свободи (рівності та справедливості), що відображується в правових принципах, суб'єктивних правах, конкретних правовідносинах тощо);
- теорії правової держави і громадянського суспільства, де громадянське суспільство має домінантне значення - спільність рівних, вільних і незалежних осіб, які є громадянами держави;
- принцип поділу влади (розподіл правових форм діяльності держави або форм здійснення державної влади стосовно формування і забезпечення реалізації права між органами держави та за участю громадянського суспільства).

В результаті вчена приходить до висновку, що правоутворення виявляється в діяльності відповідних інституцій (тобто має процесуальний характер утворення), шляхом виокремлення структури і змісту державного правоутворення, до яких відносяться:

- представницькі органи, які формують за своїм розсудом правила поведінки у формі законів, що регламентують найважливіші аспекти всіх видів суспільних відносин;
- виконавчі органи, які самостійно утворюють норми права в основному у сфері відомчої діяльності;
- судова влада, яка забезпечує утворення права шляхом переходу від конкретних актів до загальних настанов (розв'язання конкретних правових ситуацій на основі відповідної норми права, а якщо такої немає, - в порядку судового прецеденту).

Враховуючи особливості діяльності вказаних інституцій щодо утворення права, вчена наголошує на можливості виокремлення етапів правоутворення, що відображає її процесуальний характер. До таких етапів вчена відносить:

1) формування нових суспільних відносин та їх стихійне саморегулювання на основі існуючих соціальних норм і правосвідомості учасників цих відносин на підставі:

- соціальної норми (звичаї, мораль, корпоративні норми), що, з точки зору їх учасників, найефективніше врегульовують ці відносини;

- уявлення учасників відносин про доцільне і справедливе їх врегулювання;

2) узагальнення державою існуючої практики саморегулювання цих відносин, їх коригування і доповнення або формулювання нових правил поведінки та їх відображення у нормативно-правових актах (законах, постановах тощо);

3) втілення закріплених у нормативно-правових актах упорядкованих, стабільних і захищених державою правил поведінки в конкретні суспільні відносини.

В результаті такої процесуальної діяльності щодо утворення права, вчена виокремлює додатково і рівні правоутворення, закладаючи в основу такого виокремлення ідею змісту вираження утворюваного права, серед яких виокремлює:

а) гносеологічний (пізнавальний) рівень, що відображає процес виникнення і становлення права у формі правосвідомості;

б) матеріальний, відповідно до якого право формується у вигляді конкретних правовідносин (правового зв'язку суб'єктивних прав і обов'язків), що зі сфери можливого перетворюються на реальність шляхом правомірної поведінки;

в) інституціональний рівень, згідно з яким право існує як система правових норм [1, с. 118-120].

В даному випадку можемо зазначити про те, що вчена окремо не називає процесуальність правоутворення, проте надана характеристика діяльнісного характеру відповідних інституцій щодо утворення права, а також виокремленні і охарактеризовані вченою етапи й рівні правоутворення свідчать про те, що правоутворення є особливим процесуальним явищем.

В. С. Нерсисянц акцентує увагу на проблематиці формування права та пов'язує його із особливою процедурою формалізації права. Вчений наголошує на тому, що «правоутворення являє собою процедуру фактичного (об'єктивного та реального) складання та визнання тих або інших суспільних відносин та взаємозв'язків людей і їх об'єднань в якості «нормальних» та «правильних» (з точки зору пануючих в цьому суспільстві матеріальних життєвих відносин та відповідних їм ідей, цінностей тощо). В той же час це є і особливим процесом соціально-історичного формування загальних критеріїв, правил, масштабів, моделей, зразків та стандартів цієї «нормальності» та «правильності», в кінцевому рахунку їх кристалізація у відповідні норми поведінки, дії та взаємовідносини людей» [2]. У зв'язку з цим вченим справедливо наголошується на тому, що саме процедурні засади формування права забезпечують його утворення як таке, та забезпечує «правильність» і «нормальність» правового регулювання. На нашу думку, саме процедура правоутворення є основою відображення у змісті правових норм тих потреб суспільства, що забезпечуватимуть його розвиток і соціальну справедливість.

Проблема розуміння правотворення не є новою. В радянській юридичній науці вчені вже піднімали питання процесуальності правоутворення. Р. О. Халфіна, аналізуючи погляди вчених, в яких обґрунтовані ідеї доцільності широкого розуміння правотворчості, що ототожнюють правотворчість та правоутворення, вважають, що вказане поняття має охопити більш ширше коло процесів, котрі передують прийняттю рішення про підготовку проекту нормативного акта. Саме ці процеси мають відобразити об'єктивні потреби у правовому регулюванні тих або інших суспільних відносин, визначити характер та націленість відповідного правового регулювання [3, с. 7]. В свою чергу прихильники вузького розуміння правотворчості, що визначають під нею особливий державно-владний процес щодо прийняття, зміни або скасування нормативно-правових актів, не заперечують той факт, що правотворчості передують організаційно-правова форма діяльності держави і організаційно неоформлений соціальний процес становлення правових поглядів. Ці процеси найтіснішим чином взаємодіють і впливають один на одного. Але взаємодія двох різних явищ не може бути підставою для змішування наукових понять правотворчості та процесів, що їй передують [4, с. 36]. Проте, слід вказати на те, що і

такий підхід в юридичній науці пов'язує правотворчість з такою характеристикою як процесуальність.

Характеризуючи поняття «соціальний механізм правотворчості», вченими наголошується на тому, що під ним прийнято розуміти сукупність явищ і процесів, які здійснюють опосередковуючи вплив на правотворчу діяльність і, в кінцевому рахунку на зміст правових норм [5, с. 47]. Іншими словами, соціальний механізм правотворчості становить взаємодія соціальних факторів між собою, їх взаємне опосередкування, а також їх кінцевий результативний вплив на процес прийняття правотворчого рішення. Але такий підхід показує лише формальну сторону соціального механізму правотворчості. Сутність же цього поняття в тому, що воно відображає узгодженість взаємодії різних факторів правотворчості і відповідність вектора їх спрямованості (соціальної обумовленості правотворчості) соціальним цілям правового регулювання, в результаті чого забезпечується прийняття ефективного правотворчого рішення. Соціальні фактори правотворчості включають явища не лише суто соціального, але і природного характеру, що детермінують зміст правотворчого рішення. У правовій системі соціальні фактори правотворчості - це зв'язки, що зумовлюють цілісність правової системи та її ефективність. Від правильного їх виявлення та обліку, як окремо, так і у взаємодії один з одним, залежить злагодженість функціонування правової системи [6, с. 160]. Відповідно їх врахування залежать від особливого процесу виявлення, аналізу, формулювання відповідних правотворчих висновків, прийняття рішення про розробку правотворчого акту та безпосереднього здійснення правотворчої діяльності.

Правоутворення як особливе процесуальне явище в юридичній літературі вченими характеризується в контексті його розуміння як особливого процесу, через який здійснюється трансформація соціальних факторів у юридичні норми [7, с. 3]; як специфічної технології, змістом якої є сукупність суспільних відносин, що націлена на вирішення певних завдань щодо забезпечення правотворчості, вивчення суспільних відносин, прийняття рішення про розробку проекту нормативно-правового акту, проведення його розгляду, затвердження і введення в дію тощо [8, с. 73]; як форми взаємодії об'єктивних і суб'єктивних факторів суспільного розвитку, які обумовлені загальнокласовими (загальнонародними) інтересами, в процесі якої відбувається формування правосвідомості і волі пануючого класу через правотворче волевиявлення уповноважених державою суб'єктів та подальша об'єктивація вказаного правотворчого волевиявлення у вигляді нормативно-правового акту [9, с. 28-29]; як процес формування державного волевиявлення [10, с. 309] тощо. Л. Л. Богачова, визначаючи межі процесу правоутворення, звертає увагу на той факт, що правоутворення являє собою певний "специфічний процес формування юридичних

норм”, що починається з моменту визнання державою певних суспільних відносин та завершується формальним закріпленням і захистом юридичних приписів [11, с. 320].

Вказані вище джерела однозначно обґрунтовують ідею про те, що правоутворення є певним специфічним процесом розумової діяльності людини, що має соціальну природу і покликаний здійснити формування права. Як не дивно, визнаючи важливість та соціальне значення правоутворення, енциклопедичні юридичні джерела не містять визначень поняття “правоутворення”, однак вміщують окремі згадки про його складний соціальний характер, що включає в себе підготовчий процес формування права і етап правотворчості [12, с. 763] або відзначається соціальне призначення правоутворення, яке полягає у встановленні еталонів й стандартів поведінки, що відповідає інтересам суспільства і держави [13, с. 51]. Однак, у Міжнародній поліцейській енциклопедії А. Олійник виділяє та надає визначення поняттю “правотворення”, що розуміється у двох значеннях:

1) як процес закріплення правил поведінки людей, що склалися у суспільстві, які перекладаються мовою нормативів, приписів та існують у вигляді певної юридичної форми;

2) як процес творення окремих юридичних законів (правотворчість) [14, с. 806]. Тобто знову ж таки звертається увага на процесуальність правоутворення.

Досліджуючи проблематику сутності правоутворення, В. В. Лазарев справедливо зазначає, що правоутворення (“генезис права”) має своїм матеріальним джерелом суспільні відносини та залежить від характеру правоутворюючого процесу, який має об’єктивний та суб’єктивний зміст. Об’єктивний зміст правоутворення (той, що не залежить від суб’єктів та формується рівнем розвитку суспільства) є домінуючим у державах, де пануючим джерелом права є нормативно-правовий акт, а суб’єктивний зміст правоутворення (той, що залежить від суб’єктів та формується шляхом прийняття актів, які в подальшому мають загальне поширення) характеризує процес формування права у державах англо-саксонської правової сім’ї. Саме співвідношення об’єктивного і суб’єктивного змісту правоутворення є вирішальним в процесі формування права і виконує гарантуюче значення по відношенню до подальшої реалізації права [15, с. 171-175]. На специфіці взаємодії суб’єктивних і об’єктивних факторів при формування права, що визначають весь процес правоутворення та характеризує його зміст, акцентував увагу і О. В. Васильєв, визначаючи залежність якості нормативно-правової бази від співвідношення рівня впливу на правоутворення суб’єктивних і об’єктивних факторів, що в свою чергу обумовлюють перехідний етап життєдіяльності суспільства [16, с. 4].

Досліджуючи процесуальність правотворчості, що є окремим складовим елементом правоутворення, вченими зазначається, що воно являє собою систему

взаємозалежних процедур (стадій) при ухваленні, зміні як законів, так і підзаконних актів. Стадії правотворчого процесу, у свою чергу, можуть бути розбиті на ряд етапів. Правотворча діяльність – форма діяльності компетентних органів держави зі встановлення, зміни або скасування правових норм. Ця діяльність охоплює підготовку проектів нормативних юридичних актів, їх прийняття та видання [17, с. 444]. К. В. Николина, визначає процесуальність правотворчості через розуміння поняття «процедура правотворчості», яке можливо визначити як особливу послідовність юридично значимих дій суб'єктів правотворчості, що націлені на розробку, обговорення, прийняття та введення в дію форм (джерел) права [18, с. 146].

Підбиваючи підсумки, можливо зазначити про те, що інститут правоутворення має складний сутнісний характер. За сучасних умов розбудови державності та правової системи в Україні інститут правоутворення потребує посиленої уваги зі сторони науковців, що має бути націлена на вироблення цілісної науково обґрунтованої концепції правоутворення. На сьогодні в юридичній літературі гостро відчувається дефіцит наукових досліджень проблематики сутності, змісту та значення правоутворення, що створює передумови хаотичності і непослідовності в практичній сфері створення правових норм, в тому числі і в контексті процесуальності правоутворення. Зазначена проблематика є досить актуальною для України на сьогодні, оскільки модернізація вітчизняних державно-правових інституцій потребує адекватного (сучасного) та ефективного правового регулювання, що забезпечується, перш за все, за допомогою досконалого механізму правотворення.

Використані джерела:

1. Шестопалова Л. Теорія держави і права: навч. посіб. / Л. Шестопалова. – К.: Паливода А.В., 2012. – 256 с.
2. Нерсисянц В. С. Право и закон // Проблемы теории государства и права: учебник / В. М. Сырых. – М.: Эксмо, 2008. – 528 с.: CD – (Российское юридическое образование).
3. Научные основы советского правотворчества / О. А. Гаврилов, Н. П. Колдаева, А. С. Пиголкин, С. В. Поленина, и др.; Отв. ред.: Р. О. Халфина. – М.: Наука, 1981. – 317 с.
4. Правотворчество в СССР / А. В. Мицкевич, А. С. Пиголкин, С. А. Пяткина, А. А. Тилле, и др.; Под ред. А. В. Мицкевич. – М.: Юрид. лит., 1974. – 319 с.
5. Правовая система социализма: понятие, структура, социальные связи. В 2-х кн. / Отв. ред. А. М. Васильев. - М.: Юрид. лит., 1986. – кн. 1. – 368 с.
6. Лукьянова Е. Г. Некоторые проблемы правотворчества в современной России / Е. Г. Лук'янова // Правоведение. – 2007. – № 6. – С. 159-165.

7. Мухтарова А. К. Правотворчество в социалистическом обществе. Содержание и оформление: Автореф. дисс.... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ин-т философии и права АН КазССР. – Алма-Ата, 1978. – 18 с.
8. Дрейшев Б. В. Правотворческие отношения в советском государственном управлении. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. – 175 с.
9. Степанян В. В. Теоретические проблемы правообразования в социалистическом обществе. – Ереван: Изд-во Армянской АН, 1986. – 176 с.
10. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / Под общ. ред. д.ю.н., проф. В. С. Нерсисянца. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА*М, 1999. – 704 с.
11. Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, О. В. Петришина. – Харків: Право, 2002. – 475 с.
12. Юридична енциклопедія: в 6т. / Ред.кол.: Ю. С. Шемшученко (голова ред.кол.) та ін. – К.: Українська енциклопедія, 2003. – Т 5. – С. 51.
13. Міжнародна поліцейська енциклопедія. У 10 т. / Відп. ред. Ю. І. Римаренко, Я. І. Кондратьєв, В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко. – К.: Концерн “Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – Т. 1. – С. 860.
14. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. – 349 с.
15. Васильев А.В. Правотворчество в советском обществе: Автореф. дисс.... канд. юрид. наук: 12.710 / ВНИИСЗ. – М., 1972. – 19 с.
16. Скакун О.Ф. Теория государства и права / О. Ф. Скакун. – Х.: Консум; Ун-т внутр.дел, 2000. – 704 с.
17. Лихолат І. П. Раціональне та позараціональне в праві (на матеріалах законотворчості): дис.... канд. юрид. наук: 12.00.12 / І. П. Лихолат. – К., 2001. – 208 с.
18. Николина К. В. Юридична процедура: поняття, ознаки, види, місце в системі правових категорій: Дис. ... канд.. юрид. наук: 12.00.01 / К. В. Николина. – К., 2011. – 215 с.

У статті проаналізовано особливості методології дослідження правоутворення як теоретико-правового явища. Визначено особливості процесуальності правоутворення як його самостійної характеристики. Розкрито зміст процесу правоутворення.

Ключові слова: *правотворчість, правоутворення, формування права, правотворча діяльність.*

В статье проанализированы особенности методологии исследования правообразования как теоретико-правового явления. Определены особенности процессуальности правообразования как его самостоятельной характеристики. Раскрыто содержание процесса правообразования.

Ключевые слова: *правотворчество, правообразование, формирование права, правотворческая деятельность.*

In the article analyzes the features of research methodology of lawmaking as theoretical and legal phenomenon. The features of procedural lawmaking his individual characteristics. The content lawmaking process.

Keywords: *law-making, formation law, law-making activities.*

**Кабанець Наталія Іванівна**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Методологічні особливості дослідження поняття суспільного договору

Поняття суспільного договору має широке смислове навантаження та багатоаспектний вимір свого тлумачення в філософії права. Різноманітні політико-правові, філософсько-правові, теоретико-правові, політологічні, соціологічні погляди на його природу об'єднуються в договірну теорію – теорію соціального контракту, *контрактну теорію*, що є предметом дослідження різних дисциплін, і має особливе значення для юридичної науки. Традиційно опрацювання цієї теорії пов'язують зі школою природного права, що зіграла в історії філософії права величезну роль і продовжує її відігравати в сучасності. Однак, з середини XIX ст. контрактна теорія через критику формально-логічних аспектів її обґрунтування в інших напрямках юридичної науки набула визначеного статусу суто *історичної правової теорії походження держави* та втратила своє позитивне теоретичне значення. З того часу її конструктивний потенціал у сучасній теорії права залишається не використуваним у повній мірі.

Розгляд методологічних особливостей дослідження контрактної теорії в школі природного права, а також критичних зауважень з боку інших наукових шкіл з приводу теоретичної природи поняття суспільного договору дає можливість проаналізувати проблему його наукового статусу. При цьому *історична раціональна реконструкція*¹³⁴ може виступити в якості сучасної постмодерної методологічної стратегії дослідження цієї проблеми, що дає можливість зрозуміти наукову цінність як самої контрактної теорії та поняття суспільного договору, так і загалом наукових підходів школи природного права для сучасних теорій та методології права.

¹³⁴Історична раціональна реконструкція – філософський методологічний підхід, характерний для постнекласичного періоду розвитку науки, що формується в 70-90-х роках XX ст. Полягає «в намаганні усунути крайнощі як суто формально-логічного пізнання природи явищ, без врахування історичних умов формування такого знання (у логічному позитивізмі), так і релятивізму історичної критики наукового пізнання, здійсненої в період неокласики, що ставила під сумнів саму можливість теоретичного пізнання». Метод спрямований на вирішення проблеми «несумірності зміни значень» наукових термінів через припущення, що «діахронічна оцінка шляхом апеляції до мета-рівневого критерію допоможе відновити раціональність оцінки теорій та дослідницьких програм» [1, с. 9]. Методом історичної раціональної реконструкції в даній статті розглядається проблема наукового статусу терміну «соціальний контракт», що дає змогу зрозуміти проблему «несумірності зміни значень» цього терміну в різних наукових школах. При цьому звернення до «мета-рівневого критерію» для оцінки значення цього терміну допомагає відновити його реальне конструктивне значення в сучасній теорії права.

Статус школи природного права та проблема наукового дослідження поняття суспільного договору

У науці права прийнято виділяти два періоди розвитку школи природного права – *старий* і *новий*, кожен з яких характеризується методологічними особливостями розгляду основних понять школи. Власне, в певний час школа природного права і філософія права визначали одне й те ж поняття: це був період розвитку *старої школи* природного права (XVII-XVIII ст.ст.), коли ще й терміну «філософія права» не було і теорія права та філософія права і були вченням природного права про права людини та суспільний договір¹³⁵. У цей період погляди на ці поняття носили метафізичний характер, що стало предметом критики декількох наукових напрямів – історичної школи права, гегелівської філософії права, позитивістського вчення про право¹³⁶. Метафізична теорія суспільного договору зазнала удару після якої їй важко було зберегти свої позиції в науці.

З метою збереження ціннісного значення положень школи природного права в науці було запропоновано її нову концепцію, що отримала назву «*нової школи природного права*», або «*школи відродженого природного права*». Зокрема, поділ на *стару* та *нову школу* природного права вводився представниками філософії права XIX ст., що стояла на неокантіанських позиціях у методології науки, з одного боку, з метою відмежування від метафізичних засад класичного раціоналізму науки XVII-XVIII ст., та, з іншого, – критики позиції філософії гегелівського діалектичного зразка та філософії позитивізму. Останні, відкидаючи метафізичні підходи старої школи природного права, заперечували всіляке її позитивне значення і вважали поняття опрацьовані школою ненауковими. Натомість представники школи *відродженого природного права*, що підтримували кантіанські підходи в філософії

¹³⁵ Термін «філософія права» з'явився у XIX ст. завдяки представникам історичної школи права та Г.В.Ф.Гегелю. Цим ставилось за мету відмежування вчення про право в історичному та діалектичному розуміннях від метафізичних поглядів школи природного права.

¹³⁶ Критика школи природного права розпочата була представниками історичної школи права за теоретично-раціональний характер її положень, що мав на той час метафізичний характер (див. у цьому плані, зокрема, Новгородцев П.И. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии [2]). Позиція історичної школи права вплинула на погляди Георга Вільгельма Фрідріха фон Гегеля та представників юридичного позитивізму. Гегель, розвиваючи філософію права на діалектичних засадах, вважав, що положення школи природного права мають статичний характер, характерний для метафізичних понять, вони неісторичні, оскільки не здатні відображати змінний характер явищ реальної дійсності, на цій підставі він відмовляв їм у науковій природі. Зокрема, не визнавав поняття суспільного договору, оскільки таких договорів реально в історії римського права не існувало [3; с. 130], та вважав, що походження держави в філософії права слід розглядати не в юридичному (логічному), а в історичному аспекті, керуючись ідеєю держави [3; с. 280-285]. Позитивісти підтримували Гегеля в тому, що існування сфери статичних метафізичних понять та змінних позитивних понять є подвоєнням реальності наукових понять. Реальність понять у науці має бути лише одна – позитивна, а тому метафізика не може мати наукового статусу (див. у цьому плані Г.Ф.Шершеневич [4, с.33, с.108-111, 212-213, 252-255, 558-567]). Таке просте логічне міркування в якості переконуючого аргументу ставило хрест на розробці наукових положень школи природного права в теоретичному плані. Вихід було запропоновано в рамках неокантіанського напрямку філософії права, які піднесли ідею школи відродженого природного права, де досліджуються не реальні (онтологічні) поняття позитивної дійсності, а фундаментальні принципи та ідеї права, що мають належну (деонтологічну) природу.

науки – *неокантіанський напрям філософії права* XIX ст., не вважали, що значення школи природного права для гуманітарних наук є втраченим. Однак, враховуючи позитивістську критику метафізичних засад старої школи природного права, вони відмежовувались від її основних положень, вбачаючи в поняттях старої школи лише філософські ідеї та принципи природного права, які мають регулятивне значення для позитивної науки права, але не мають реального конкретно-історичного змісту¹³⁷.

Нова школа природного права, на думку її представників, повинна була вказувати та підкреслювати значення філософських ідей природного права для розвитку позитивного, чого не робила школа позитивної філософії права. При цьому неокантіанці не вважали за можливе звертатися до теоретичного обґрунтування відкинутих позитивізм та догматичній юриспруденції класичних понять старої школи природного права, таких як «метафізична система права» та «суспільний договір», вважаючи їх регулятивними ідеями розуму, що мають ціннісне значення в дослідженні наукових понять, але не самими науковими поняттями [6, с.207-209]. У зв'язку з цим школа природного права та теорія суспільного договору реально втратили своє теоретичне значення в науці, зайнявши місце лише історичних філософсько-правових ідей¹³⁸.

Таке визначення нової концепції школи природного права значною мірою було обумовлене тим, що зусилля представників неокантіанського напрямку школи *відродженого природного права* були загалом спрямовані на ґносеологічні та логічні аспекти наукового пізнання, що давало можливість відстоювати значення особливостей наукового дослідження в сфері гуманітарних наук відносно природничих у методологічному плані. Вони вважали, що теоретичне дослідження в сфері гуманітарних наук має свою специфіку відносно природничих, але в цілому здійснюється в рамках однієї схеми наукового дослідження – при цьому не ставився під сумнів сам концепт наукового методу, що ґрунтується на раціонально-логічному мисленні. Також вони не звертали достатньо уваги на власне теоретико-правове дослідження в рамках ними ж запропонованого *ціннісного підходу* в науці на основі критичного кантівського методу, що давало б можливість зняти негатив

¹³⁷Стосовно поглядів представників цього напрямку на предмет, можна звернутися до робіт Георга Єллінека, який вбачав у поняттях старої школи права та доктрині соціального контракту лише історичне значення, а не теоретично-наукове [5, с. 155-158], В.О.Савальського, який інтерпретуючи позицію представників Марбурзької школи права, підкреслював різницю між старою та новою школою природного права в підходах та методах опрацювання понять та поглядах на їх наукову природу [6, с. 207-209], Л.Л. Фуллера – представника школи філософії права XX ст., який відмежовувався від статичних метафізичних уявлень старої школи філософії права, вказуючи на новітній підхід в її історії, де є значимим роль регулятивних ідей та принципів, а не раціональних понять для розуміння природи позитивного права [7, с. 140-141].

¹³⁸Ці положення беззастережно поділяла радянська теорія права, що стояла на позитивістських та діалектико-матеріалістичних позиціях в науці. Вони тримаються і в сучасній українській теорії права. Так, вже на початку XXI ст. сучасний український філософ права Максимов С.І. зазначав, що теорія суспільного договору це «історична утопія», яка лише «інспірує фантазії, але не має реального теоретичного змісту» [8, с. 79-81].

позитивістської критики стосовно положень школи природного права. Своє позитивне значення в науці теорія прав людини та контрактна теорія держави повернулися завдяки *некласичним напрямкам розвитку наукових досліджень* в другій половині XIX – першій половині XX ст., але при цьому змінився сам зміст наукових досліджень. Наукові методи втрачали свій строго обґрунтовувальний раціональний характер і класичне формально-логічне доведення не сприймалося в якості беззастережної ознаки науковості певного твердження¹³⁹.

Слід зазначити, що нові цілі та завдання науки в *некласиці* не сприяли розробці теоретичної природи поняття соціального контракту. З'явилися його інтерпретації в дусі *феноменології* та *екзистенціального* розуміння, завдяки яким воно набувало смислового значення соціального консенсусу, що складає базову основу самосвідомості мислячих індивідів в *інтерсуб'єктних* стосунках¹⁴⁰. Вони давали підстави для визначення в новітніх соціально-правових теоріях конструктивного змісту суспільного договору, але вже не як раціонального теоретико-правового поняття, а як ідеї, що в практичних прикладних поясненнях процесів суспільного розвитку дає позитивний ефект, а тому має право на існування. Яскравий приклад цьому «Теорія справедливості» Джона Ролза, де він сам визначив свою інтерпретацію ідеї соціального контракту, як різновид «процедурної інтерпретації кантівської концепції автономії та категоричного імперативу в рамках емпіричної теорії» [13, с.228]. Ідея суспільного контракту в *новій школі* природного права *цього періоду*, почала набувати прагматичних інтерпретацій соціологічно-правового змісту без чіткої опори на його формально-юридичну природу, – оскільки остання пов'язувалась із його раціонально-логічним обґрунтуванням, якого намагались уникати, позаяк це був підхід *класичної* науково-позитивної школи.

Склалася ситуація, коли поняття суспільного договору розглядалося як теоретичне в *класичний період* розвитку науки ще завдяки його розробці в старій метафізичній школі природного права, але тут його обґрунтування зазнало критики, у зв'язку з чим і його *трансцендентальна дедукція*¹⁴¹ в новій школі природного права не була доведена до кінця. Тут же було сформоване уявлення про нього як про регулятивну ідею чи принцип пізнання природи права. В *некласичний* період

¹³⁹У сучасному наукознавстві в залежності від зміни характеру та методів наукового дослідження, прийнято класифікувати розвиток наукових знань за періодами: класичний – XVII-XIX ст., некласичний – початок та середина XX ст., постнекласичний – 70-90-і роки XX ст. та XXI ст. Див. у цьому плані Стюпін В.С. [9], Добронравова І.С. [10, с. 8-12].

¹⁴⁰Зокрема, такий підхід характерний для розряду комунікативних теорій К.-О.Апеля та Ю.Хабермаса [11, с. 17-18, с. 75-76]. У Росії представником феноменолого-комунікативної теорії права є Олексій Поляков [12].

¹⁴¹Трансцендентальна дедукція – метод Марбурзької школи права, який позиціонується як інтерпретація кантівського критичного методу, що розкриває логічний зміст наукового дослідження і показує його специфіку в рамках гуманітарних наук відносно природничих.

розвитку науки у новій школі природного права це поняття в якості ідеї, чи навіть принципу, продовжує виступати об'єктом сучасних інтерпретацій, обумовлюючи його сучасне розуміння в якості «теорій справедливості», в рамках яких не звертають належну увагу на формально-юридичну природу цього поняття.

Таку ситуацію можна розглядати як проблемну з огляду на виникнення «несумірності значень» терміну «соціальний контракт» в різних наукових школах класичного та некласичного періоду розвитку науки, де логічне обґрунтування терміну як правового поняття вважалося недостатнім та доповнювалося інтерпретаціями в дусі історичних, мовних, філософських та соціологічних особливостей його дослідження. При цьому не надавалося належного значення розгляду формально-юридичних теоретико-правових аспектів цього поняття. Однак, певні некласичні методологічні підходи дослідження поняття давали можливість розв'язання існуючої проблеми.

*Класифікація контрактних теорій та особливості пояснення.
Конструктивістський підхід*

Огляд контрактних теорій, що виступають основою новітніх «теорій справедливості» в якості некласичних інтерпретацій поняття суспільного договору, не дає чітких підстав їх класифікації, оскільки застосовуються найрізноманітніші методологічні підходи обґрунтування та способи пояснення. Хоча, в американській правовій доктрині все ж виділяють два основних напрями дослідження контрактних теорій. Так, Роналд Дворкін визначає їх як *телеологічний* та *деонтологічний* [14, с. 245]. У межах цих двох напрямів, він пропонує в якості критерію класифікації контрактних теорій використовувати поняття *штучної* та *природної* моделі *конструювання поняття договору*. При цьому телеологічний напрям пояснень він пов'язує з природною інтуїтивістською (інтуїціоністською) моделлю суспільного контракту, а деонтологічну – зі штучною раціональною конструкцією договору, яку використовують юристи в своїх логічних побудовах [14, с. 235, 243]¹⁴².

Використання *конструктивістських підходів* у поясненні поняття суспільного договору, загалом, характерна особливість його сучасної інтерпретації. Власне, конструктивізм є схемою позитивного прагматичного тлумачення його природи в соціальних теоріях справедливості. Зокрема, Джон Ролз у іншій своїй відомій роботі «Політичний лібералізм» прямо говорить, що в основі його моделі політичної самоорганізації суспільства лежить конструкція суспільного договору, у рамках якої

¹⁴²Стосовно договірної теорії Ролза при цьому він робить зауваження, що хоча це деонтологічна штучна модель, вона включає елементи природної моделі, які ґрунтуються на раціональній інтуїціоністській позиції. Сам Джон Ролз вважав, що його конструктивний підхід слід розглядати як «відмінний від класичного телеологічного (пов'язаного з англійським утилітаризмом) у зв'язку з використанням раціонального інтуїціонізму (характерного для шотландської школи морального почуття справедливості)» [13, с.27].

інтерпретуються базові принципи справедливості в пошуку політичного консенсусу[15, с. 15]. При цьому якщо «Теорія справедливості» мала на меті пояснити базові моральні принципи справедливості на засадах договірної теорії в першу чергу в теоретичному плані, виступаючи як соціально-економічна теорія прикладного характеру, то «Політичний лібералізм» – це вже наслідки запровадження цієї теорії в політиці, чи, точніше, перенесення на політичне середовище опрацьованих (у якості договору) конструктивних принципів справедливості. Однак, поняття самої договірної конструкції у Ролза дуже нечітке, воно має конкретно-прикладний, а не абстрактно-загальний характер [13, с. 29-30].

Знову ж таки, конструктивістський підхід в опрацюванні поняття соціального контракту в американській доктрині має ту особливість, що в ньому за мету не ставиться обґрунтування *формально-юридичних* ознак поняття суспільного договору як власне правового договірної зобов'язання. Договірна теорія не базується на чітких правових дефініціях та положеннях і ознаки договірної поняття мають скоріше соціально-правовий характер, ніж власне юридичний. Це сучасна особливість некласичного бачення обґрунтування цього положення в американській доктрині права, що визначається загальним соціологічним чи інтегральним підходом до права, на протилежність суто юридичному, позитивно-правовому чи догматично-юридичному.

Слід відмітити, що конструктивістські підходи характерні й для класичної позитивістської школи континентальної традиції права. Зокрема, опрацювання правових конструкцій є прямим завданням позитивно-юридичної теорії при аналізі ознак поняття, що дається в практичному досвіді. Воно розкриває схему раціонально-логічної інтерпретації, в рамках якої застосовується класична модель обґрунтування наукового поняття. Специфіка поняття суспільного договору, однак, полягає в тому, що воно не є реальним поняттям юридичної практики. І тому створення його правової конструкції має більшою мірою спиратися на певні апіорні положення теоретичного характеру та дедуктивний підхід, на відміну від індуктивної логіки позитивістів в опрацюванні теоретичних конструкцій. Для того, щоб розкрити юридичну природу правової конструкції суспільного договору слід би було відштовхуватись від *загальної конструкції договору*, якою, на жаль, не оперує сучасна вітчизняна доктрина права, та, мабуть що, й закордонна (світова). Така спільна конструкція договору, що ґрунтується на *загальній теорії договору*, повинна об'єднувати публічне і приватне право в єдину систему, в рамках якої публічно-правові та приватно-правові договірні конструкції розглядаються за спільними моделями й мають особливості в *змісті* договорів, але не в їх *формі*.

Необхідно зазначити, що такий підхід практикувався в історії правової науки старою школою природного права, яка розвивала метафізику права. Суспільний договір розглядався метафізиками як різновид публічно-правового договірного зобов'язання *apriorної*, *ноуменальної* природи, а публічно-правові зобов'язання разом із приватно-правовими в рамках розробки єдиної теорії договору. Одночасно з опрацюванням цієї теорії пізніше вийшли на створення (конструювання) загальної теоретичної системи права, що мала метафізичний характер і була опрацьована як *належна* універсальна модель теоретичних правових понять. Вона ґрунтувалася на тих положеннях, що давалися догмою римського права, але при цьому їх теоретично переосмислювала на засадах наукового формально-логічного методу, характерного для школи природного права починаючи з XVII ст. Вершиною метафізики права вважається система Еммануїла Канта, де поняттю соціального контракту, як особливої природи публічно-правовому договірному зобов'язанню, відводиться базова роль у створенні системи права¹⁴³.

Підхід метафізиків права з позицій сучасних методологічних стратегій наукових досліджень можна розглядати як, *раціонально-логічну* процедуру *конструювання* належного поняття. Вона полягала у зверненні до теорії цього поняття, що відкривається в рамках конструктивістського підходу його розгляду. Для метафізиків права старої школи така процедура давала можливість зняти протиріччя в догмі права шляхом відходу від емпіричних конкретних даних та виходу на більш загальне формально-логічне поняття.

*Загальна теорія договору, як prior-теорія, та концепт складу договірного зобов'язання, як конструктивна модель інтерпретації первісного контракту*¹⁴⁴

Метафізики права старої школи природного в рамках свого конструктивного підходу до розуміння суспільного договору розглядали соціальний контракт формально, як юридичне поняття ноуменальної природи, що є публічно-правовим договірним зобов'язанням щодо створення держави. Тобто, як особливого виду зобов'язально-договірне правовідношення, що розглядається в рамках загальної

¹⁴³ Див., зокрема, «Метафизика нравов в двух частях. Часть первая. Метафизические начала учения о праве. Учения о праве часть вторая. Публичное право» [16, с.226, с.231-269], а також «О пословице „Возможно, это и верно в теории, но не годится для практики“. II. Об отношении теории к практике в государственном праве (Против Гоббса)» [16, с.77-78].

¹⁴⁴ Поданий нижче розгляд проблеми обґрунтування теоретичної природи поняття суспільного договору є прикладом можливого її розв'язання шляхом застосування до цього поняття історичної раціональної реконструкції на засадах загальної теорії договору, як мета-теорії (prior-теорії), та конструктивного концепту складу договірного зобов'язання.

теорії договору, спільної для приватного та публічного права в рамках єдиної системи права¹⁴⁵.

Однак, слід відмітити, що пояснення природи самого юридичного правовідношення на засадах наукового методу було здійснене лише в XIX ст. представниками школи «відродженого природного права», які розкрили його *гносеологічний* зміст, завдяки чому і став можливим новий теоретично-науковий рівень розвитку правової науки. При цьому, як уже зазначалося вище, в новому філософському обґрунтуванні ідеї природного права не знайшлося місця для деяких концептуальних положень метафізичної школи. Це стосувалося як наукової природи поняття суспільного договору, так і його *логічного* змісту, внаслідок чого ні *загальна теорія договору* ні *контрактна теорія держави* – засадничі теоретичні положення старої школи природного права не отримали (ні в філософії права, ні, тим паче, в позитивній теорії та догмі права) свого розвитку.

Так, філософи школи відродженого природного права розглядали питання *елементного складу* юридичного відношення з точки зору пізнавально-наукових засад: *суб'єкти, об'єкт, зміст, гарантії*¹⁴⁶. Ця позиція представників Марбурзької школи, до речі, визначила сучасне гносеологічне розуміння поняття юридичного відношення в юридичній теорії. Але в рамках суто гносеологічного тлумачення, без формально-логічного аналізу елементного складу юридичного відношення, не можна вийти на його понятійну структуру, що давала б можливість представити його саме як особливого виду договірне зобов'язання, яке складає одну з базових *категорій* правової реальності. З формально-логічної точки зору, елементний склад юридичного відношення слід розглядати за структурою *складу договірної зобов'язання* – це шлях, що намічався метафізиками в рамках їх *конструктивного підходу* до моделювання системи права. Якщо рухатися в цьому напрямі, виходимо на обґрунтування базової категорії, яка задає правову реальність юридичних понять –

¹⁴⁵На загальну теорію договору серед постглюсаторів-систематиків, очевидно першим вийшов АльтузіїЙоган. За зауваженням Коркунова М.М: «Альтузию принадлежит первая попытка полной системы права по рамистическому методу..., публичное право ставится у него наравне с частным <и>... рассматривается совместно с частным по одним и тем же рубрикам...» [17, с. 122-123]. Значну роль в цьому плані зіграв напрям німецької догматичної юриспруденції старої школи природного права. Його представниками були СамуїлПуфендорф, ХристіанТомазій, Христіан Вольф. Керуючись застосуванням науково-раціоналістичного декартівського методу до обґрунтування теоретичних понять, вони вийшли на обґрунтування перших базових правових категорій права, таких як «особа», «річ» та моделювання на їх основі метафізичної системи права. Див у цьому плані Чичерін Б.М. [18, с.137-142]. Критику декартівського підходу в науці права та догматичних понять юриспруденції у цілому здійснив Еммануїл Кант у своїй Метафізиці права. Він був основоположником нового теоретичного напрямку в науці – суб'єктивно-ідеалістичного та критичного наукового методу. Зокрема, в юриспруденції Кант ввів базові теоретичні поняття дієздатності особи та суб'єкта права, що розкривалися у зв'язку з його поняттям категоричного імперативу, вони підривали засади тогочасного догматичного розуміння права.

¹⁴⁶За Г. Когеном, поняття юридичної реальності « дається в юридичному відношенні (= дії) і його елементах: суб'єкті, об'єкті, відношенні та правилі відношення (нормі, законі). Суб'єкт, об'єкт, відношення та правило відношення і суть артіююридичного досліді, ті логічно необхідні умови, які роблять його можливим» [6, с.216].

actio. Така категорія пояснює юридичне відношення саме як договірне зобов'язання і є абсолютно необхідною, оскільки саме вона уможливило *модельовання* системи права в рамках правової реальності. Також саме вона дає підстави розглядати *загальну теорію договору* як мета-теорію (*prior-теорію*) при інтерпретації соціального контракту в якості публічно-правового договірного зобов'язання.

Уявлення про юридичне відношення в теорії права поділяє і школа юридичного позитивізму, й історична школа права¹⁴⁷. Цілком імовірно, що на визначення цього поняття в теорії права вплинуло те, що і позиція філософів права німецької школи, і позиція юридичних позитивістів у його інтерпретації спиралася на уявлення німецької історичної школи права про систему догми римського права¹⁴⁸. В кінці XVIII – на початку XIX ст. історична школа права представила своє розуміння системи догми *римського пандектного права*, що ґрунтувалася на засадах історичного підходу в праві. Саме «Система догми сучасного римського права», створена пандектистами історичної школи права XIX ст. виступала базовою дисципліною юридичної університетської освіти після витіснення школи метафізики права. Не дивно, що і німецька школа філософії права та школа юридичного позитивізму обирали при обґрунтуванні своїх положень в якості основного догматичного аналогу позицію та методологічні підходи німецької історичної школи права. Мабуть, це певною мірою, було закономірно, але загальна традиція юридичної школи і розвитку догми права знає ще один напрям її розвитку, ґрунтований на *інституційній* системі догми римського права. Опрацювання цього напрямку було характерне для французької школи права та для німецької догматичної юриспруденції старої школи природного права. Її ж використовував і Кант у якості догматичних засад при обґрунтуванні критичним методом положень своєї метафізики права. Саме використання інституційної системи права, як догматичної основи інтерпретації, давало можливість розвитку конструктивного підходу в модельованні теоретичних засад вчення про публічно-правову природу суспільного договору і створення загальної теорії договірного зобов'язання. І саме в рамках цього

¹⁴⁷У «Догмі сучасного римського права» Д.Д. Грімма визначено структура пандектного права, що покладалася в основу тлумачення та розуміння структури юридичного відношення позитивістами та філософами права. Зокрема, загальна його частина містить такі розділи: 1) вчення про суб'єктів права; 2) вчення про об'єкти права; 3) вчення про загальні умови виникнення, зміни, переходу та припинення права; 4) вчення про захист права [19, с. 63], що відповідає поділу на елементи юридичного відношення в сучасних філософії та теорії права: суб'єкти права, об'єкти права, зміст правовідношення.

¹⁴⁸Б.О. Кістяківський, характеризуючи методологічний підхід орієнтування етики в фактах досвіду Германа Когена при створенні ним філософської системи, вважав таку спробу: «...знаменательнейшим фактом в истории науки о праве. Здесь впервые научное знание, выработанное одним из отделов юриспруденции (догма права), послужило материалом для построения части философской системы» [20, с. 237]. Однак, Коген лише наслідував при цьому підхід Канта, який використовував догматичні положення права при побудові своєї метафізики права. Але для Когена базою інтерпретації в філософії права виступала система догми пандектного права, а для Канта – система догматичної юриспруденції Вольфа, ґрунтована на інституційній системі римського класичного права.

підходу можна було говорити про категорію *actiота загальний склад* договірною зобов'язання як *апріорну* теоретичну основу визначення загального поняття договору.

Слід підкреслити, що подальше обґрунтування логічного *складу* договірною правовідношення, загалом, було характерне саме для школи позитивного права, яка керувалася формально-юридичним підходом в опрацюванні понять, на відміну від школи філософів права [21, с. 320-322]. Але представники юридичного позитивізму, поділяючи позицію догматичного підходу в праві, сформульовану представниками історичної школи права, стосовно принципової різниці в природі приватно-правових та публічно-правових відносин, відмовились від концепції загальної договірної теорії в праві, вважаючи, що договірна природа правових стосунків можлива лише для приватного права, але не для публічного¹⁴⁹. Очевидно, що вони, ґрунтуючись на емпіричному розумінні природи права, не поділяли і вчення про апріорні засади теорії науки, а, значить, і уявлення про ті її базові категорії, що використовуються при моделюванні чистої системи права. Позитивісти спиралися лише на реальні речі в теорії права і всі їх узагальнення були сформовані на основі практичного досвіду, а не уявних теоретичних побудов. Якщо якісь положення не можна було пояснити розумно з практичного боку, вони просто відкидалися, і знаходилося нове пояснення, що задовольняло догматичну позицію, — оскільки вони теж наслідували в інтерпретації пандектну модель догми римського права. Так, на засадах догми римського приватного права, створеної пандектистами історичної школи права, була опрацьована сучасна теорія позитивного приватного права, яка розроблялась окремо від концепції публічного права.

Загалом, у методологічному плані школа юридичного позитивізму бере для себе за основу формально-догматичний підхід історичної школи права у створенні правових конструкцій, хоча й акцентує увагу на теоретичних аспектах науки, яких не визнає історична школа. Позиція історичної школи права відносно метафізики вплинула на підхід позитивістів. За спорідненістю своїх світоглядних і методологічних позицій в науці, ні школа догматиків права, ні школа теоретиків позитивного права не вважали за можливе розглядати і досліджувати наукову природу ні загальної теорії договору, ні поняття суспільного договору як публічно-правового договірною зобов'язання, ні поняття універсальної системи права та її

¹⁴⁹ До уваги бралася при цьому реальна природа дійсних приватно-правових договорів, знаних ще з практики римського права. Натомість ноуменальна природа публічно-правового договору піддавалась критиці, у зв'язку з тим, що реальна практика римського права не знала такого виду договірних зобов'язань, а значить це була «теоретична вигадка» представників школи природного права, якій відмовлялося в науковій природі. Приватне право розвивалося з публічним в системі догми пандектного права, оскільки вони не могло містити спільних теоретичних понять однакової наукової природи. Система права метафізиків визнавалась ненауковою, як і їх позиція відносно загальної теорії договору та суспільного договору як правового поняття (див. у цьому плані Шершеневич Г.Ф. [4]).

базових категорій. У методологічному плані вони відмовились від конструктивного підходу метафізиків у моделюванні чистої системи права, що спирався на інституційну модель у догмі римського права. Саме він задавав цілісне уявлення про структуру системи правової реальності та обумовлював розгляд цих понять у старій школі природного права.

Відмова від теоретичних конструкцій метафізиків, як то загальне поняття договору, чи апіорна система права, призвело до відсутності сучасній теорії права уявлення про спільні для приватного та публічного права *базові категорії*, які визначають всю правову реальність. З іншого боку, заперечення теоретичного шляху, який пропонувався метафізиками у створенні загальної, спільної для публічного та приватного права теорії договору мала своїм негативним наслідком те, що в рамках приватного права до сих пір не визначено загальний формально-логічний склад і не з'ясовані філософсько-правові ознаки цивільно-правового договору, як *особливого* виду зобов'язального правовідношення, – оскільки специфіка вирішення цього завдання полягає в тому, що і з'ясування загального теоретичного складу договірної правовідношення, і пояснення його філософсько-правової природи можливе лише на базі універсальної категорії *actio* в рамках *загальної теорії договору*, де публічне договірне зобов'язання має *особливість* відносно приватного договору, однак розглядається з ним за *спільними* категоріально-понятійними конструкціями.

У підсумку можна зазначити, що питання визначення загального складу договірної зобов'язання, можливе лише в рамках загальної теорії договірної правовідношення, на сьогодні ще не є вирішеним, оскільки його розв'язання залежить від визначення статусу публічного та приватного права в рамках єдиної системи права на основі спільних базових категорій права. Відповідно до цього і позитивна роль та значення контрактної теорії в теорії права є незначною. Вона залишається в рамках статусу *історичної теорії походження держави*, визначеного її противниками, чи *соціально-правової теорії справедливості*, визначеного її новітніми прибічниками, не відіграючи в повній мірі належну їй конструктивну роль у моделюванні правової реальності.

Очевидно, що статус контрактної теорії потребує свого перегляду з огляду на її науковий потенціал. Концептуальний теоретико-методологічний напрям для цього вже було закладено в рамках наукової традиції правастарою метафізичною школою саме при формально-логічному дослідженні поняття суспільного договору. *Історична ж раціональна реконструкція*, як сучасна постмодерна методологічна стратегія, спрямована на розв'язання проблеми «несумірності значень» термінів в різних наукових школах різних періодів розвитку науки шляхом звернення до метакритерію оцінки значень цих термінів (на основі конструктивістського підходу), дає

можливість переосмислити теоретичне значення термінів «соціальний контракт» та «контрактна теорія» у фундаментально-науковому, а не суто прикладному аспекті вучасних умовах. Важливість такого дослідження для новітньої філософії та теорії права важко переоцінити.

Використані джерела:

1. Добронравова І.С., Білоус Т.М., Комар О.В. Новітня західна філософія науки. Підручник, - К.: Вид. ПАРАПАН, 2008.
2. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии. – М., 1896.
3. Гегель Георг Вильгельм Фридрих фон. Философия права. – М.: Мысль, 1990.
4. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М.: Изд. бр. Башмаковых, 1911. – Т.1.
5. Еллинек Георг. Право современного государства. Том первый. Общее учение о государстве. (Изд. второе, ред. С.И. Гессеном). – С.-Пб.: Изд. юридического книжного магазина Н.К.Мартынова, 1908.
6. Савальський В.А. Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др.. Том 1. – М.: Типография Императорского Московского Университета, 1909.
7. Фуллер Лон Л. Анатомія права. / Пер. з англ.. Н.Комарової. – К.: Сфера, 1999.
8. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002.
9. Степин В.С. Саморазвивающиеся системы и постнеклассическая рациональность // Вопросы философии. – 2003. – № 8.
10. Добронравова І.С., Білоус Т.М., Комар О.В. Новітня філософія науки: підручник для студ. філос. фак. ун-тів і аспірантів - К.: Логос, 2009.
11. Недоцук Н.А. Философия права: Конспект лекций./ Сост. Н.А. Недоцук. – М.: Эксмо, 2006.
12. Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. 2-е изд. Доп. – СПб: Юридический центр Пресс, 2003.
13. Ролз Джон. Теория справедливости./В.В.Целищев (науч. ред.); Новосибирский ун-т. – Новосибирск, 1995.
14. Дворкін Роналд. Серйозний погляд на права. / Пер. А. Фролкін. – К.: Основи, 2000.
15. Ролз Джон. Політичний лібералізм. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2000.

16. Кант Эммануил. Метафизика нравов в двух частях / Сочинения в 6-ти томах [Под общ.ред. В.Ф. Асмуса, А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана], Т.4. Ч.2. – М.: Мысль, 1965.
17. Коркунов Н.М. История философии права. Пособие к лекциям. – С.-Пб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1915.
18. Чичерин Б.Н. Политические мыслители Древнего и Нового мира. (В 2-х ч.) Выпуск 1. – М.: Типография высочайше утв. т-ва И.Д. Сытина, 1897.
19. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права / Под ред и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Издательство «Зерцало», 2003.
20. Кистяковский Б.А. Философия и социология права / Сост., примеч., указ. В.В. Сапова/. – СПб.: РХГИ, 1999.
21. Черданцев А.Ф. Толкование права и договора: Учеб.пособие для вузов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003.

Розглядаються методологічні особливості дослідження поняття суспільного договору та контрактної теорії в науково-правових школах і формулюється висновок про їх конструктивний потенціал, як теоретичних положень в науці права.

Ключові слова: суспільний договір, контрактна теорія, школа природного права, конструктивізм, загальна теорія договору, склад договірної зобов'язання.

Рассматриваются методологические особенности исследования понятия общественного договора и контрактной теории в научно-правовых школах и формулируется вывод о конструктивном потенциале этих положений для теории права.

Ключевые слова: общественный договор, контрактная теория, школа естественного права, конструктивизм, общая теория договора, состав договорного обязательства.

The methodological features of research of concept of public agreement and contract theory are examined by scientifically-legal schools and drawn conclusion about structural potential of these positions for the theory of right.

Keywords: public agreement, contract theory, school of absolute law, constructivism, general theory of agreement, composition of contractual obligation.

**Лотюк Ольга Степанівна**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**До проблеми розуміння
функцій громадянського суспільства**

Проблема розуміння функцій громадянського суспільства є надзвичайно складною. Згідно з Конституцією України людина в Україні визнається найвищою соціальною цінністю. Її права і свободи забезпечуються, з одного боку, державою, а з іншого – суспільством. Чим тісніше взаємодіють держава і суспільство, тим ефективніше здійснюється забезпечення прав і свобод людини. У методологічному розумінні категорії держава і суспільства слід розглядати як самостійні (відносно самостійними), але тісно взаємопов'язані. Якщо суспільство, як саморегулююча система, є визначальною конституантою держави, то держава має більш дієві засоби впливу на стан суспільних відносин.

Термін «функція» юридична наука запозичила з інших наук і наповнила її специфічним політико-правовим змістом.

Вперше термін «функція» був введений до наукового обігу представниками фізико-математичних наук Г.В. Лейбніцем та Й. Бернуллі та означав залежність однієї змінної величини від іншої [1, с.615].

Термін «функція» походить від французького слова *function*, що означає «виконання», «здійснення», «вчинення». У філософії під функцією розуміють явище, яке залежить від іншого явища, що змінюється залежно від зміни останнього [2, с.13-14].

У біології, соціології, етнографії, антропології та інших соціальних науках термін «функція» ототожнюється з роллю, яку виконують різні процеси та структури по підтриманню цілісності та стабільності систем, частинами яких вони є. Під функцією розуміють роль, значення чого-небудь, зобов'язання, коло діяльності [3, с.847].

В юридичній науці термін «функція» вживається для характеристики соціальної ролі держави та права [2, с.13-14].

Слід погодитись з думкою Т.Н. Радько, що термін «функція» може бути застосований до всіх динамічних структур [4, с.266].

На наш погляд, безспірним аргументом на користь необхідності дослідження проблематики функцій громадянського суспільства слід визнати тезис, який висловлений ще у 1990-х роках про те, що генеральною тенденцією в розвитку функцій сучасної держави слід вважати зростання основ саморегулювання (Л.А. Морозова, Ю.А. Тихомиров, А.Г. Хабибуллін та інші).

Функції громадянського суспільства повинні бути напряду пов'язані із цілями та задачами правової політики. Так, в умовах політичної кризи на перший план виходить функція стабілізації соціально-політичного розвитку, а в умовах загрози війни – функція по стабілізації миру та безпеки [5, с.46].

У юридичній науці під функціями громадянського суспільства розуміють однорідні напрямки діяльності його інститутів, викликані необхідністю задоволення об'єктивних потреб суспільства, окремих індивідів або їх колективних утворень [6, с.19].

Необхідно розрізняти функції держави і функції громадянського суспільства. Основні відмінності між функціями держави та громадянського суспільства полягають у тому, що держава здійснює свої функції в державних інтересах, а громадянське суспільство – в інтересах суспільства. Відповідно, розрізняються і їх цілі (задоволення державного або громадського інтересу). У порівнянні з функціями держави функції громадянського суспільства деполітизовані. Функції громадянського суспільства істотно менш формалізовані у своєму прояві.

Відмінності у функціях держави і громадянського суспільства не означають, однак, що вони не перетинаються. У функції держави входить також створення умов, необхідних для здійснення функцій громадянського суспільства. Але існує і зворотний зв'язок: суспільство має дбати про державу, про його силу і авторитет. Таким чином, існує певний базисний набір функцій держави і громадянського суспільства, який, однак, може доповнюватися завдяки появі нових напрямків діяльності. І якщо функції держави більш фундаментальні, стабільні, то функції громадянського суспільства мобільніші стосовно «обслуговування» суспільних відносин. Найбільш складні, багатоаспектні, глобальні соціальні проблеми детермінують виникнення спрямованих на їх вирішення функцій одночасно і держави, і громадянського суспільства, які можна назвати їх об'єднаними, універсальними функціями (до таких належать, наприклад, антикорупційна та антинаркотична функції).

Громадянське суспільство в таких проблемних ситуаціях може і повинно надавати допомогу державі у здійсненні його функцій і одночасно контролювати (завдяки своїй базисній функції контролю за діяльністю органів публічної влади)

здійснення відповідної функції державою, за рахунок чого забезпечується її максимальна ефективність [6, с. 19 - 20].

Функції є втіленням основних напрямів діяльності інститутів громадянського суспільства та їх впливу на суспільне життя. Найголовніші з них — наступні:

По-перше, громадянське суспільство є засобом самовиразу індивідів, їх самоорганізації і самостійної реалізації ними власних інтересів. Значну частину суспільно важливих питань громадські спілки та об'єднання розв'язують самотужки або на рівні місцевого самоврядування. Тим самим вони полегшують виконання державою її функцій, бо зменшують “тягар проблем”, які їй доводиться розв'язувати.

По-друге, інститути громадянського суспільства виступають гарантом непорушності особистих прав громадян, дають їм впевненість у своїх силах, служать опорою у їх можливому протистоянні з державою, формують “соціальний капітал” — ті невід'ємні риси особистості, завдяки яким вона стає здатною до кооперації та ефективних солідарних дій.

По-третє, інститути громадянського суспільства систематизують, впорядковують, надають урегульованості протестам і вимогам людей, які в іншому випадку могли б мати руйнівний характер і в такий спосіб створюють сприятливі умови для функціонування демократичної влади.

По-четверте, ці інститути виконують функцію захисту інтересів певної групи в її протиборстві з іншими групами інтересів. Завдяки їм кожна група отримує шанс “бути почутою на горі” владної піраміди [7].

У юридичній науці розрізняють функції громадянського суспільства і функції поняття «громадянське суспільство». Гаджиев К. С. визначає дві функції поняття «громадянське суспільство»: теоретико-аналітичну і нормативну [8, с.220].

У першому розумінні це поняття використовується як теоретична категорія для аналізу й пояснення явищ реальної дійсності і свідчить, що громадянське суспільство – агреговане поняття, котре позначає специфічну сутність суспільних комунікацій, соціальних зв'язків, інститутів і цінностей. Головними суб'єктами такого суспільства є: громадянин зі своїми громадянськими правами і громадські (неполітичні й недержавні) організації-асоціації, об'єднання, рухи і громадські інститути. Щодо нормативної функції поняття громадянського суспільства, то вона слугує як концепція, що сприяє мотивації і мобілізації громадян та інших соціальних суб'єктів на розвиток різної за змістом і формою громадянської активності. Ця функція набуває особливого значення в суспільствах, що перебувають у стані трансформації. Успішне функціонування громадянського суспільства можливе лише за умов вільного розвитку індивідів та їх асоціацій, децентралізації влади й передачі значної

частини владних повноважень органам самоврядування, захист інтересів громадянського суспільства правовою державою.

На думку С. Рябова функції громадянського суспільства можна визначити, як: формування кількох групових інтересів із множини розрізнених індивідуальних, презентація цих інтересів перед державою [9, с.202]. Тобто через узагальнення розрізнених суспільних інтересів - до забезпечення існування окремого громадянина. Зокрема, в цю загальну формулу вписуються окремі функції: соціалізація особи, формування групових інтересів та їх просування через асоціації та їх діяльність, забезпечення суспільної активності громадян через залучення до діяльності асоціацій, створення умов для такої активності через відстоювання громадянських прав та свобод і обмеження таким чином втручання держави.

У взаємодії громадянського суспільства і держави можуть існувати два напрями: по-перше, держава є і залишається функцією громадянського суспільства. До цього напрямку належать і теорії переважаючої ролі держави, рівного партнерства через «суспільний договір». По-друге, держава носить тимчасовий характер. Утвердження в теорії постулату про швидке відмирання держави з поступовою заміною її суспільним самоуправлінням призвело б до повного знищення громадянського суспільства. Кожна з цих теорій має свої переваги та недоліки. Протиставлення держави громадянському суспільству призводить до виникнення негативних факторів, які знаходять своє виявлення в тому, що держава та громадянське суспільство перебувають в постійному процесі боротьби.

Узгодження інтересів громадян і суспільства, їх гармонізація є визначальною умовою формування громадянського суспільства. Держава має сформулювати таке правове поле, яке б містило гарантії для забезпечення рівних можливостей ІГС у здійсненні їх основної діяльності щодо захисту прав і свобод людини, а також у сфері надання соціальних послуг. При цьому принцип надання рівних можливостей повинен забезпечуватися шляхом створення прозорого механізму конкуренції.

З метою підвищення ефективності взаємодії органів влади з ІГС, розвитку партнерських відносин доцільно активно використовувати як вже закріплені в чинному законодавстві України форми взаємодії, так і перевірені вітчизняним і міжнародним досвідом, такі форми взаємодії: як підтримка діяльності різних за спрямуванням громадських організацій; створення асоційованих структур (державногромадські фонди, асоціації, партнерства), які мають визначене коло завдань і створюються за принципом цільового підходу для їх досягнення та вирішення; створення різних спільних консультативно-дорадчих органів, експертних рад, комісій, груп тощо.

Проблема сутності і тенденцій розвитку громадянського суспільства надзвичайно актуальна, вона невіддільна від питань реформування суспільного життя в Україні. Адже наша держава пройшла складний шлях історичного розвитку. Тривала провінційна роль України, відсутність розвитку її державності стали причиною слабого розвитку громадянського суспільства та його теорії. Тому проблема становлення громадянського суспільства безпосередньо пов'язана з необхідністю розбудови державності, оскільки вдосконалення суспільства і держави є необхідною умовою демократичного розвитку країни.

Основними шляхами побудови громадянського суспільства в Україні може виступати: розширення масової бази влади, підвищення політичної культури населення, створення нових можливостей участі громадян в управлінні державними і суспільними справами; активізація процесу роздержавлення усіх сфер суспільного життя, формування інститутів громадянського суспільства як ринкового, так і неринкового характеру - благодійні фонди, споживчі товариства, клуби за інтересами, товариства, асоціації тощо, а також розвиток різних форм громадського самоврядування і самодіяльності; постійне удосконалення контрольних механізмів; максимальне розширення сфери судового захисту прав і свобод людини; зміцнення свободи інформації, відкритості суспільства; піднесення рівня суспільної свідомості, подолання явищ соціальної пасивності, оскільки справа не тільки в наявності демократичних установ і процедур та інформованості населення, але й в спроможності жити в умовах демократії, користуватися її благами, в готовності до постійного удосконалення політичної системи відповідно до змін конкретно-історичних умов. Іншими словами, має відбутися максимальне роздержавлення усіх сфер суспільного життя. Проте це роздержавлення зовсім не означає повної відмови від державного, в межах закону, регулювання соціального життя.

Функціональна характеристика вказує на роль громадянського суспільства у суспільній системі, на те, чому його розглядають як опору демократії і як вияв свободи. Але громадянське суспільство не зможе повноцінно виконувати названі функції, якщо в відсутній бодай один з найголовніших його атрибутів, до яких слід віднести:

1. наявність публічного простору, засобів і центрів комунікації, наслідком чого є формування сфери громадського (цивільного) життя і громадської думки;
2. організоване громадське (публічне) життя вільних і рівних індивідів, чий права захищені конституцією та законами;
3. незалежні від держави, добровільні асоціації, автономність яких усвідомлена на індивідуальному і колективному рівні;

4. зорієнтована на громадські інтереси та публічну політику діяльність, наслідком якої є кооперація та солідарність між людьми, спілкування на засадах взаємної довіри і співробітництва.

Аналізуючи викладене, слід визнати, що всі названі функції громадянського суспільства мають право на існування. Однак функціями громадянського суспільства стосовно до умов України є: участь громадян у правотворчій (нормотворчій) діяльності; контроль державної влади з боку інститутів громадянського суспільства; участь у здійсненні державної політичної влади; підтримання державної політичної влади або протидія їй; виховна та освітня функції; охорони здоров'я та відтворення населення; охорона навколишнього природного середовища; взаємне стримування громадян та їх об'єднань від правопорушень; правова активність при реалізації власних прав, свобод і законних інтересів; формування зацікавленості державної політичної влади в реалізації свого правового статусу.

Участь громадян у правотворчій та нормотворчій діяльності пов'язана з виданням недержавними структурами актів, що відносяться безпосередньо до їх діяльності, наприклад регламентують порядок їх утворення, цілі, завдання, функції, взаємовідносини з державними органами влади тощо. При цьому будь-яка нормотворча діяльність інститутів громадянського суспільства не повинна суперечити Конституції України і здійснюватися в точній відповідності з нею.

Контрольна функція громадянського суспільства за державною політичною владою і окремими елементами громадянського суспільства в сучасних умовах практично не реалізується через недостатньо розвинені інститути громадянського суспільства. Раніше мали місце механізми громадського контролю, наприклад, існувала в часи радянського періоду система народного контролю. У цьому плані видається дуже важливим актуалізація так званих журналістських і депутатських розслідувань. В умовах розвиненого громадянського суспільства ця його функція є однією із основних.

Участь у здійсненні державної політичної влади проявляється, насамперед, у виборах органів місцевого самоврядування, вирішенні загальнодержавних завдань шляхом проведення референдуму тощо.

Підтримка державної влади або протидія їй виражається або в схваленні проведеного державою політичного курсу (реформ), або, навпаки, в актах громадської непокори.

Надання матеріальної підтримки (допомоги) державної політичної влади (благодійна діяльність громадських фондів, приватних фірм, спонсорство).

Виховна та освітня функції проявляються в сімейному вихованні та освіті, а також в процесі навчання в недержавних комерційних навчальних закладах. Тому

зазначена функція забезпечує виховання, високу кваліфікацію, грамотність фахівців - учасників громадської діяльності. Функція охорони здоров'я та відтворення населення виражається в створенні і діяльності недержавних медичних установ і соціальних служб, наданні сприяння інститутів громадянського суспільства соціальних послуг, охорони материнства і дитинства, батьківства. Екологічна функція громадянського суспільства проявляється в участі громадських інститутів (органів місцевого самоврядування та громадських об'єднань) у реалізації державних екологічних програм, створення екологічних фондів, їх співпраці з міжнародними неурядовими екологічними організаціями, рухами тощо.

Взаємне стримування громадян та їх об'єднань від правопорушень пов'язано із створенням народних дружин та інших добровільних громадських об'єднань громадян з метою профілактики правопорушень тощо.

Правова активність при реалізації власних прав, свобод і законних інтересів виражається у створенні правозахисних громадських об'єднань, напрямку колективних та індивідуальних звернень до органів державної влади та органи місцевого самоврядування тощо.

Отже, громадянське суспільство здійснює свої функції в інтересах суспільства. Метою здійснення функцій громадянського суспільства є задоволення громадського інтересу. Існує певний базисний набір функцій громадянського суспільства, який, однак, може доповнюватися завдяки появі нових соціальних потреб.

Використані джерела:

1. Математический энциклопедический словарь / Гл. ред. Ю.В.Прохоров; Ред. кол.: С.И.Адян, Н.С.Бахвалов, В.И.Битюцков и др. - М.: Сов. энциклопедия, 1988. - 847 с.
2. Куксин И.Н. Матвеев П.А. Теоретические основы классификации функций права // Юридическая наука. – 2012. - № 12. – С. 13-18.
3. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / под ред. С.И. Ожегова, Н.Ю. Шведовой. – М.: АТемп, 2007. – 944 с.
4. Общая теория права: курс лекций / под ред. В.К. Бабаева. – Н. Новгород: Изд-во Нижегород. ВШ МВД РФ, 1993. – 544 с.
5. Струсь К.А. Функции правовой политики в сфере формирования гражданского общества. // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки. – 2009. - № 4(12). – С. 46-55.
6. Кипселиди, Ю.Г. Антинаркотическая функция российского государства и гражданского общества: вопросы теории и практики: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. 12.00.01 - Теория и история

права и государства; история учений о праве и государстве /Ю. Г. Кипселиди; науч. рук. Н. Н. Вопленко. -Волгоград,2012. -38 с.

7. Розвиток громадянського суспільства // <http://political-studies.com/?p=166>.

8. Гурицька М.С. Громадянське суспільство: теорія і практика. – Вісник Сев, ДТУ. Вип. 91. Політологія. Зб. Наук., пр.. – Севастополь: Вид-во Сев. НТУ, 2008 р. – С. 219-222.

9. Політологічна теорія держави [Текст]: учебное пособие / С. Рябов. До проблеми визначення поняття «громадянське суспільство». // А. Колодій, Л. Климаська, Я. Космина, В. Харченко.– [2-е вид., перероб. та доп.]. - К.: Ельга, Ніка – Центр, 2003.– 664 с.

10. Калашников С.В. Конституционные основы формирования гражданского общества в Российской Федерации: Дис.... докт. юрид. наук. М., 2001. – 447 с.

У даній статті аналізується поняття «функція», розглядаються поняття та види функцій громадянського суспільства в науці, розмежовуються поняття функцій громадянського суспільства і держави.

Ключові слова: інститути громадянського суспільства, функції громадянського суспільства, функції держави, громадянське суспільство, держава.

В данной статье анализируется понятие «функция», рассматриваются понятие та виды функций гражданского общества в науке, разграничиваются понятия функций гражданского общества и государства.

Ключевые слова: институты гражданского общества, функции гражданского общества, функции государства, гражданское общество, государство.

This article analyzes the concept of "function", discusses the concept of types of functions that civil society in science, the notion of differentiated functions of civil society and the state.

Keywords: civil society, civil society functions, functions of the state, civil society and the state.

**Кулініч Ольга Олексіївна**

кандидат юридичних наук,
докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

**Договір про надання дозволу на використання
фотографічного твору з зображенням фізичної особи**

Постановка проблеми. Фотографічні твори зі стрімким розвитком рівня науки і техніки набувають все більшої популярності завдяки простоті їх створення та розповсюдження. Фотографії використовуються в різноманітних сферах життєдіяльності людини, зокрема в засобах масової інформації, наукових дослідженнях, підприємницькій діяльності. Вони розглядаються як джерело інформації, об'єкт авторського права, об'єкт персональних даних, особисті папери тощо. Одним з важливих напрямків у дослідженні порядку та умов використання фотографічних творів є визначення умов договірної використання фотографічних творів, що містять зображення фізичних осіб.

Стан дослідження. У науковій літературі досить тривалий період часу проводяться дослідження, присвячені визначенню фотографічного твору, умовам та видам договору про розпорядження авторськими правами на фотографічний твір, зокрема такими вченими, як: В. Колосов, С. Мазуренко, В. Мікрюков, П. Погуляєв, Т. Романченко, С. Сліпченко та ін. Необхідно звернути увагу, що окрім згоди автора фотографічного твору, вимагається одержання згоди і у зображеної особи, тому доцільним є звернення уваги на умови договору про надання дозволу на використання фотографічного твору особою, що зображена на ньому.

Метою даної статі є визначення умов договору про використання фотографічного твору з зображенням фізичної особи.

Виклад основного матеріалу. Цивільне законодавство визначає підстави для вільного використання фотографій із зображеними на них фізичними особами (як правило, таке використання здійснюється в державних або суспільних інтересах) і закріплює необхідність отримання згоди для їх використання з комерційною метою. Залишаючи поза межами дослідження питання передання авторських прав на фотографічний твір, зосередимо увагу на визначенні умов договору про надання дозволу на використання зображення фізичної особи.

Статтею 308 Цивільного кодексу України [1] (далі – ЦК України) передбачено обов'язок отримання згоди зображеної особи на використання фотографічного твору.

Відповідні вказівки на необхідність укладання договору містяться в Законі України «Про рекламу»[2] (ч.1 ст.8 –у письмовій формі), «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг»[3] (ч.4 ст.6 не містить вказівки на форму згоди).

Отже, форма згоди в законодавстві не визначена, хоча вона має істотне значення. Для усунення сумніву щодо волевиявлення зображеної особи необхідно ввести в текст закону письмову форму згоди зображеної особи [4, с. 218]. До моменту внесення змін до відповідної статті ЦК України, з метою виключення сумнівів у самому факті згоди і у визначенні обсягу дозволеного використання зображення, рекомендується фізичним особам видавати, а зацікавленим особам - отримувати згоду на використання фотографічних і інших зображень у письмовій формі [5, с. 42-46].

Гарантія, передбачена зазначеною статтею ЦК України є способом захисту права фізичної особи на індивідуальність, а також права на недоторканість особистого (сімейного) життя [6, с.326]. На погляд С. Сліпченко [7, с.112-113], згода на використання фотографічних творів повинна розглядатися як двосторонній правочин, тобто договір, а саме: договір про надання права на використання зображення (опублікування, публічний показ, відтворення, розповсюдження). При цьому на такий договір розповсюджується правило про дійсність правочинів тощо.

Договір може бути укладений не тільки при виготовленні зображення, але й після першого неправомірного використання створеного зображення фізичної особи [8, с.14].

Насамперед, у договорі необхідно визначити предмет договору – права на примірник фотографічного твору (чи фотографічних творів) із зображенням фізичної особи й будь-яку їх складову частину. Екземпляри й першоджерела фотографічного твору у відповідному форматі (цифрові файли, фрагменти плівок тощо) додаються до примірника договору.

При цьому необхідно вирішити питання щодо недоторканості зображення фізичної особи. Зокрема, можливості зміни фотографій (переробки) за допомогою їх обробки різними програмами, масштабу використання, створення на їх основі похідних творів (шаржів, коміксів, малюнків) та інші питання, пов'язані з формою подання зображеної особи, тобто з правом на недоторканність його образу.

Представляється необхідним вказати способи використання фотографічного твору (шляхом друку рекламних оголошень, розміщення в рекламних каталогах, нанесення на упаковку товарів, включення зображення як елементу знаку для товарів та послуг, показу в засобах масової інформації тощо) і мети використання (реклама певного роду товарів і послуг, соціальна реклама та інше). При цьому допустимим є

як зазначення вичерпного переліку способів та цілей використання, так і заборони на використання певними способами або з певною метою.

Як звертає увагу В. А. Мікрюков, якщо у згоді громадянина присутнє якесь уточнення за обсягом, формою, цілями і іншими параметрам використання зображення (або такі обмеження прямо впливають із запитання, у відповідь на яке надавалося згода), повинна презюмуватися відсутність згоди в решті частини. Однак якщо згода зображеної особи запитувалася та надавалася в абстрактній (загальній) формі, то, всупереч думці деяких юристів, слід вважати дозволеним будь-яке використання зображення, що не порушує інших прав і законних інтересів фізичних осіб, а не тільки вкладається в чітко не встановлені рамки, які відповідали фактичній ситуації [9, с. 47-51].

Важливою умовою в договорі є визначення територіальних меж використання зображення, а також обмеження такого використання певними часовими рамками. Територія використання фотографічного твору з зображенням фізичної особи може обмежуватися кордонами певної країни або не мати територіальних обмежень з використання. Враховуючи новітні цифрові способи відтворення та передання інформації, слід визначити, що можлива випадкова фіксація та розповсюдження фотографічного твору третіми особами не буде вважатися порушенням. У певних випадках зображення фізичної особи опосередковано може бути відтворено за межами певної країни, що не буде вважатися порушенням умов договору. Наприклад, зовнішня реклама з зображенням фізичної особи випадково може потрапити до телевізійного репортажу, фотографічного репортажу, кадру аудіовізуального твору тощо. У випадку розповсюдження такого твору через мережу Інтернет, прослідкувати розповсюдження фотографічного твору досить складно.

Поширеними для договірної практики зарубіжних країн є певні обмеження особистих немайнових прав. Можливі обмеження для осіб, зображених на фотографіях щодо заборони зміни іміджу під час дії договору (наприклад, на час проведення певної рекламної кампанії). Крім цього, обмеження, пов'язані з неможливістю публічного вживання чи використання товарів або послуг конкурентів. Такі умови договору цілком зрозумілі, а їх наявність в договорі пояснюється необхідністю проведення ефективної рекламної кампанії і прагненням збільшити рівень продажів завдяки участі в рекламі певної публічної особи. Більш того, за порушення даних пунктів договору можуть встановлюватися штрафні санкції.

Необхідно звернути увагу в договорі на можливість надання права використання фотографій із зображенням людини третім особам. Причому ця можливість повинна бути обговорена відносно обох сторін: як зображеної людини, так і суб'єкта, який

отримав права на використання зображення. Щодо самої фізичної особи у договорі може бути встановлено заборону на прийняття участі у рекламних компаніях інших виробників товарів чи осіб, що надають послуги. Суб'єкт, який отримав право на використання зображення фізичної особи, може бути обмежений у можливості надання дозволу на використання зображення третіми особами.

Інша умова договору – розмір винагороди (оплата за використання фотографічного твору з зображенням фізичної особи) з урахуванням зарубіжної практики, може бути різним і залежить від ступеня популярності фізичної особи, її статусу в суспільстві. Винагорода може сплачуватися одноразово або частинами, залежно від розміру прибутку від використання фотографічного твору за певний період.

Важливим при укладанні договору є визначення умов його зміни, припинення та встановлення відповідальності за неналежне виконання договору.

Враховуючи, що частиною 2 ст. 308 ЦК України передбачається, що фізична особа, яка позувала авторові фотографії, іншого художнього твору за плату, а після її смерті - її діти та вдова (вдівець), батьки, брати та сестри можуть вимагати припинення публічного показу, відтворення чи розповсюдження фотографії, іншого художнього твору, у договорі необхідно визначити розміри і порядок компенсації шкоди, завданої прийняттям рішення про відкликання дозволу на використання представленої фотографії. Враховуючи, що на практиці досить важко вирахувати всі витрати, пов'язані з підготовкою до використання або використанням фотографічного зображення, доцільно вказати розмір штрафу.

Характерним прикладом цього положення може слугувати випадок, коли фотографом була підготовлена виставка, окремі з фотографій якої фіксують зображення фізичної особи та публічно представлені за попереднім погодженням з нею. У випадках, коли особа за будь-яких причин не хоче, щоб фотографії з її зображенням були частиною виставки, вона може вимагати припинення їх публічного показу. Безперечно, сам процес демонтажу відзнятого матеріалу чи виставки є доволі тривалим та працемістким. У зв'язку з цим, з метою захисту майнових інтересів особи, яка проводила відповідні зйомки законодавець наділяє особу, що організувала такий публічний показ правом вимагати відшкодування усіх витрат, що пов'язані з демонтажем запису чи виставки [10, с. 500-501]. При цьому, як звертає увагу В.М. Ляшко таке положення створить несприятливі умови для роботи для журналістів, фотографів, спеціалістів у галузі реклами тощо. Таку норму буде важко застосувати на практиці, бо в законі не передбачена процедура реалізації вимоги щодо припинення публічного показу чи відкликання згоди та відшкодування понесених при цьому матеріальних збитків. У випадку, якщо вимога про припинення

публічного показу, відтворення чи розповсюдження фотографії, іншого художнього твору буде заявлена особою, що позувала автору за плату, чи її родичами (після смерті), то у розмір збитків необхідно включати неотримані доходи, розмір яких у більшості випадків визначити досить складно [4, с.217-218]. На наш погляд, достатньо звернутися з заявою про відзив згоди на показ (у письмовому вигляді) до суб'єкта, що здійснює публічний показ твору. У випадку виникнення спору всі питання вирішуються у судовому порядку чи за допомогою інших альтернативних способів вирішення спорів. При цьому, при укладенні угоди на публічний показ фотографічного чи іншого художнього твору з зображенням фізичної особи доцільно чітко визначати санкції на випадок відкликання згоди.

Доцільно виробити певні критерії для визначення розміру компенсації, що може бути заявлена особою, яка організувала, наприклад, публічний показ твору. При визначенні розміру компенсації слід враховувати наступне. По-перше, це витрати, які понесла особа у зв'язку з виготовленням представленого примірника фотографічного твору. По-друге, слід визначити значення та місце спірного фотографічного твору у всій виставці. Необхідно з'ясувати його ідейне значення у виставці, тобто, якщо представлений фотографічний твір серед інших є ідейною концепцією та без нього виставка втрачає свою цінність, актуальність, то у такому випадку розмір компенсації є більшим, ніж у випадку, коли припинення показу фотографічного твору ніяким чином не вплине на художнє значення всієї виставки та її ідейний зміст. По-третє, слід також враховувати кількість фотографічних творів з зображенням фізичної особи, припинення публічного показу яких вимагається. Адже для створення кожного з них фотографом була витрачена певна кількість часу, докладено творчих зусиль на втілення свого задуму. Видається доцільним, як і у авторському праві закріпити у чинному законодавстві розмір компенсації, що може заявлятися особами у зв'язку з припиненням публічного показу художніх творів взагалі та фотографічних творів зокрема особами, які на них зображені. При цьому, також як і в авторському праві, компенсація шкоди повинна бути альтернативним засобом захисту відшкодуванню завданої шкоди.

Розробка типового договору з урахуванням зазначених основних умов допоможе частково уникнути суперечок при виконанні договору про використання фотографічного твору із зображенням фізичної особи.

Висновки. При використанні використання фотографічного твору з зображенням фізичної особи доцільно укласти договір про надання дозволу на таке використання у письмовій формі. Необхідно звернути увагу на визначення у договорі умов про способи та мету використання, можливість внесення змін у фотографічне зображення, територію та часові межі його використання, можливість передачі прав

іншим особам, розмір винагороди, тощо. Важливим є визначення мір відповідальності за дострокове розірвання договору та вимог про припинення публічного показу фотографічного твору з зображенням фізичної особи. Звернення уваги на зазначені умови частково дозволить уникнути конфліктів та непорозумінь на етапі виконання договору.

Використані джерела:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
2. Про рекламу: Закон України від 03.07.1996 р. № 270/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 39 від 24.09.96 р. – Ст. 181.
3. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993 р. № 3689-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7 від 15.02.94 р.
4. Ляшко В.М. Умови здійснення реалізації права суб'єкта на зображення / В. М. Ляшко // Молодь у юридичній науці: збірник тез Міжнародної наукової конференції молодих учених „П'яті осінні юридичні читання” (27-28 жовтня 2006 року, м. Хмельницький): У 5-ти частинах: Частина третя: „Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право”. Підтом 1. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2006. – С. 216-219.
5. Микрюков В. А. О форме согласия гражданина на обнародование и дальнейшее использование его изображения / В. А. Микрюков // Законодательство и экономика. – 2013. – № 2. – С. 42-46.
6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. [текст] Станом на 1 травня 2012 р. / За заг. ред. В. В. Богатиря. – К.: «Центр учбової літератури», 2012. – 1024 с.
7. Сліпченко С. Надання згоди фізичною особою, що зображена на фотографії, як юридичний факт за ЦК України / С. Сліпченко // Право України. – 2008. – № 3. – С. 110-114.
8. Бычков А. Использование налицо / А. Бычков // ЭЖ-Юрист. – 2013. – № 5. – С. 14.
9. Микрюков В.А. О дифференцированном согласии гражданина на обнародование и использование его собственного изображения // Право и экономика. Документы. Комментарии. – 2013. – № 2 (300). – С. 47-51.
10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / [Кузнєцова Н. С., Дзера І. О., Коссак В. М.]; за відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. – 4-е вид., перероб. і доп. – Т.І. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – 808 с.

Стаття присвячена дослідженню договору про надання дозволу на використання фотографічного твору з зображенням фізичної особи. Звертається увага на недосконалість цивільного законодавства з питання визначення форми такого договору. Обґрунтовується доцільність запровадження письмової форми. Визначається предмет договору. Аналізуються умови договору. Розглядаються предмет договору, способи та мета використання зображення, територіальні та часові межі дії договору, можливість передавання права на використання іншим особам, розмір винагороди. Звертається увага на можливість обмеження особистих немайнових прав фізичних осіб на час дії договору. Висвітлюються окремі аспекти дострокового розірвання дії договору.

Ключові слова: фотографічний твір, зображення, фізична особа, договір, умови договору.

Статья посвящена исследованию договора о предоставлении разрешения на использование фотографического произведения с изображением физического лица. Обращается внимание на несовершенство гражданского законодательства по вопросу определения формы такого договора. Обосновывается целесообразность внедрения письменной формы. Определяется предмет договора. Анализируются условия договора. Рассматриваются предмет договора, способы и цели использования изображения, территориальные и временные границы действия договора, возможность передачи права на использование иным лицам, размер вознаграждения. Обращается внимание на возможность ограничения личных неимущественных прав физических лиц на время действия договора. Освещаются отдельные аспекты досрочного расторжения действия договора.

Ключевые слова: фотографическое произведение, изображение, физическое лицо, договор, условия договора.

The article is devoted to the research of an agreement for permission to use photographic works featuring an individual. Attention is drawn to the imperfections of civil legislation, concerning the definition of the form of such contract. The appropriateness of the written form of the contract is substantiated. The subject of a contract is determined. The terms of an agreement are analyzed. The methods and the intended use of the image, territorial and temporal scope of the contract, the possibility of transfer of right to use to others, the remuneration are distinguished. Attention is drawn to the possibility of limiting the moral rights of individuals for the duration of the contract. Some aspects of preterm termination of the contract are revealed.

Keywords: photographic work, image, an individual, contract, the terms of the contract.

*Комзюк Віктор Леонідович*

Стажер ЮК «Астерс»

Актуальні проблеми імплементації Директиви 2008/122/ЄС "Про захист прав споживачів у зв'язку з деякими аспектами таймшеру, довгострокових відпусток, перепродажу та обміну прав"

Постановка проблеми. Удосконалення правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних з використанням таймшеру, набуває дедалі більшого значення для примноження туристичного потенціалу України і забезпечення подальшого сталого соціально-економічного і культурного розвитку нашої країни. У цьому контексті, а також враховуючи проблеми адаптації національного законодавства до правової системи ЄС, надзвичайно актуальним є вивчення організаційно-правових аспектів передового зарубіжного досвіду врегулювання відносин таймшеру.

Стан наукової розробки проблеми. У вітчизняній юридичній літературі відсутні наукові праці, присвячені досліджуваній темі. Тому, висвітлюючи деякі аспекти цієї проблеми у своїй статті в науково-популярному журналі "Український юрист"[1], автор звертався до зарубіжних публікацій. Вони також становлять теоретичну основу цього дослідження.

Метою цієї статті є з'ясування можливих шляхів правового врегулювання в Україні відносин у сфері таймшеру шляхом запозичення відповідного європейського досвіду.

Відповідно до п.1(а) ст. 1 Директиви 2008/122/ЄС «Про захист прав споживачів у зв'язку з деякими аспектами таймшеру, довгострокових відпусток, перепродажу та обміну прав» [2] (далі - Директива) договір таймшеру – угода тривалістю не менше року, в якій покупець, на власний вибір, набуває право використання однієї або більше ночівлі протягом одного або більше періоду користування. Якщо тлумачити законодавче визначення розширено, то договір таймшеру (далі – таймшер) надає покупцям (а) право на отримання у власність майнового права на використання нерухомого майна, правомочності власника щодо якого (права) можна використовувати у повному обсязі (володіння, користування, розпорядження), або (б) отримання права власності у спільній сумісній власності. Важливим, проте, є дотримання певних регулятивних положень, що містяться, як правило, у договорі. Самим майном власник розпоряджатися не може. Власне таймшер є майновим правом, яке може бути об'єктом цивільного обороту (передаватися у власність, бути

об'єктом накладення стягнення і т.п.). Така правова конструкція є не зовсім типовою для вітчизняного законодавства.

Виникнення відносин таймшеру припадає на 1960-ті роки. Після II світової війни постала необхідність організації недорогого відпочинку. Вперше кондомініуми, які використовувалися на основі таймшеру, виникли у Сполученому Королівстві у варіанті $\frac{1}{4}$ - одним житловим об'єктом користувалися чотири сім'ї по сезону. Щороку відбувалася ротація сезонів – особа, що користувалася об'єктом весною, на наступний рік отримувала право користування літом і т.д. [3].

Відносини такого типу є передумовою виникнення сучасних відносин, які прийнято вважати за таймшер. В свою чергу, вони мають деякі відмінності: (а) всі сторони такої угоди є співвласниками майна, тобто майно перебуває у їхній спільній сумісній власності, при цьому, правомочності щодо користування майном є обмеженими, оскільки (б) використовуватися майно повинне у порядку черговості; (в) виділення частки без розірвання відносин таймшеру між усіма учасниками не можливе, оскільки це суперечить правовій природі такого договору; (г) договором таймшеру між співвласниками можуть бути передбачені додаткові умови, наприклад, умови приєднання третіх осіб до договору, оскільки на відносини такого типу не розповсюджується сучасне законодавство про таймшер, про захист прав споживачів та про туризм, оскільки немає відносин купівлі-продажу та укладенню угоди таймшеру передують відносини власності на визначений об'єкт нерухомості.

Зазначений тип відносин є надзвичайно актуальним, хоча його масова частка є порівняно невеликою. Базуються такі відносини насамперед на довірі між учасниками, оскільки майно, що повинне використовуватися, є спільним. Для прикладу, особа, що є власником нерухомого майна, може запропонувати своїм родичам/близьким використовувати її майно на умовах таймшеру. Для цього, насамперед, потрібно зробити інших осіб співвласниками майна, і лише потім укласти договір таймшеру.

Наступним етапом розвитку таймшеру було володіння приблизно 1/50, коли кожна особа використовувала об'єкт близько 2х тижнів, а ротація відбувалася по складнішим схемам, які визначалися договором. По суті, відбулося розширення суб'єктного і об'єктного складу відносин та зміна правового титулу. Об'єкти нерухомості перебували в власності підприємців, які забезпечували утримання об'єктів та прийом гостей. В свою чергу, клієнти купляли майнове право користуватися нерухомістю у порядку черговості [4].

Принципова відмінність такого типу таймшеру, який, по суті, є основним і дотепер, полягає у тому, що (а) це особливі відносини купівлі-продажу права; (б) вони підпадають під регулювання законодавства про туризм та про захист прав

споживачів; (в) існує спеціальне законодавства (директиви ЄС та локальні акти) щодо регулювання таймшеру.

На сучасному етапі функціонують т.з. таймер-клуби, які надають можливість своїм учасникам використовувати об'єкти нерухомості по всьому світу, включаючи як курорти (напр. побережжя Гоа, гірськолижні курорти в Альпах), історичні центри (Прага, Відень) так і нерухомість в бізнес-столицях (Лондон, Токіо). Тобто особа отримує можливість використовувати нерухомість не лише для відпочинку, а й для інших цілей. Договором, як правило, передбачається один з двох основних типів відображення права – тижні (фіксовані і нефіксовані) і бали.

Для правильного розуміння суті таймшеру варто поділити договір таймшеру на два підвиди: з посередництвом туроператора та без. Випадок без посередництва значно простіший – чітко визначене у договорі коло осіб та перелік майна. У разі необхідності, співвласники можуть його (майно) відчужити, або будь-яким іншим чином вплинути не лише на правову, а й на матеріальну долю майна. У договорах із турагентом обидві сторони мають обмежені правомочності щодо розпорядження майном: покупець взагалі не розпоряджається майном, а лише його використовує; туроператор може відчужувати лише у випадку, якщо це прямо передбачено договором між ними.

У випадку "купівлі тижнів" особа, за визначену плату, отримує один із трьох варіантів: червоний(I), синій(II) чи зелений(III) тиждень (назви можуть відрізнятися). Кожний об'єкт нерухомості має свою "ціну". Наприклад, тиждень проживання в Лондоні коштує 1 червоний тиждень, 2 синіх або 4 зелених. Особа на власний розсуд купляє певну кількість і вид тижнів на рік протягом всього часу тривалості договору. Фіксовані тижні означають, що особа кожен рік має, для прикладу, тиждень 4 – останній тиждень січня. Тобто можна використовувати нерухомість, але тільки 1, чітко визначений тиждень на рік. Такий варіант не притаманний клубам, а є більш типовим для одиничних об'єктів. При нефіксованих тижнях, особа, на власний розсуд, визначає коли використати своє право. Також є варіант з ротацією, коли кожен наступний рік не можна використовувати той тиждень, який вже був [5].

Використання системи балів є досконалішим, оскільки особа купляє певні бали (умовні одиниці), використання яких є гнучкішим (кращі можливості сезонних, групових скидок, вибору не "стандартної тривалості" (7/14 днів), а довільної (напр. 3/10) і т.п.). Відповідно, всі об'єкти мають свою вартість, визначену у балах. У обох випадках, покупець вносить визначену у договорі суму коштів, а отримує право користування. Чим більше у компанії (клуба) нерухомості, тим ефективніша така система, оскільки навіть при невеликій кількості балів, особа, при необхідності, може розділити свій відпочинок на декілька частин.

Особливістю таймшеру є абонентські платежі. Для прикладу, особа "має у власності" 1 синій тиждень/100 балів. Договором встановлена річна абонентська плата у сумі 100 у.о. за 1 зелений тиждень/50 балів, отже власник зобов'язаний щорічно сплачувати 200 у.о. Це забезпечує утримання об'єктів у належному стані та, як правило, хороший сервіс. Право на використання такого права користування може бути передано на будь-якій основі третім особам (за договором, заповітом, рішенням суду і т.п.). Договором між сторонами можуть бути встановлені особливості передачі відчуження права користування (напр. переважне право клубу/учасників клубу викупити частку), але імперативної вказівки щодо наявності таких правил немає і, як правило, вони є недоцільними, оскільки можуть стримувати ріст ліквідності [6]

Відносини таймшеру не врегульовані українським законодавством. Вітчизняний НПА – ЗУ "Про туризм" не містить визначень чи категорій, у яких розкривалося б поняття туризму. По суті, таймшер вітчизняним законодавством не вважається туризмом, а отже, не підлягає під ліцензування діяльності турагентів. Такий підхід не наносить значної шкоди незначним довірчим відносинам, коли фізичні особи використовують один об'єкт за власними домовленостями і є його співвласниками, але у випадку виникнення конфліктів, адекватне застосування судового захисту неможливе. Щодо існування таймшеру як туристичної індустрії, то в Україні це, по суті, неможливо. Це означає: (а) в Україні відсутня можливість створення юридичної особи-туроператора, яка могла б забезпечити баланс прав покупця і продавця; (б) іноземні туроператори не можуть в свою мережу включати об'єкти нерухомості, що розміщені на території України.

Однією із найважливіших проблем є відсутність нормативного врегулювання відносин таймшеру, оскільки для зайняття такою діяльністю необхідно отримувати туристичну ліцензію, що, наразі, не є можливим. Особливо уразливими у цьому контексті є покупці, оскільки адекватне застосування ЗУ "Про захист прав споживачів" для захисту порушених прав неможливе.

Сертифікат, що посвідчує участь особи у таймшер клубі, не відноситься до цінних паперів, і, при виникненні проблемних ситуацій, у судовому порядку дуже важко відстоювати своє право на повернення коштів, компенсації і т.п. Все це відкриває великий простір для недобросовісної поведінки продавця, що, врешті-решт, породжує загальну недовіру таймшеру. Наразі, на пострадянському просторі, панує тотальне недовіра до такої системи відпочинку, оскільки існує багато прецедентів, у яких осіб обманювали, шляхом маніпуляції з документами, що у суді довести було майже неможливо [7].

Для прикладу, одна із самих розповсюджених шахрайських схем полягає у тому, що компанії проводять фіктивне банкрутство (продають об'єкти нерухомості

підставним юридичним/фізичним особам за заниженими цінами і оголошують себе банкрутом). Особливість у тому, що у договорах з клієнтами, як правило, обов'язковими умовами має бути заборона на відчуження майна, яке є об'єктом таймшеру. При відсутності законодавчого врегулювання, договори складаються довільного змісту (не забороненого законом) і у них така заборона відсутня. При банкрутстві клієнт компанії не може виступати кредитором, оскільки, як правило, не вносяться записи в земельний кадастр чи реєстр прав на нерухоме майно. Сам таймшер на нерозвинених ринках майже неможливо використовувати в якості інвестиції, оскільки майже відсутня можливість перепродажу і його ліквідність низька. [8].

У випадку із посередництвом турагенції, якщо клієнт є співвласником майна, він взагалі не здійснює розпорядження майном, а може лише розпоряджатися своїм правом на майно. Це зумовлює неможливість звернення стягнення на частку майна. Між покупцем і продавцем виникає особливий правовий зв'язок, при якому розпорядження майном покупець не може здійснювати взагалі, хоча і є його співвласником. У цьому випадку, право власності є умовно абстрактним: покупець є співвласником всього майна турагенції (яке має правовий статус таймшеру), але його права більше подібні на права орендаря, аніж власника. Описана система більш притаманна англосаксонській правовій сім'ї, хоча може бути втілена і у романо-германській [9].

Задля уникнення зловживань та шахрайства існують певні нормативні вимоги до укладення договору, його змісту, виконання та інших значущих особливостей які передбачені Директивою, а також національним законодавством держав-членів ЄС. Насамперед, перед укладення договору турагент зобов'язаний надати всю необхідну інформацію (затверджений перелік і форма надання інформації) у зрозумілій формі. Також існують обмеження щодо продаж, маркетингу та реклами таймшеру. Зокрема, продаж таймшеру у якості інвестиції коштів вважається кримінально караним злочином.

Для забезпечення прав клієнта встановлена можливість у 14-ти денний строк після укладення договору розірвати його без пояснення причин і повернути собі сплачені кошти. Інформація, яку має надати турагент, є дуже детальною. В основному, вказується, що доступно за сплачені кошти (напр. електрика, водопостачання), а що потребує доплати (напр. послуги зв'язку), як міняються ціни на послуги, правовий режим майна (які існують обтяження, яка міра готовності до експлуатації, можливості відчуження і т.п.), можливість обміну/продажу права на користування майном. У обов'язкові вимоги навіть включається інформація про мову, якою може спілкуватися продавець (кореспонденція, інші документи) [10].

Правова природа таймшеру дуже неоднорідна і складна, тобто особам, що не мають юридичної освіти, дуже важко розібратися зі всіма деталями, саме тому і потрібні чіткі імперативні вимоги до укладення/оформлення договору, а також чіткі норми матеріального права

Висновки. Отже, в результаті проведеного дослідження, можемо зробити наступні висновки. На світовому ринку, попри стабільне зменшення масової частки класичного туризму в індустрії відпочинку, таймшер набирає дедалі більших оборотів і вже виділився у окрему туристичну сферу, яка постійно приносить значні надходження до бюджетів. Враховуючи великий туристичний потенціал України, відсутність належного законодавчого врегулювання відносин таймшеру зумовлює дуже серйозні втрати для економіки країни. На даному етапі, аж до законодавчого врегулювання суспільних відносин у цій сфері, єдиним доступним для громадян України варіантом участі у таймшері є набуття цього права за іноземним правопорядком. У договорі повинне міститися відсилання до правопорядку держави, у якій зареєстрований чи здійснює свою діяльність туроператор, або навіть до конкретного суду/судді. У випадку конфліктів, вони будуть вирішуватися у судовому порядку у державі, в якій ці правовідносини врегульовані належним чином.

Використані джерела:

1. Комзюк В. Подільна частка / В. Комзюк // Український юрист. - 2014. - №. - С. 42-45.

2. DIRECTIVE 2008/122/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts [Electronic Resource]. - Mode of access: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:033:0010:0030:EN:PDF>. - Date of access: 20.03.2014.

3. CONSUMER PROTECTION. The Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010 [Electronic Resource]. - Mode of access: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/2960/pdfs/ukxi_20102960_en.pdf. - Date of access: 20.03.2014.

4. Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio [Electronic Resource]. - Mode of access: <http://boe.es/boe/dias/2012/03/17/pdfs/BOE-A-2012-3811.pdf>. - Date of access: 20.03.2014.

5. About Timeshare [Electronic Resource]. - Mode of access: <http://abouttimeshare.org/timeshare-laws>. - Date of access: 20.03.2014.
6. Keyword Ranking Analysis for HOW TO TERMINATE A TIMESHARE CONTRACT [Electronic Resource]. - Mode of access: http://www.webstatschecker.net/stats/keyword/how_to_terminate_a_timeshare_contract. - Date of access: 20.03.2014.
7. Alderman J. Do Your Homework Before Buying a Timeshare [Electronic Resource]. - Mode of access: http://www.huffingtonpost.com/jason-alderman/do-your-homework-before-b_b_4498701.html. - Date of access: 20.03.2014.
8. CONSUMER PROTECTION No. 2960 The Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010 [Electronic Resource]. - Mode of access: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2010/2960/pdfs/ukxi_20102960_en.pdf. - Date of access: 20.03.2014.
9. Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis [Electronic Resource]. - Mode of access: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Directive&an_doc=1994&nu_doc=47. - Date of access: 20.03.2014.
10. NEVADA REVISED STATUTES CHAPTER 119A - TIME SHARES [Electronic Resource]. - Mode of access: <http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-119A.html>. - Date of access: 20.03.2014.

У статті проаналізований зміст, історія виникнення, особливості регулювання таймшеру, можливості імплементації Директиви 2008/122/ЄС у національне законодавство. Охарактеризовано особливості таймшеру та доцільність запозичення відповідного зарубіжного досвіду.

Ключові слова: таймшер, туризм, Директива 2008/122/ЄС.

В статье проанализировано содержание, история возникновения, особенности регулирования таймшера, возможность имплементации Директивы 2008/122/ЕС в национальное законодательство. Охарактеризованы особенности таймшера и целесообразность заимствования соответствующего зарубежного опыта.

Ключевые слова: таймшер, туризм, Директива 2008/122/ЕС.

In the article have been analyzed the meaning, history of occurrence, features of regulation of timeshare, opportunities of implementation of Directive into national

legislation. Characterized features of timeshare and expediency of adoption of relevant international experience.

Key words: *timeshare, tourism, Directive 2008/122/EC.*

***Alek El-Kamhawy***

Senior Fellow, Institute for Global Security Law and Policy
Case Western Reserve University School of Law, Ohio, USA
Honored Doctor of Law, Taras Shevchenko National University Law Faculty

Globalization, terrorism, constructivism

Historically, crime has been primarily a local issue. The basic jurisdiction of any sovereign state includes the right to define, establish due process and punish crimes. This is time-consuming, laborious and complicated process under any legitimately accepted legal systems. In the United States of America, under adversarial legal system, the power to make certain conduct illegal is granted to Congress by virtue of the Necessary and Proper Clause of the United States Constitution (Art. I, § 8, col. 18). Domestically, the Constitution of the United States empowers the United States Congress to define and punish crimes whenever it is necessary and proper to do so, in order to accomplish and safeguard the goals of government and of society in general. State legislatures have the exclusive and inherent power to pass a law prohibiting and punishing any act, provided that the law does not contravene the provisions of the U.S. or state constitution. When classifying conduct as criminal, state legislatures must ensure that the classification bears some reasonable relation to the welfare and safety of society. Laws passed by Congress or a state must define crimes with certainty. Any citizen and the courts must have a clear understanding of a criminal law's requirements and prohibitions. The elements of a criminal law must be stated explicitly, and the statute must embody some reasonably discoverable standards of guilt. If the language of a statute does not plainly show what the legislature intended to prohibit and punish, the statute may be declared void for vagueness. In deciding whether a statute is sufficiently certain and plain, the court must evaluate it from the standpoint of a person of ordinary intelligence who might be subject to its terms. A statute that fails to give such a person fair notice that the particular conduct is forbidden is indefinite and therefore void. Courts will not hold a person criminally responsible for conduct that could not reasonably be understood to be illegal. Mere difficulty in understanding the meaning of the words used, or the ambiguity of certain language, can nullify a statute for vagueness. Internationally, the U.S. Constitution provides (Art. I, sec. 8, col. 10) that Congress shall have power "to define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offences against the Laws of Nations." Under this provision, Congress may identify and declare criminal under U.S. law, acts that are criminal under international law. Normally this is done by legislation. The domestic law of the United States is part of the fabric of

international criminal law insofar as that national law provides for the recognition and punishment of international offenses. It has generally been the practice of the United States to recognize and punish international crimes only when they are embodied in U.S. treaties and implemented by federal legislation.

Wartime crimes eroded sovereign control and caused states' collective recognition of international crimes. Rice and Patrick identified four sets of critical sovereign responsibilities: fostering an environment conducive to sustainable and equitable economic growth; establishing and maintaining legitimate, transparent, and accountable political institutions; securing their populations from violent conflict and controlling their territory; and meeting the basic human needs of their population. Barbaric invasions of weaker neighbors culminating in victor's unchecked crimes are not new in world's history. However development of typography in nineteenth and twentieth century delivered the graphic tale of violence to public domain, causing sovereigns to re-examine the concept of securing its population. Violent conflicts between sovereigns combined with rapid development of weapon systems in nineteenth and twentieth century responsible for massive human death and suffering of combatants as well as civilian population caused sovereigns to recognize necessity for collective criminalization of certain war related activities. First came unilateral codes of conduct. In the United States, a German immigrant, Francis Lieber drew up a code of conduct in 1863, which came to be called the Lieber Code in his honor, for the Northern army. The Lieber Code included the humane treatment of civilian populations in the areas of conflict, and also forbade the execution of POWs. Multinational treaties promptly followed said codes. The First Geneva Convention in 1864 focused on the need to protect civilians and those who can no longer fight in an armed conflict. It was signed by fourteen European states. Then in 1872 Gustave Moynier articulated the need for accountability following the atrocities committed in Franco-Prussian war (1870-1871) by both sides. Gustave Moynier was a prominent Swiss jurist, who co-founded the International Committee for Relief to the Wounded, which later became the International Committee of the Red Cross. Moynier, shocked and disgusted by war's violent atrocities proposed International Criminal Court to try persons accused of war crimes. At that time, states did not provide any support for this novel concept of International Criminal Court in fear of diluting its sovereignty. Nevertheless, the thought of recognizing international crimes and an idea of creating an international tribunal to punish said crimes was firmly planted. In response to the changing nature of warfare, especially its increasing mechanization and lethality, Emperor Alexander II of Russia convened a conference in Brussels in 1874, which resulted in an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War. It detailed rules for treatment of civilians, civilian territory, the wounded, prisoners of war and outlined the rules of surrender and treatment of those

who have capitulated. Article VIII of the Declaration Concerning the Laws and Customs of War provided for prosecution of violators at the international level. The Declaration never received enough support to be adopted. It is noteworthy that just a few years later in 1878, General Ulysses Grant of the United States wrote to the Universal Peace Union requesting that an international court be established that “shall be recognized by all nations, which will take into consideration all differences between nations” (Grant in Ferencz 1980: 6).

The concept of International Criminal Court (ICC) was revisited again after World War I, when the framers of the Treaty of Versailles were searching for venues to bring to trial defeated Kaiser and German military officers. The atrocities and devastation of WW I caused proposals to the League of Nations (established in 1919) to found an ICC with an international army to enforce the decisions of the court. Notably, the United States delegation refused to support court’s establishment without precedence of international law and unknown to state practices. As such, idea of establishment of ICC failed again delegating punishment for alleged war crimes to existing National Military Tribunals (Bassiouni 1997). The issue was addressed again at conference held in Geneva under the auspices of the League of Nations on 1–16 November 1937, but no practical results followed because of the beginning of World War II. The United Nations states that the General Assembly first recognized the need for a permanent international court to deal with atrocities of the kind committed during WW II in 1948, following the Nuremberg Trials in 1946. At the request of the General Assembly, the International Law Commission (ILC) drafted two statutes by the early 1950s but these were shelved as the Cold War escalated.

The idea of ICC was revived in 1989 when Trinidad and Tobago facing increasing drug trafficking and lack of mechanisms to deal with illegal international drug trade, proposed the creation of a permanent international court again. Following years of negotiations, the General Assembly convened a conference in Rome in June 1998, with the aim of finalizing a treaty. On 17 July 1998, the Rome Statute of the International Criminal Court was finally adopted. The history of proposals to establish ICC spans almost 140 years. Since Gustave Moynier’s first call to found ICC many violent and disruptive conflicts occurred before ICC became a reality on July 1, 2002.

Now comes globalization and transborder crime. Globalization is a popular term with nearly as many meanings as its users. Oxford Dictionary defines globalization as an “act pertaining to or involving the whole world“ (www.oxforddictionaries.com). While the definition of globalization can vary to accommodate the context of its analysis, it generally refers to an increasing interaction across national boundaries that affect many aspects of life: economic, social, cultural and political. Enhanced flow of goods, capital, labor and services from one sovereign to another (with possible multiple transit stops) combined with less restrictive travel barriers, decreasing transportation costs and expansion of

telecommunications provides for fast pace, virtually borderless environment where a wide range of products and services can be accessed virtually anywhere and anytime in the world. Today, transborder crimes are prevalent. But the process of globalization has outpaced the growth of mechanisms for global governance, and this deficiency has produced just the sort of regulation vacuum in which transnational organized crime can thrive.

Constructivism lands itself as international security theory to develop effective tools to establish international institutions to combat global criminal trends. “Constructivists have taken up the idea that states form more than a system – that they form a society – and they have pushed this idea to new levels of theoretical and conceptual sophistication” (Reus-Smit 2009). Constructivism is founded on inclusion and can be viewed as an opportunity to examine international security. It provides inclusive and an open invitation to different legal systems, cultures and religions represented by different sovereigns, international and non-government institutions with its vastly varying political goals to constructively contribute to this effort.

The history of the establishment of the International Criminal Court (ICC) spans over more than a century. The “road to Rome” was a long and often contentious one. While efforts to create a global criminal court can be traced back to the early 19th century, the story began in earnest in 1872 with Gustav Moynier – one of the founders of the International Committee of the Red Cross – who proposed a permanent court in response to the crimes of the Franco-Prussian War. The next serious call for an internationalized system of justice came from the drafters of the 1919 Treaty of Versailles, who envisaged an ad hoc international court to try the Kaiser and German war criminals of World War I. Although Kaiser was never brought to justice, the idea of international cooperation in prosecuting war criminals remained. Even before World War II was over, during the Yalta Conference in February of 1945, the Heads of Government of Great Britain, the United States (US) and the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) had declared the punishment of the principal war criminals to be one of their main war objectives. In August 1945 Great Britain, the USA, the USSR and the Provisional Government of France signed the London Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, as well as the Charter of the International Military Tribunal (IMT). The impetus for IMT served three key functions: 1) bringing vindication for the atrocities, 2) establishing record of said atrocities and 3) generate deterrence against future atrocities (Ferencz 1980). Following World War II, the Allies set up the Nuremberg and Tokyo tribunals to try Axis war criminals. The international trial, better known as Nuremberg Trial, conducted by the victorious Allies at the end of World War II, at which those primarily responsible for the war and war crimes in Germany had to answer for their

actions, was designed to meet the legal standards of the time insofar as was possible. The principles of this International Military Tribunal in Nuremberg went on to become an important source of international law. They thus had to be put on a generally recognized legal footing for future trials. In 1946 The United Nations General Assembly (UN GA), at its first session, reaffirmed the principles of the Nuremberg trial. This endorsement, which came only weeks after the end of the trial, marked the first step towards their recognition as general principles of international criminal law. In 1947 The International Law Commission was established by the UN GA. The members of the International Law Commission (ILC) were independent international law experts, and were charged to foster the progressive development of international law and its codification. In 1948, UN GA adopted the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in which it called for criminals to be tried “by such international penal tribunals as may have jurisdiction” and invited the International Law Commission (ILC) “to study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trials of persons charged with genocide.” It is noteworthy that former allies the United States and Soviet Union led the opposition for an independent judicial organ with compulsory jurisdiction (Ferencz 1980). While the ILC drafted such a statute in the early 1950s, the Cold War stymied these efforts and the General Assembly effectively abandoned the effort pending agreement on a definition for the crime of aggression and an international Code of Crimes. In June 1989, motivated in part by an effort to combat drug trafficking, Trinidad and Tobago resurrected a pre-existing proposal for the establishment of an ICC and the UN GA asked that the ILC resume its work on drafting a statute (Sadat 2002). The conflicts in Bosnia-Herzegovina and Croatia as well as in Rwanda in the early 1990s and the mass commission of crimes against humanity, war crimes, and genocide led the UN Security Council to establish two separate temporary ad hoc tribunals to hold individuals accountable for these atrocities, further highlighting the need for a permanent international criminal court. In 1994, the ILC presented its final draft statute for an ICC to the UN GA and recommended that a conference of plenipotentiaries be convened to negotiate a treaty and enact the Statute. To consider major substantive issues in the draft statute, the General Assembly established the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, which met twice in 1995. After considering the Committee’s report, the UN GA created the Preparatory Committee on the Establishment of the ICC to prepare a consolidated draft text. From 1996 to 1998, six sessions of the UN Preparatory Committee were held at the United Nations headquarters in New York, in which NGOs provided input into the discussions and attended meetings under the umbrella of the NGO Coalition for an ICC (CICC). In January 1998, the Bureau and coordinators of the Preparatory Committee convened for a meeting in the Netherlands to technically consolidate and restructure the

draft articles into a draft. Based on the Preparatory Committee's draft, the UNGA decided to convene the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of ICC at its fifty-second session to "finalize and adopt a convention on the establishment" of an ICC. The "Rome Conference" took place from 15 June to 17 July 1998 in Rome, Italy, with 160 countries participating in the negotiations and the NGO Coalition closely monitoring these discussions, distributing information worldwide on developments, and facilitating the participation and parallel activities of more than 200 NGOs. At the end of five weeks of intense negotiations, 120 nations voted in favor of the adoption of the Rome Statute of the ICC, with seven nations voting against the treaty (including the United States, Israel, China, Iraq and Qatar) and 21 states abstaining. The Preparatory Commission was then established and charged with completing the establishment and smooth functioning of the Court by negotiating complementary documents, including the Rules of Procedure and Evidence, the Elements of Crimes, the Relationship Agreement between the Court and the United Nations, the Financial Regulations, the Agreement on the Privileges and Immunities of the Court. On 11 April 2002, the 60th ratification necessary to trigger the entry into force of the Rome Statute was deposited by several states in conjunction.

The treaty entered into force on 1 July 2002. As of April, 2011, 114 states are members of the court. Further 34 countries, including Russian Federation have signed but not ratified the Rome Statute. Israel, Sudan and the United States—have "unsigned" the Rome Statute, indicating that they no longer intend to become states parties and, as such, they have no legal obligations arising from their former representatives' signature of the statute. It is noteworthy that neither China nor India signed the statute.

Currently ICC's jurisdiction is limited. It is recognized as a court of last resort (pursuant to Article 17 of Rome Statute), where ICC can investigate and prosecute only where sovereigns have failed. Article 5 of Rome Statute grants the Court jurisdiction over four groups of crimes: genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression. ICC's members have not agreed on definition of aggression yet. The target date of 2017 has been established to develop said definition and for ICC to assume jurisdiction.

ICC is structured to have six organs. Presidency is responsible for the overall administration of the Court, with the exception of the Office of the Prosecutor. The Presidency is composed of three judges of the Court elected for three year terms by their fellow judges. Judicial Division consists of eighteen judges organized into the Pre-Trial Division, the Trial Division and the Appeals Division. The judges of each Division sit in Chambers, which are responsible for conducting the proceedings of the court at different stages. Office of the Prosecutor is responsible for receiving referrals and any substantiated information on crimes within jurisdiction of the Court for examining them and for conducting investigations and prosecutions before the Court. The Registry is responsible

for the non-judicial aspects of administration and servicing of the Court. Office of the Public Counsel for the Defense represents and protects the rights of the accused during the initial stages of an investigation, provides assistance to Defense Counsel and to persons entitled to legal assistance. Although part of the Registry Office, Office of Public Counsel is an independent organ. Office of Public Counsel for Victims ensures effective participation of victims in proceedings before the Court. (www.icc-cpi.in)

Crimes are traditionally classified by its harm and punishment. International Law attempted to define and classify criminalized activities for many years with little success. Different legal systems, cultural and historical characteristics of different sovereigns combined with its vastly varying political goals hinder development of viable definitions for practical use. Currently, international institutions and sovereigns distinguish two types of activities deemed as criminal. First is viewed as international crime, where criminalized activity causes grave injury to the interests of international community in peace and humanity. Second, is trans-national criminalized activity, which in totality does not rise to humanitarian disaster, but causes harm to international community.

International crimes deal with aggression, genocide, and crimes against humanity, war crimes and torture. International law has defined very few crimes, proscribing only acts recognized as a serious threat to international community's fundamental values. International criminal law is a body of international law designed to prohibit certain categories of conduct commonly viewed as serious atrocities and to make perpetrators of such conduct criminally accountable for their perpetration. Piracy is a good example. For centuries piracy has been recognized as an international crime under customary international law and aggressive international enforcement, facilitated by agreeable different legal regimes that was the model of international cooperation, has been key to suppressing piracy on the high seas (Kontorovich 2009). While dormant for a while, on-going hijacking of ships off the coast of Somalia in recent years demanded invocation of old legal traditions. The crime of piracy was then and is now recognized as a breach of international norm. Those committing thefts on the high seas, inhibiting trade and endangering maritime communication are considered by sovereign states to be enemies of humanity (Kissinger 2001). The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) of 1982 defined piracy in nutshell as any illegal act of violence committed by a private actor on the high seas (place outside the jurisdiction of any state). The International Maritime Bureau defines piracy as the act of boarding any vessel with an intent to commit theft or any other crime, and with an intent or capacity to use force in furtherance of that act. Slave trading joined the list of international crimes in nineteenth century when that practice was outlawed by Slave Trade Act of 1807 and multitude of treaties thereafter. As technological advances, along with increasing trade and globalization, have made the world

seem smaller, more such crimes have gained recognition. Some of the key categories of international crimes are briefly discussed below, but this list is far from exhaustive.

Aggression. Throughout history, the world community has sought to prevent war and eliminate aggression. In the Middle Ages, theories on "just" and "unjust" war were formulated. After World War I, efforts to curb war resulted in the establishment of the League of Nations. The Treaty of Versailles of 1919 called for the prosecutions of Kaiser Wilhelm II for waging unjust war, but efforts to carry out this provision never materialized. The Kellogg-Briand Pact of 1928 provided for the formal renunciation of war as an instrument of national policy. This renunciation became the basis of the London Charter of 8 August 1945, which established in Nuremberg the International Military Tribunal for the prosecution of the major Nazi war criminals, and of the 1946 charter for the International Military Tribunal for the Far East, establishing a similar tribunal in Tokyo. These charters, the indictments and judgments of the tribunals, and the 1947 United Nations resolutions embodying the "Nuremberg Principles," are among the legal sources for considering aggression a "crime against humanity." In 1946, the United Nations charter prohibited "aggression," but did not define it. No real consensus on the meaning of "aggression" was reached until the United Nations' "Definition of Aggression" was agreed upon on 14 December 1974. The definition states that "[a]ggression is the use of armed force against the sovereignty, territorial integrity, or political independence of another state, or in any manner inconsistent with the charter of the United Nations." The definition also enumerates (not exhaustively, however) seven specific examples of aggression and sets forth their legal and political consequences. Thus far, no definition of aggression has been embodied in an international convention, although the issue has been much discussed in the multilateral negotiations. The Statute of the International Criminal Court (ICC), as adopted in Rome in 1998, lists aggression as a crime within the jurisdiction of the ICC, but delays any prosecution for aggression until such time as the parties to the statute can agree upon and adopt a definition of the crime. It is noteworthy that the five principles of just war are currently recognized: 1) Presence of just cause (Saving lives), 2) Presence of competent authority to act (United Nations Charter and/or resolution), 3) Right intention in action (Saving lives, again), 4) Reasonable hope of success (Humanitarian as well as military), and 5) Overall proportionality of good (Butler 2003).

Genocide. In 1948, only a few years after the Nazi Holocaust ended, the United Nations General Assembly adopted the text of the Genocide Convention. A legal definition is found in the 1948 United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (CPPCG). Article 2 of this Convention defines genocide as "any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such: killing members of the group; causing serious bodily or

mental harm to members of the group; deliberately inflicting on the group conditions of life, calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; imposing measures intended to prevent births within the group; [and] forcibly transferring children of the group to another group" (<http://www.hrweb.org/legal/genocide.html>). It is noteworthy that there is another definition targeting other actions and/or inactions leading to the same result. As such, genocide can be expansively described as ethnic conflict causing intentional and targeted destruction, in whole or in part, of an ethnic, religious or national group by opposing ethnic, religious or national group. Therefore saving lives can be a justification of outside intervention (Kaufman 2009). That text of CPPCG enshrined what was then a new international consensus defining and condemning the crime of genocide. The Convention has since achieved very broad international acceptance. In ratifying the Genocide Convention, the parties "confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and punish" (Article I). The parties also agree to enact the domestic legislation necessary to provide effective penalties for those committing genocide. This provision anticipates and establishes a decentralized control scheme under which the crimes defined by treaty are subject to enforcement under the national criminal law of states. At the same time, the Genocide Convention also refers to the possibility that those charged with genocide might be tried by "such international penal tribunal as may have jurisdiction" (Article VI). This set the stage for efforts to create a permanent International Criminal Court.

War crimes. The humanitarian law of armed conflict owes its development in large to the military, who recognized that violence and destruction, in excess of that required by achieving military goals is not only inhumane, but also destructive to the attainment of the political objectives for which military force is used. The most universally accepted source of rules on the regulation of war is the four Geneva Conventions of 12 August 1949, and their two additional protocols of 1977. Almost every country in the world, including the United States, is a party to the Geneva Conventions. The term "war crimes" refers to a broad category of acts prohibited during armed conflict that have come to be recognized as crimes under international law. Persons protected under the Geneva Conventions include wounded, sick, and shipwrecked persons, medical and religious personnel, prisoners of war, and civilians. For the most part, its protections apply to these persons only when they are in the hands of a foreign power. War crimes includes torture, inhuman treatment, the taking of hostages, the destruction of protected property, physical mutilation, the performing of medical experiments, and refusal to release protected yet detained civilians or military personnel after cessation of active hostilities. Most war crimes are defined by treaty, although some are outlawed principally by unwritten customary international law. In some cases, even where there is a treaty prohibiting a specific war crime, the treaty's

effectiveness is limited by the fact that many states have failed to sign and ratify it. It is noteworthy that many sovereigns, including the United States, incorporated Geneva Convention into its own codes related to Military Justice. The Geneva conventions obligate each party to prevent and suppress acts contrary to their provisions. They directly incorporate an element of criminal law when they identify and define "grave breaches" of their terms. Under Geneva Conventions parties agree (1) to enact legislation under their domestic law to criminalize these grave breaches; (2) to search for those believed to have committed them; and (3) either to prosecute them or to extradite them to another party that will do so. The enforcement regime applicable to these grave breaches became the model for other treaties establishing international crimes such as the Convention Against Torture.

Crimes against humanity. The concept of crimes against humanity was only recently developed, emerging in the early part of the twentieth century, well after the notion of war crimes was developed in the nineteenth century. The Charter of the Nuremberg Tribunal was the first multilateral legal instrument that expressly provided for the prosecution of crimes against humanity as an offense separate from war crimes. The legal concept of crimes against humanity was developed in large part to remedy the argument that international law did not apply to criminal acts directed by a government against its own civilian population, a matter that was traditionally seen as falling exclusively within the sovereignty of a state. The fundamental element in the definition of crimes against humanity is widespread or systematic atrocities committed against civilians, for example, enslavement. States have often objected to extending international law so far into the domestic sphere of activity, and they have proposed, at various times, a number of additional conditions limiting the application of this concept. The 1945 Nuremberg Charter, for example, authorized prosecution for crimes against humanity only if the alleged crimes were committed in execution of or in connection with a crime against peace or a war crime. It is now generally recognized that crimes against humanity can be committed in time of war or in time of peace, and even if there is no armed conflict as such. Nonetheless, states are still reluctant to endow international institutions with the authority to investigate and /or prosecute crimes other than those committed in connection with an international armed conflict. The United Nations has adopted (or at least considered) a number of variations on the definition of crimes against humanity. Among these are a General Assembly resolution endorsing the standards of the Nuremberg Charter, the International Law Commission's Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, and the Statutes of the two ad hoc international criminal tribunals established by the United Nations in the 1990s. Negotiations leading to the 1998 adoption of the Statute of the International Criminal Court (ICC) produced consensus on a very narrowly defined core concept of crimes against humanity to be applied by that institution.

Torture. The 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Torture Convention) defines torture as any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person by, or with the consent or acquiescence of, a public official in order to achieve certain purposes. The most common purposes are to obtain information or a confession, punishment, intimidation, coercion, or discrimination/persecution. This definition of torture does not include pain or suffering arising only from, inherent in, or incidental to lawful penal sanctions. The Torture Convention has achieved very broad acceptance by states. It establishes an enforcement regime similar to that of the 1949 Geneva Conventions, in which the parties agree to make torture punishable under their domestic law and also agree to take the steps necessary to prosecute those offenders within their jurisdiction. The convention's definition of torture is extremely narrow. It excludes acts of torture committed by individuals in a personal capacity, except in cases where there is some government, or official, complicity. The concept of torture as an international crime is therefore constrained.

Transnational crimes are recognized as a violation of law that involve more than one state in its planning, execution and impact. Transnational crimes are distinct from international crime, which involves crimes against humanity that may or may not involve multiple countries. These offenses are distinguished from other crimes in their multinational nature, which poses unique problems in understanding their causes, developing prevention strategies, and in mounting effective adjudication procedures. Transnational crimes can be grouped into three broad categories involving provision of illicit goods (drug trafficking, trafficking in stolen property, weapons trafficking, and counterfeiting), illicit services (commercial sex and human trafficking), and infiltration of business and government (fraud, racketeering, money laundering, and corruption) affecting multiple countries (Albabese 2011). Transnational crime has become central issue in international affairs, an important factor in the global economy, and an immediate reality for people around the world. Aside from the direct effects – drug addiction, sexual exploitation, environmental damage and a host of other scourges – organized crime has the capacity to undermine the rule of law and good governance, especially in developing countries. An efficient market depends upon the expectation by its participants that the rules governing their economic interactions will be stable and fair. It is the political framework in which markets exist that provides these rules. Without these rules markets function poorly (Art 2009). Aside from the damages directly caused by specific forms of crime, there is one that is common to all: the insidious erosion of state control. Transborder crime displaces state authority, by filling the governance niches neglected by the official structures and by co-opting whatever vestigial state agents remain. In other words,

transborder crime gradually undermines the authority and the health of the official government. This may lead to state's failure. In 2008 Rice and Patrick defined weak states as countries that lack the essential capacity and/or will to fulfill four sets of critical government responsibilities: fostering an environment conducive to sustainable and equitable economic growth; establishing and maintaining legitimate, transparent, and accountable political institutions; securing their populations from violent conflict and controlling their territory; and meeting the basic human needs of their population. Insofar as the official state structures provide value, this value is threatened by the growth of parallel structures. Perpetrators of transborder crime remain inherently unaccountable, they are not subject to democratic controls, and their chief aim is the enrichment of their membership, not the advancement of society. Where they are predominant, development can become impossible, because any contract that is not to the advantage of the dominant groups will be nullified (Friederichs 2007). Failure to identify the market-driven dimension of transnational organized crime is one of the reasons for its global prevalence today. Law enforcement seems to have had trouble making the leap from focusing on groups to focusing on markets. Police officers, investigators and prosecutors are employed to make cases against individuals and groups of individuals in a particular jurisdiction. They lack the authority and the tools to take on an entire transborder flow. The situation is further complicated because the problem is international while the tools are inherently national. Penal law is a matter of national legislation, which itself is the codification of long-standing cultural norms. The basic jurisdiction of any sovereign state includes the right to define, establish due process and punish crimes. This is time-consuming, laborious and complicated process under any legitimately accepted legal systems. Further, the criminal justice system is an essential mechanism for the maintenance of internal stability. As each breach of the criminal law represents a kind of governance failure, this activity is often regarded as a matter of national security. High-level corruption and bribery of government officials is often involved, which can be embarrassing for affected states. It is noteworthy that the bribery of foreign public officials, first outlawed by the United States in the Foreign Corrupt Practices Act of 1977, is gaining recognition as a crime under international law. The 1997 Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions has been signed by thirty-four countries and entered into effect in February 1999. This treaty sets a general standard to be met by its parties in outlawing such bribes, but does not explicitly require states to impose sanctions on corporations as opposed to individuals. It has also been criticized for its failure to establish any uniform penalties for bribery, and for its failure to ban the tax deductibility of bribes paid to foreign officials. Another concern is that only a small number of states have ratified the treaty so far. There are also legal issues involved in discussing the facts of pending cases and strategic reasons

for silence on ongoing investigations. In short, the subject matter is sensitive, making international information-sharing and multilateral interventions difficult.

Terrorism acts of September 11 fostered new era in responding to international and transborder crime. Terrorism established itself as an extremely dangerous form of criminal activity that needs suppression at both national and international levels. As such it must be viewed as both international and transborder crime where acts of terrorism pose serious threat to international community's fundamental values, viewed as an atrocity against humanity, while its planning, execution and impact transborder. Terrorism is a crime. Historically, crime has been primarily a local issue. The basic jurisdiction of any sovereign state includes the right to define, establish due process and punish crimes. This is time-consuming, laborious and complicated process under any legitimately accepted legal systems. In the United States of America, under adversarial legal system, the power to make certain conduct illegal is granted to Congress by virtue of the Necessary and Proper Clause of the United States Constitution (Art. I, § 8, col. 18). United States Law Code – the law that governs the entire country and used in formulating international treaties language – contains a definition of terrorism embedded in its Title 22, Section 2656f(d) providing in a nutshell: the term “terrorism” means premeditated, politically motivated violence, including training, fundraising, financing and recruitment perpetrated against noncombatant targets by sub-national groups or clandestine agents. cursory review of the following working definitions adds complexity just within the American attempts to corner said definition. United States Department of Defense uses the following definition: The calculated use of unlawful violence to inculcate fear, intended to coerce or to intimidate governments or societies in the pursuit of goals that are generally political, religious, or ideological. Federal Bureau of Investigations relies on the following: The unlawful use of force and violence against persons or property to intimidate or coerce a government, the civilian population, or any segment thereof, in furtherance of political or social objectives. United States Department of State uses the following definition: Premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by sub-national groups or clandestine agents, usually intended to influence an audience. This definition further states: “For purposes of this definition, the term “noncombatant” is interpreted to include, in addition to civilians, military personnel who at the time of the incident are unarmed and/or not on duty.” As such the following elements are present: violence, fear, government, civilians, unarmed/off duty military, noncombatants, society, political/religious/ideological/social goals, sub-national groups, clandestine agents and audience. What complicates defining terrorism today is its transborder and international nature, which provides additional layers of input from different sovereigns and international institutions.

The Arab Convention for the Suppression of Terrorism was adopted by the Council of

Arab Ministers of the Interior and the Council of Arab Ministers of Justice in Cairo, Egypt in 1998. Terrorism was defined in the convention as: Any act or threat of violence, whatever its motives or purposes, that occurs in the advancement of an individual or collective criminal agenda and seeking to sow panic among people, causing fear by harming them, or placing their lives, liberty or security in danger, or seeking to cause damage to the environment or to public or private installations or property or to occupying or seizing them, or seeking to jeopardize national resources. The European Union defines terrorism for legal/official purposes in Art.1 of the Framework Decision on Combating Terrorism (2002). This provides that terrorist offences are certain criminal offences set out in a list comprised largely of serious offences against persons and property which: given their nature or context, may seriously damage a country or an international organization where committed with the aim of: seriously intimidating a population; or unduly compelling a Government or international organization to perform or abstain from performing any act; or seriously destabilizing or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organization. The United Kingdom's Terrorism Act 2000 defines terrorism to include an act "designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system". An act of violence is not even necessary under this definition.

United Nations Security Council Resolution 1566 (2004) gives the following definition: criminal acts, including those against civilians, committed with the intent to cause death or serious bodily injury, or taking of hostages, with the purpose to provoke a state of terror in the general public or in a group of persons or particular persons, intimidate a population or compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act. United Nations panel on Combating Terrorism, on March 17, 2005, described terrorism as any act "intended to cause death or serious bodily harm to civilians or non-combatants with the purpose of intimidating a population or compelling a government or an international organization to do or abstain from doing any act." United Nations, unable to bring its members to consensus on defining terrorism, provides the following all inclusive statement from its General Assembly Resolution 60/1 (2005): "We strongly condemn terrorism in all its forms and manifestations, committed by whomever, wherever and for whatever purposes, as it constitutes one of the most serious threats to international peace and security". As such and for now definition of terrorism lies in the terror's manifestations and remains within individual sovereign's domain. Therefore, we know terrorist act when we see one! Or do we? It is noteworthy that laws or statutes must define crimes with certainty. Any citizen and the courts must have a clear understanding of a criminal law's requirements and prohibitions. The elements of a criminal law must be stated explicitly, and the statute must embody some reasonably discoverable standards of

guilt. If the language of a statute does not plainly show what the legislature intended to prohibit and punish, the statute may be declared void for vagueness. In deciding whether a statute is sufficiently certain and plain, the court must evaluate it from the standpoint of a person of ordinary intelligence who might be subject to its terms. A statute that fails to give such a person fair notice that the particular conduct is forbidden is indefinite and therefore void. Courts will not hold a person criminally responsible for conduct that could not reasonably be understood to be illegal. Mere difficulty in understanding the meaning of the words used, or the ambiguity of certain language, can nullify a statute for vagueness.

Above-stated review of terrorism's definition (or lack thereof) reveals current deadlock nationally and internationally to arrive at a universally acceptable definition. Beyond sub-national and clandestine groups as perpetrators of terrorism, some commentators and sovereigns see terrorism as a tool of states also, viewing, for instance, the allied strategic bombing campaigns during World War II, and the dropping of two atomic bombs by the United States against Japan during the same conflict, as examples of state terrorism. Past and present totalitarian regimes such as those, which once existed in Germany, Italy, Spain, Soviet Union and China, as well as, more recently, the military dictatorships, which have previously ruled some South American countries as Chilean junta and Panama drug state could also been debated to use terrorism. So, too, could some of today's governments such as Iran, Syria, Libya and Israel complicating definitional efforts by directly participating in covert acts, which could be described as terrorism, such as killing and kidnapping opposition leaders. Adding to the mix is the different legal systems, cultural and historical characteristics of different sovereigns combined with its vastly varying political goals. Further, for definitional purposes, it must be recognized that there are no limits on issue areas motivating terrorist groups. In fact we must not recognize terrorism as a goal in itself, but just a tool to achieve goal. Therefore any aggrieved party can resort to terrorism to address its grievances. Typical motivation includes promotion of religion, politics and socioeconomic objectives. Shughart (2006) in his review of terrorism is true to political, social and religious motivation of terrorism in separating terrorism history in three "stylized" waves: Islamists movements, left wing movements, national liberation and ethnic separatism. Therefore, we can define killings of tourists in Egypt in so-called Luxor massacre in 1997 (62 dead) by Al-Gama'a al-Islamiyya (designated as terrorist organization by the United States) and explosion in Sharm El-Sheikh in 2005 killing 88 people as acts of terrorism motivated by political/religious factors. Said killings caused harm to political structure of the Egyptian government by affecting tourism industry. However, motivators as financial gain and enrichment may guide perpetrators of terrorism independent from religious, political or socioeconomic objectives. Kidnapping of foreign tourists for ransom in Mexico and piracy from Somalia are examples of terrorism

where political/social/religious motivators have neither been articulated by the perpetrators nor by the commentators. Yet, their actions do cause harm to political stability in Mexico affecting flow of tourists and as sadly established by the killings of American sailors in 2011 by Somali pirates raise questions about safety of Americans around the globe. Therefore, universal definition of terrorism combining elements of international and transborder crime is far from being developed. Yet it appears to be necessary for effective international prosecution of the crime of terrorism.

Constructivism is a fast developing theory in understanding International Relations and International Security. Contemporary discussion of international security and its evolution must rest on the inclusiveness afforded by constructivism theory. Constructivism provides that human behavior determines their identity shaped by society's values, history, practices, and institutions. Constructivists hold that all institutions, including the state, are socially constructed and reflect an "inter-subjective consensus" of shared beliefs about political practice, acceptable social behavior, and values (Pauly, 2011). Constructivism provides for a broad process of analyzing and articulating global events within multitude of social structures to find consensus. Alexander Wendt (1995) views the analyzing of social structure as a tool to shape said actors' identities and interests within the international system. (Wendt, 1995) Constructivism looks at the shared understanding of social actors' within any given system and then projects it as actors' function within broader events. As such, constructivism offers inclusive understandings of a number of the central themes in international relations theory, including: the meaning of anarchy, balance of power, the relationship between state identity and interest, an elaboration of power, and the prospects for change in world politics (Hopf 1998, 172). "Constructivists have taken up the idea that states form more than a system – that they form a society – and they have pushed this idea to new levels of theoretical and conceptual sophistication" (Reus-Smit 2009). Any scientific theory or academic development depends on its developed paradigm. Paradigm is a set of assumptions where said theory or development rests. In the arena of international relations inclusive of international security paradigm is meant as a set of assumptions about how to study politics (Barkin 2003). Assumptions utilized by constructivists are more inclusive than other theories. As such inclusion of additional assumptions broadens the scope of the analysis. This line of argument suggests that constructivism can be viewed as an additional opportunity to examine International Relations (Barkin 2003). Constructivism is characterized by an emphasis on the importance of normative as well as material structures, on the role of identity in shaping political action and on the mutually constitutive relationship between agents and structures (Reus-Smit 2009). Ruggie (1998) asserts that "[s]ocial constructivism seeks to account for what neo-utilitarianism assumes: the identity and/or interests of actors. It views international politics on the basis of a more 'relational

ontology'... than the more atomistic framing of neo-utilitarianism". Furthermore, it seeks to incorporate culture, norms, and most importantly ideas into the study of international relations. Ruggie (1998) urges for the inclusion of culture-such as the norm of non-intervention- and identity in international relations discourse. Wendt (1999) articulated "the structures of human association are determined primarily by shared ideas, rather than material forces, while the identities and interests of purposive actors are construed by these shared ideas rather than given by nature". Constructivism, therefore, demands inclusion, accounting, tabulation, review and analysis of additional variables before reaching theoretical conclusions. This notion to recognize the state as a society as well lies in the core of constructivism paradigm. Adaptation of expansive, multidisciplinary paradigm is a necessary prerequisite to analyze global phenomenon as terrorism. It will require development of innovative methodology to effectively connect all of said paradigm's disciplines in a coherent unit. Constructivism as an explanatory theory of international relations serves well to identify and describe areas within the international system that undergo explanation based on social and cultural situations. Further, Ralph Pettman (2000) adds that human's ability to articulate utilizing language skills provides for more inclusive understanding of world affairs. It is with words that we record the world affairs and thus write history and therefore, it is these words that can be inclusive in finding elusive definitions describing events.

Constructivism lands itself as globalization's contemporary. It accounts for societal changes. Societies are fluid. Its qualities change with time and these changes recreate social constructions (Pauly, 2011). Constructivism provides understanding of globalization as a normative process that results in the promoting of social change (Wendt, 1995). Constructivism provides for respected role of each society within international system including different societal norms, practices allowing its inclusion in relationships that states pursue and develop between themselves in order to pursue their individual and ultimately mutual interests. Constitutive norms define an identity by specifying actions that will cause others to recognize that identity and respond appropriately (Hopf, 1998). As such, constructivism is readily adjustable with time promoting ongoing, more inclusive cooperation between sovereigns necessary to develop effective tools to combat terrorism.

CONCLUSIONS

In 1945 victorious sovereigns managed to agree on the following principles as a foundation for international law, which became known as Nuremberg Principles later to be adopted in the United Nations' Charter. Nuremberg Trials came to life as a result of human consensus that international action is necessary to effectively deter future atrocities. Many sovereigns with different, if not conflicting, political ideologies stemming from different histories, societal, political and economic norms were able to reach

comprehensive agreement in developing said principles. Said principles provide in a nutshell that: 1) Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment; 2) The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law; 3) The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of or responsible government official does not relieve him from responsibility under international law; 4) The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him; 5) Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law; 6) The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: a) **Crimes against peace:** (i) Planning, preparation, initiation or waging of a war of or a war in violation of international treaties, agreements or assurances; (ii) Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i); b) **War Crimes:** Violations of the laws or customs of war which include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation of slave labor or for any other purpose of the civilian population of or in occupied territory; murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity; c) **Crimes against Humanity:** Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial, or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime and 7) Complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under international law.

The codification of the Nuremberg Principles reflected a changing ideology - one of universally applied law. An image of an international society became more predominant. This included language used by non-governmental organizations that focused on international humanitarian laws perceived as an inherent right for all mankind. Ralph Pettman (2000) stated that human's ability to articulate utilizing language skills provides for more inclusive understanding of world affairs. It is with words that we record the world affairs and thus write history and therefore, it is these words that can be inclusive in finding elusive definitions describing events. The Nuremberg Principles conveyed a cultural message even though there was no permanent ICC for enforcement (Rothe and Mullins 2006).

Creation of ICC in 2002 came yet again after the atrocities of terrorism came to universal focus in 9/11. Creation of International Criminal Court represents an evolution in international law and strengthens international relationships specifically in area of combating international and transborder crime. It provides a venue for international cooperation notwithstanding ideological, political and legal divide between the sovereigns. Notwithstanding the fact that creation of ICC is a paramount step in international criminal justice system, there is extremely limited amount of research examining its current influence and mapping its possible, if not necessary development. Presence and operation of ICC changed the landscape of criminal justice by extracting it (at least relatively) from the local arena where states maintained monopoly on crime's definition within its own social, economic, political, cultural and religious interests and placing criminal justice within international debate. As such, actions that are deemed to violate international criminal law, humanitarian law, common law and states' own domestic law committed by either individual actors or state actors even for sovereign's interest can be internationally criminalized and adjudicated accordingly (Kramer and Michalowski 2005; 448).

Terrorism established itself as an extremely dangerous form of criminal activity that needs suppression at both national and international levels. As such it must be viewed as both international and transborder crime where acts of terrorism pose serious threat to international community's fundamental values, viewed as an atrocity against humanity, while its planning, execution and impact transborder. Defining terrorism and its prosecution must account for its complexities including, but not limited to history, culture, politics, ideology, economics and time. Currently nations are unable to come to consensus defining terrorism due to the differences in legal systems, cultural and historical characteristics of different sovereigns combined with its vastly varying political goals. Further, terrorists' motivations are different as well, including but not limited to promotion of religion, politics and socioeconomic objectives.

As such ICC, developed on international consensus, is uniquely positioned to prosecute terrorism apolitically with indifference to religious and socioeconomic goals of the perpetrators. However, as with aggression, acceptable definition of terrorism is necessary. Utilization of Constructivism provides for inclusion of participants' political, historical, socioeconomic and religious values in an assumption that deterrence of terrorism unites actors, leaving their differences acknowledged, yet not divisive to achieve the final goal. As such, a two-step process must be recognized: 1) development of universally accepted definition of terrorism and 2) development of universal criminal justice system capable to prosecute, enforce and ultimately deter terrorism.

Constructivism provides a framework for the development of universally accepted definition of terrorism. Above listed review of universally accepted definitions

of crimes as aggression (although not fully developed); genocide, crimes against humanity and torture provide for long and complicated history of debates not only promoted by humanitarian ideals of policymakers, academicians and practitioners, but by historical events focusing the light on the sheer necessity of consensus. Constructivism provides for a broad process of analyzing and articulating global events within multitude of social structures to find consensus. It views the analyzing of social structure as a tool to shape said actors' identities and interests within the international system (Wendt, 1995). Constructivism looks at the shared understanding of social actors within any given system and then projects it as actors' function within broader events. As such, constructivism offers inclusive understandings of a number of the central themes enabling participating actors to find consensus. Universally acceptable definition of terrorism lies within said broad consensus inclusive of political, societal, economic, historic and religious norms of different sovereigns. Wendt (1999) articulated "the structures of human association are determined primarily by shared ideas, rather than material forces, while the identities and interests of purposive actors are construed by these shared ideas rather than given by nature". Shared idea of deterring terrorism lands itself as a common purpose for willing actors to construe its norms in a way consistent with said goal's achievement.

Constructivism provides a framework to develop universally accepted judicial system capable of prosecuting, enforcing and ultimately deterring terrorism. Constructivism provides understanding of globalization as a normative process that results in the promoting of social change (Wendt, 1995). Development of criminal justice system which ensures legitimacy of said institutions to control the process will take universal effort. Rome Statute producing ICC can be recognized as a stepping stone to develop said institution, as Nuremberg Principles laid foundation to the United Nations. Constructivism provides for respected role of each society within international system including different societal norms, practices and shared allowing its inclusion in relationships that states pursue and develop between themselves in order to pursue their individual and ultimately mutual interests. Detering terrorism is a mutual goal indeed. Constitutive norms define an identity by specifying actions that will cause others to recognize that identity and respond appropriately (Hopf, 1998). As such, constructivism is readily adjustable with time promoting ongoing, more inclusive cooperation between sovereigns necessary to develop effective tools to combat terrorism.

How well this challenge will be met remains to be seen. No one foresees a reversion to the Nuremberg Principles notwithstanding their position on the current jurisdiction and function of the International Criminal Court. However, it is not impossible to foresee nationalist or populist backlashes within various countries against what is seen to be excessive international activism. If there is one lesson that the history of international law

teaches, it is that the world at large—the ‘outside world’ if you will—has done far more to mold international law than *vice versa* (Neff, 2003). By the beginning of the twenty first century, international cooperation is changing the world to a greater extent than ever before. But it is (or should be) sobering to think that the great forces of history—religious, economic, political, psychological, scientific—have never before been successfully ‘managed’ or tamed. Constructivism provides an opportunity to go further. Perhaps the most interesting chapters of our history remain to be written.

REFERENCES

1. Albanese, J (2011) –Transnational Crime and the 21st Century: Criminal Enterprise, Corruption, and Opportunity. Oxford University Press.
2. Art, R and Waltz, K (2009) – The Use of Force 7th ed. Rowman and Littlefield.
3. Bassiouni, M (1997) – “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court” *Harvard Human Rights Journal*, Vol 10. 11-62
4. Butler (2003) – “U.S. Military Intervention in Crisis, 1945-1994: An Empirical Inquiry of Just War Theory “ *The Journal of Conflict Resolution*.
5. Barkin, J. Samuel (2003) - “Realist Constructivism,” *International Studies Review* 5-3 September; 325-342.
6. Ferencz, B (1980) – An International Criminal Court, a Step Towards Peace: A Documentary Analysis. Vol I: Half Century of Hope. New York Oceana Publications, Inc.
7. Ferencz, B (1980) – An International Criminal Court, a Step Towards Peace: A Documentary Analysis. Vol II: The Beginning of Wisdom. New York Oceana Publications, Inc.
8. Friederichs (2007) - “Transnational Crime and Global Criminology: Definitional, Typological and Contextual Conundrums” *Social Justice* 34: 4-18
9. Hopf, T (1998) - “The Promise of Constructivism in International Relations Theory,” *International Security*
10. Kramer, R, R Micjalowski, and D Rothe (2005) “The International Crime: How the U.S. War in Iraq Threatens the Rule of Law” *Social Justice* 32 2.
11. Kaufmann, C (2009) – “Intervention in Ethnic and Ideological Civil Wars” in *The Use of Force*
12. Kissinger, H (2001) – “The Pitfalls of Universal Jurisdiction” *Foreign Affairs*
13. Kontorovich, E (2010) – “A Guantanamo on the Sea: The Difficulties of Prosecuting Pirates and Terrorists” *California Law Review*
14. Neff, S (2003) – A short History of International Law in Malcolm D. Evans (eds) *International Law* (Oxford University Press, 2003) pp. 31-58

15. Pauly, R (2011) - "Supplementary Notes" *University of Southern Mississippi*
16. Pettman, R (2000) - *Commonsense Constructivism, or the Making of World Affairs*. Armonk: M.E. Sharpe
17. Reus-Smit, C (2009) - "Constructivism" in the Theories of International Relations. Palgrave MacMillan, NY
18. Rice, S and Patrick, S (2008) – "Index of State Weaknesses in the Developing World" Brookings Global Economy and Development
19. Rothe, D and Mullins, C (2006) - *Symbolic Gestures*. Roman and Littlefield.
20. Ruggie, J. (1998) - *Constructing the World Polity: Essays on International Institutions*. London: Routledge.
21. Sadat, L. (2002) *The International Criminal Court and the Transformation of International Criminal Law: Justice for the New Millennium*. Ardsley, NY Transnational Publishers.
22. Shughart II, W (2006) – "An Analytical History of Terrorism, 1945-2000" *Public Choice*
23. Wendt, A (1995) - "Constructing International Politics." *International Security*
24. The Constitution of the United States, Art. I, § 8, col. 18: To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.
25. The Constitution of the United States, Art. I, § 8, col. 10: To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations.
26. 22 U.S.C. § 2656f(d)
27. The Constitution of the United States, Art. I, § 8, col. 18: To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.
28. United States Department of Defense, Office of Joint Chiefs of Staff, *Joint Publication 1-02: Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms* (Washington, DC: United States Department of Defense, 12 April 2001 – As amended through 5 June 2003), p. 531. Online at: http://www.dtic.mil/doctrine/jel/new_pubs/jp1_02.pdf
29. Counterterrorism Threat Assessment and Warning Unit, National Security Division, Federal Bureau of Investigation, *Terrorism in the United States 1999: 30 Years of Terrorism – A Special Retrospective Edition*, (Washington, DC: United States Department of Justice, 1999), p. i. Online at <http://www.fbi.gov/publications/terror/terror99.pdf>

30. Office of the Coordinator for Counterterrorism, *Patterns of Global Terrorism* 2002, US Department of State Publication 11038 (Washington, DC: State Department, April 2003), p. 13. Online at: <http://www.state.gov/documents/organization/20177.pdf>

Стаття присвячена нагальній проблемі міжнародної та трансграничної злочинності, що становить постійну загрозу для безпеки міжнародного співтовариства. Тероризм розглядається як особливий злочин, що поєднує елементи міжнародних та трансграничних правопорушень. Привертаючи увагу до того факту, що для успішної боротьби з тероризмом слід надати загальне визначення тероризму та створити міжнародні інституції, які розглядатимуть злочини, пов'язані з тероризмом, автор висвітлює історію створення, структуру та завдання Міжнародного кримінального суду (МКС), звертається до теорії конструктивізму і доводить, що саме в рамках застосування теорії конструктивізму можливо створити прийнятну для всього світу судову систему, здатну здійснювати обвинувачення, притягувати до відповідальності і зрештою стримувати тероризм.

Ключові слова: глобалізація, тероризм, міжнародна безпека, конструктивізм.

Статья посвящена актуальной проблеме международной и трансграничной преступности, представляющей постоянную угрозу безопасности международного сообщества. Терроризм рассматривается как особенное преступление, включающее элементы международных и трансграничных преступлений. Обращая внимание на то, что для успешной борьбы с терроризмом следует дать общее определение терроризма и создать международные институты, которые будут рассматривать преступления, связанные с терроризмом, автор освещает историю создания, структуру и задачи Международного уголовного суда (МУС), обращается к теории конструктивизма и приходит к выводу, что именно в рамках применения теории конструктивизма возможно создать приемлемую для всего мира судебную систему, способную осуществлять обвинение, привлекать к ответственности и в конечном итоге удерживать от терроризма.

Ключевые слова: глобализация, терроризм, международная безопасность, конструктивизм.

The article addresses an urgent issue of international and transborder crimes that represent immanent threat to national and international security. Terrorism is viewed as a unique crime combining elements of international and transborder offenses. Focusing on the fact that for successful terrorism combating, international community needs to adduce a universal definition of terrorism and create international forums to adjudicate terrorism

related crimes, the author highlights history, structure and function of the International Criminal Court (ICC), focuses on constructivism theory and concludes that it is the utilization of constructivist theory that provides a framework to develop a universally accepted judicial system capable of prosecuting, enforcing and ultimately deterring terrorism.

Key words: *globalization, terrorism, international security, constructivism.*



Яценко Станіслав Сергійович

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
суддя Конституційного Суду України у відставці,
Заслужений юрист України

Гідність людини має захищатися належно

Охорона прав і свобод людини є важливим завданням публічної влади, а саме держави, при здійсненні функцій законодавчої, судової та виконавчої.

Засади та стандарти охорони прав та основоположних свобод людини проголошені в міжнародних документах та в конституціях держав у всьому світі. Перш за все це Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в 1948 році, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 року. У Європі це Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, договір про Європейський Союз.

До числа прав людини відноситься і її гідність. Загальна декларація прав людини проголошує, що всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах (ст. 1), всі люди рівні перед законом без будь-якої різниці (ст. 2). Міжнародний пакт про громадянські та політичні права говорить про природну гідність всіх членів людського суспільства та вважає людську гідність джерелом прав людини («права людини беруть свій початок в природній гідності людської сутності»). В договорі про Європейський Союз, його ст. 1(6), вказано на визнання прав, свобод і засад, окреслених в Хартії основоположних прав 2000 року в звучанні 2007 року. В основі Європейського Союзу лежить система цінностей, яка включає людську гідність, свободу, демократію, рівність, верховенство права та повагу прав людини (ст. 2).

В Конституції України 1996 року про гідність говориться в низці статей. Так, ст. 3 проголошує: «Людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність.

Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

Ст. 21 говорить: «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними», а ст. 22 зазначає: «Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані». (ч. 2).

«Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом» (ч. 1 ст. 24).

«Кожен має неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей» (ч. 1 ст. 68).

Ці положення вочевидь відповідають європейським та світовим стандартам поваги та охорони прав людини.

Конституційний Суд України у рішенні від 29 грудня 1999 року №11-рп/99 (справа про смертну кару) зазначив: «Невід’ємне право кожної людини на життя нерозривно пов’язане з її правом на людську гідність».

Є конституції, у яких гідність людини зазначена на першому місці. Так, Основний закон Федеративної Республіки Німеччини 1949 року в першій же статті говорить: «(1) Гідність людини недоторканна. Поважати і захищати її – обов’язок всієї державної влади. (2) Тому німецький народ визнає недоторканні й невідчужувані права людини як основу всякої людської спільноти, миру й справедливості на землі. (3) Нижченаведені основні права обов’язкові для законодавчої, виконавчої та судової влади як безпосередньо діюче право».

Президент ФРН Йоханнес Рау в передмові до другого видання Основного Закону написав 9 листопада 1999 року: «Найважливішою Основного закону є й залишається стаття 1 про недоторканність гідності людини.

Творці Основного закону в першій фразі свідомо не говорять про державну владу, ні про народ, а говорять про людину, про індивідуума і його гідність. Це означає відмову від усіх ідеологій, що приносять життя або життєві шанси людини в жертву ніби вищим цілям. Це також відмова від будь-яких форм дискредитації людей за їх походженням, кольором шкіри, переконаннями чи віросповіданням.

Стаття 1 не говорить: гідність німця недоторканна; не говорить вона також про гідність людини здорової або добре забезпеченої, а вона гласить: гідність **людини** недоторканна. Це не абстрактна філософська ідея, а постійне доручення і постійне завдання для всіх політично відповідальних діячів у нашій демократичній і соціальній правовій державі».

У рішенні від 20 жовтня 1992 року Федеральний Конституційний суд ФРН зазначив, що поняття людської гідності відноситься до кожної людини, що розуміється біологічно: «Das Tatbestandsmerkmal «Mensch ist schon standlich an den biologischen Begriff des Menschen angeknüpft wirol... Wollte man den Begriff “Mensch” andres verstehen verstiebe das gegen das Analogieverbot des Art. 103 Ab’s 2 G G...».

Конституція Республіки Польща 1997 року у розділі II «Свободи, права та обов'язки людини і громадянина» має підзаголовок «Загальні засади», у першій же його статті (це стаття 30) говорить: «Природна та невідчужувана гідність людини становить джерело свободи та прав людини і громадянина. Вона є непорушна, а її повага та охорона є обов'язком влад публічних».

Як зазначив Трибунал Конституційний Республіки Польща у рішенні від 7 лютого 2005 року, «стаття 30 Конституції містить гарантії непорушності, поваги та охорони гідності людини».

В Преамбулі Конституції зокрема наголошується: «Всіх, хто для блага Третьої Речі Посполитої цю Конституцію буде застосовувати, закликаємо, аби робили це, дбаючи про повагу до гідності людини, її права до гідності та обов'язку солідарності з іншими, а повагу цих засад мали за непорушну підставу Речі Посполитої Польської».

Польські автори пишуть з цього приводу про нормативний зв'язок гідності з приписами права предметного, що зумовлює тим самим існування певного порядку правових благ [1, с. 66-67].

Трибунал Конституційний у рішенні від 5 березня 2003 року зазначив, що «гідність людини цінність трансцендентна, першопочаткова щодо інших прав і свобод (для яких є джерелом) природна і невідчужувана – товаришить людині завжди і не може бути порушена, а ні праводавцем, а ні окремими діями інших суб'єктів».

Конституція Республіки Угорщина в главі XII «Основні права та обов'язки» містить такі положення: «1. У Республіці Угорщина кожен має невід'ємне право на життя і людську гідність, ніхто не може бути безпідставно позбавлений цих прав» (ст. 54); «1. Республіка Угорщина визнає недоторканність та невідчужуваність основних прав людини: поважати і захищати їх – першочерговий обов'язок держави .

2. В Республіці Угорщина норми щодо забезпечення основних прав та обов'язків визначаються законом, який, проте, не повинен обмежувати реального змісту будь-якого із основних прав» (ст. 8).

Конституційний суд Республіки Угорщина у рішенні від 24 жовтня 1990 року в обґрунтування неконституційності норм, котрі допускають можливість застосування смертної кари, послався на те, що в розділі I Конституції титул «Загальні положення» встановлює: «Республіка Угорщина визнає непорушні та невід'ємні основні права людини; брати їх до уваги та захищати є найпершим обов'язком держави».

У розділі XII з титулом «Основні права та обов'язки» встановлюється: «В Республіці Угорщина кожна людина має природне право на життя та людську гідність, ніхто не може свавільно позбавити цих прав (§ 54 абз.1)...».

Із порівняння цитованих положень Конституції можна виходити з того, що в Угорщині право на життя та людську гідність ...є природним, непорушним та невід'ємним основним правом кожної людини. Угорська держава має стосовно права на життя та людську гідність основний обов'язок поважати його та захищати...

Під час оцінки конституційності законної допустимості смертної кари все ж вважається визначальним §8 абз. 2 Конституції... положення, які стосуються основних прав і обов'язків, встановлюються через закон, але який не може обмежувати істотний зміст основного права».

Конституційний суд також оцінив положення КК та таким чином пов'язані з ним правові норми стосовно смертної кари, що вона суперечить забороні обмеження істотного змісту права на життя та людську гідність. А саме положення, які допускають позбавлення життя та людської гідності через смертну кару, обмежують не тільки істотний зміст основного права на життя та людську гідність, а ще й дозволяють повне невідновлювальне знищення життя та людської гідності, або прав, які їх забезпечують. Тому він встановив антиконституційність та призначив скасування.

Конституційний суд у своєму рішенні також зазначив, що життя людини та гідність людини становлять собою нерозривну єдність та передують усім іншим як найвищі цінності. Право людини на життя та людську гідність у всякому разі засновують безпосереднє необмежене основне право, яке є джерелом і передумовою для багатьох інших основних прав. Конституційна правова держава покликана до того, щоб регулювати закріплені в Конституції колективні та індивідуальні інтереси, з урахуванням міжнародних угод та основних правових принципів, які витікають із єдності життя людини та гідність як абсолютні цінності означає обмеження влади держави на покарання.

У паралельній думці судді Антал Адам (доповідач) та Одьон Терасзтянські зазначили: «Визначним пунктом документів сучасного міжнародного права стосовно прав людини є людська гідність. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права говорить про «природну гідність всіх членів людського суспільства та вважає людську гідність як останнє джерело права, якщо вказується на визнання, що «права людини беруть свій початок в природній гідності людської суті».

Людська гідність як єдність особистості разом з життям людини означає суть людини. Гідність є важлива безумовно бажана уваги особливість нашого існування та ціни, ранг нашої людської істотності. Вона вже а рїорї також важлива як і життя, вона представляє людський масштаб буття. Людське існування та людська гідність нерозривно пов'язані. Обидва є невід'ємні, іманентні, важливі особливості людини.

Для гідного існування необхідна гідність людини, таким чином людське життя та людська гідність не можуть бути відокремлені одне від одного.

Існування та гідність людини як єдність людини фактично не є правом, бо людська істотність є для права трансцендентною, отже недосяжною. Тому життя людини та її гідність грають роль в каталогах прав людини та сучасних конституціях в першу чергу не як основні права, а як джерело права, як цінність поза правом, які є непорушними. Право повинно турбуватися про урахування і захист цих непорушних цінностей. Цей захист – і тільки цей – є вже розміром права”.

З паралельної думки судді Конституційного суду Ласло Солюома: «Сьогодні людська гідність грає як в конституціях, так і в міжнародних угодах приблизно роль основної норми. В цій функції вона є спадкоємцем «природної свободи» із звичайного права. Право на людську гідність вважається в німецькій, американській та угорській конституційно-правовій практиці принциповим «материнським правом». Тільки в їх єдності вони можуть підкреслювати правовий статус людини і таким чином дійсно бути підставою для основних прав. Право на людську гідність має дві функції. З одного боку воно підкреслює, що існує абсолютна межа, яку не може перетинати ні держава, ні примусова сила іншої людини, що це є підставою автономії, яка надає індивідуальне самовизначення позбавленого диспозиції будь-якого іншого. На підставі цього зв'язку із класичною дефініцією людина залишається суб'єктом і не перетворюється в засіб або об'єкт. Це також підкреслюється і Конституційним судом, відповідно з чим право на людську гідність є «материнським» правом та джерелом нових свобод, з яким ми забезпечуємо галузь самовизначення відносно державного регулювання...

Інша функція права на гідність є забезпечення рівноправності. Історичне досягнення «однакової гідності всіх людей» означає однакову правову спроможність, отже формально однакові шанси. Під час прийняття рішення ми повинні враховувати особливості рівності з тим, що на підставі цього права мають розбудовуватися інші права (наприклад, однакова гідність – інструменталізована як правоспроможність – є підставою для придбання наступних прав). Одночасно це означає, що гідність не може бути розподілена або зменшена. Це означає, що вона є першою підставою для людського статусу, якого людина не може бути позбавлена.

Право на однакову гідність повинно в його сукупності із правом на життя забезпечувати те, що різноманітне «цінне» по-різному. Не існує нікого, життя якого є більш або менш гідним. У зв'язку з однаковою гідністю життя і гідність неспроможного та також і злочинця є однаково недоторканим.

В гідності людини беруть участь всі ті, хто є людьми, і незалежно від того, скільки вони застосували їх людських можливостей. Через єдність права на життя та гідність не всі є однаковими тільки в смерті. Гідність гарантує рівність в житті...

Гідність людини та її зв'язок із життям відрізняє право людини на життя від усіх інших прав. Право на життя без гідності не є правом на людське життя...

Єдине розуміння життя та гідності захищає людину ще в більш повному обсязі і її гідність залежить не від стану її свідомості або моралі, й подається з її життям, її людський статус тому не підпадає під сумніви, бо її життя на підставі її гідності є недоторканим».

У конституціях різних держав вказується на невід'ємність права людини на життя та таку природну цінність, як гідність. Це стосується й держав, які утворились після розпаду Союзу Радянських Соціалістичних Республік на пострадянському просторі.

Конституція Литовської Республіки, прийнята на референдумі в 1992 році, містить, зокрема, такі положення: «Права і свободи людини є природними» (ст. 18); «Право людини на життя охороняється законом» (ст. 19); «Особа людини недоторкана. Гідність людини захищається законом» (ч. 1; 2 ст. 21).

Конституція Російської Федерації 1993 року говорить: «Основні права та свободи людини невід'ємні і належать кожному від народження» (ч.1 ст. 17); «Кожен має право на життя» (ч. 1 ст. 20); «Гідність особи охороняється державою. Ніщо не може бути підставою для її приниження» (ч. 1 ст. 21).

Конституція Республіки Білорусь 1994 року містить такі положення: «Забезпечення прав та свобод громадян Республіки Білорусь є вищою метою держави. Держава гарантує права та свободи громадян Білорусі, закріплені у Конституції, законах і передбачені міжнародними зобов'язаннями держави» (ст. 21); «Кожен має право на життя. Держава захищає життя людини від будь-яких протиправних посягань» (ч. 2 ст. 24); «Держава забезпечує свободу, недоторканність та гідність особи...» (ч. 1 ст. 25).

Конституція Азербайджанської Республіки, прийнята на референдумі в 1995 році, містить такі положення: «Кожен з моменту народження володіє недоторканими, непорушними та невід'ємними правами та свободами» (ч I, ст. 24 «Основний принцип прав і свобод людини та громадянина»); «Держава гарантує захист прав і свобод кожного» (ч. II ст. 26); «Гідність особи охороняється державою. Ніщо не може служити підставою для приниження гідності особи» (ч. II ст. 47).

Конституція Республіки Хорватія 1990 року проголошує: «Кожна людина має право на життя» (ч. 1 ст. 21); «Особа людини та її свобода є недоторканими. Ніхто не може бути позбавлений свободи, а також його свобода не може бути обмежена,

якщо це не обумовлено законом за рішенням суду» (ст. 22); «Усім громадянам гарантується повага до їх особистого сімейного життя, гідності, репутації та честі, а також правовий захист» (ст. 35).

Статтею 3 Конституції Румунії встановлено, що Румунія – правова, демократична і соціальна держава, в якій гідність людини, її права та свободи, вільний розвиток особи, справедливість і політичний плюралізм є вищими цінностями і гарантуються.

Людську гідність охороняє Восьма поправка до Конституції США 1787 року. На неї неодноразово посилався Верховний суд США, який фактично виконує й функції конституційного суду, займається конституційною юрисдикцією.

Поправка VIII до Конституції США, як і ряд інших поправок, була внесена в 1791 році. Як зазначає російський дослідник В. Власіхін, «американці тієї епохи мислили категоріями природного права і перебували у полоні уявлення про те, що права людини «природні», даровані їй богом, а не державною владою» [2, с. 277].

Про природну, боготворчу ознаку людини – її гідність говорив ще в період раннього Відродження (1486 р.) флорентійський філософ Джованні Піко Делла Мірандола, пропонуючи отцям церкви провести диспут з цього питання [3].

У справі *Torp v. Dulles* (1985 р.) Верховний суд США зазначив: «The basic concept underlying the Eight Amendment is nothing less that the dignity of man»; у справі *Roper v. Simmons* (2005 р.): «By protection even those convicted of heinous crimes, the Eight Amendment reaffirms the duty of the government to protect the dignity of all persons»; у справі *Overton v. Bazzetta* (2003 р.): «It remains true that the restraints and the punishment which a criminal conviction entails do not place the citizen beyond the ethical tradition that accord respect to the dignity and intrinsic worth of every individual»; у справах *Hope v. Pelzer* (2002 р.) та *Atkins v. Va* (2002 р.) суд зазначив, що людська гідність не виключає однак *per se* смертної кари (*Gregg v. Georgia* (1976 р.)). У справі *Panetti v. Quarterman* (2007 р.) суд з огляду на людську гідність виключив смертну кару щодо психічно хворих осіб, а також малолітніх; у справі *Thompson v. Oklahoma* (1988 р.) Верховний суд США виключив смертну кару щодо 16-літніх.

Гідність людини має бути захищена і в процесі здійснення правосуддя – на етапі досудового слідства та під час судового розгляду справи особи, підозрюваної або обвинуваченої у вчиненні кримінального правопорушення. Це включає й заборону на тортури як недозволену дію. Впродовж всього кримінального переслідування, відповідно з міжнародним правом, ніхто не повинен піддаватися принижуючому людину поводженню, – зокрема, утримуватися в принизливих умовах, навіть, якщо вчинено тяжкий злочин, особа не може бути примушуваною до участі в принижуючих її гідність процесуальних діях. Принцип захисту гідності

особи відображений у ст. 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. («Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню»), ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року та п. 1 ст. 10 цього пакту («всі особи, позбавлені свободи, мають право на гуманне поводження і повагу гідності, притаманної людській особі»), у ст. 5 Конвенції проти тортур і інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання 1984 р., Європейській конвенції по запобіганню тортурам і нелюдському або принижуючому гідність поводженню або покаранню 1987 р., Кодексі поведінки посадових осіб по підтриманню правопорядку 1979 р. (ст. 2).

Норми міжнародно-правових актів про захист гідності людини в процесі здійснення правосуддя знаходять відображення і в конституціях держав. Так, Конституція Республіки Хорватія 1990 року містить, зокрема, такі положення: «Стаття 29. Нікого не може бути піддано будь-якій формі знущання або, без його згоди, медичним чи науковим дослідом. Примусову та обов'язкову працю заборонено».

«Стаття 25. Будь-яка заарештована і засуджена особа має право на гуманне поводження та повагу до своєї гідності. Особа, затримана й обвинувачена у кримінальному злочині, має право протягом найкоротшого строку, встановленого законом, постати перед судом і протягом передбаченого законом строку бути виправданою чи засудженою. Затриманий може бути випущений під заставу, щоб мати змогу захистити себе. Будь-яка особа, яку було незаконно позбавлено волі чи засуджено, має право на відшкодування збитків і публічне вибачення».

Конституція Литовської Республіки 1992 року містить положення: «Стаття 20. Свобода людини недоторканна. Ніхто не може бути підданий свавільному затриманню чи триманню під вартою. Ніхто не може бути позбавлений волі інакше як на тих підставах і відповідно до таких процедур, що встановлені законом. Затримана на місці злочину особа протягом 48 годин має бути припроваджена до суду, де в присутності затриманого вирішується питання про обґрунтованість затримання. У разі неприйняття судом постанови про арешт особи затриманий негайно звільняється».

Стаття 21. Особа людини недоторканна. Гідність людини захищається законом. Забороняється піддавати людину тортурам, завдавати каліцтва, принижувати її гідність, жорстоко поводитися з нею, а також встановлювати такі покарання. Людина без її відома і вільної згоди не може бути піддана науковим або медичним дослідом».

Конституція Російської Федерації 1993 року проголошує: «Стаття 21.

1. Гідність особи охороняється державою. Ніщо не може бути підставою для її приниження. 2. Нікого не може бути піддано тортурам, насильству, іншому жорстокому або такому, що принижує людську гідність, поводженню чи покаранню. Без добровільної згоди нікого не може бути піддано медичним, науковим чи іншим дослідям».

Велике значення для розкриття змісту законодавчого закріплення та застосування принципу захисту гідності особи мають також правові позиції міжнародних судів, в тому числі Європейського суду з прав людини [4, с. 166-207].

Принципи захисту гідності особи застосовуються не тільки під час провадження у кримінальній справі та слухання справи в суді, а також під час відбування покарання засудженою особою. У рішенні Європейського суду з прав людини у справі Данкевіч проти України від 29 квітня 2003 р. зазначено, що суд мав багаторазову нагоду стверджувати, що стаття 3 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини говорить про одну з найфундаментальніших цінностей демократичного суспільства. Вона забороняє в категоріях абсолютних тортур або нелюдське чи принижуюче поводження або покарання, незалежно від обставин та поводження жертви... Згідно з спостереженнями Європейського комітету проти катувань, що стосується піддання подібним умовам в'язнів, які очікують на виконання смертної кари в Україні, суд вважає, що позбавлення скажника свободи в шкідливих умовах... становило принизливе поводження, що порушує статтю 3 Конвенції. Суд стверджує далі, що ситуацію скажника погіршував факт, що в цілому тому періоді був він засуджений до кари смерті, хоча... під час засудження скажника, а також уповноваження його вироку уже існував мораторій щодо кари смерті... Суд визнає, що умови позбавлення свободи, які скажник терпів особливо до травня 1998 року, мусили потягти у нього значне терпіння психічне, понижуюче його людську гідність».

«Гідність – 1. Сукупність рис, що характеризують позитивні моральні якості. 2. Усвідомлення людиною своєї громадської ваги, громадського обов'язку» [5, с. 180].

Президент Генеральної конференції ЮНЕСКО Каталін Бодженай зазначає: «Цей форум покликаний утверджувати цінність людської гідності, блага людини, її добробут і комфорт» [6, с. 240].

Жан-Жак Руссо вважав невід'ємною рисою людини її свободу і зазначав: «відмовитися від свободи – значить відмовитися від своєї людської гідності, від прав людини, навіть від обов'язків... такий підхід несумісний з людською природою [7, с. 91].

На думку О.В. Грищука, «свобода є однією...з ключових, фундаментальних цінностей, які впливають із самої сутності людини – людської гідності і, таким

чином, знаходять свій вираз у духовному соціумі, його культурі, а отже, і в праві» [8, с. 145].

П.Л. Фріс на підставі аналізу Конституції України доходить висновку, що до кола принципів, які визначають політику у сфері боротьби зі злочинністю, треба віднести і «принцип поваги до гідності людини» [9, с. 70].

В багатьох кримінальних кодексах захист свободи, честі та гідності чи репутації передбачений у нормах одного структурного підрозділу (розділу чи глави). Зокрема, норми, що передбачають відповідальність за злочин проти свободи, честі та гідності, передбачені в кримінальних кодексах Республіки Узбекистан 1995 року (глава VI), Російської Федерації 1996 р. (глава 17), Киргизької Республіки 1997 р. (глава 17), Республіки Таджикистан 1998 р. (глава 17), Республіки Білорусь 1999 р. (глава 22), Республіки Молдова 2002 р. (глава III Особливої частини), Республіки Вірменія 2003 р. (глава 17), Республіки Угорщина 1987 р. (глава XII «Злочини проти свободи та людської гідності», в якій передбачені, зокрема, норми про відповідальність заклеп (секція 180), дифамацію (секція 179) та непоштивість (секція 181), в Кримінальному законі Словацької Республіки 2005 р. (друга глава «Кримінальні діяння проти свободи і людської гідності» Особливої частини (§§ 179 – 2003).

Російський дослідник І.Я. Козаченко, коментуючи ст. 129 КК Російської Федерації, пише: «Коментований злочин посягає на честь і гідність, а також на репутацію людини в об'єктивному смислі, тобто підриває оцінку названих якостей потерпілого в очах оточуючих ...Честь – це суспільна оцінка особи з моральної позиції, притаманних в ідеалі членам суспільства.

Мірилом цієї оцінки є поведінка самої людини, її ставлення до соціальних і духовних цінностей, суспільства, оточуючих. Гідність – це внутрішня самооцінка якостей, світогляду, своєї ролі в суспільстві.

Репутація людини з моральної позиції визначає статус («реноме») людини в суспільстві. Вона включає уявлення інших людей про неї як про особу. Підірвати репутацію – значить змінити думку людей про конкретну людину в гірший бік. Всі три вказані моральні категорії (честь, гідність, репутація) взаємопов'язані» [10, с. 360-361].

Подібно визначають честь і гідність А.В. Барков [11, с. 408-409], Ю. Красіков [12, с. 310].

Кримінальний кодекс Таїланду 1955 р. містить розділ XI «Злочин проти свободи та репутації, що включає главу 3 «Злочини, пов'язані з клеветом» (ст. ст. 326-333).

У кримінальних кодексах держав, які утворилися на території колишньої Соціалістичної Федеративної Республіки Югославії, є глави, норми яких передбачають відповідальність за посягання на честь, гідність та репутацію. Так, у Кримінальному законі (Kazneni Zakon) Республіки Хорватія 1997 р. є глава XV «Кримінальні злочини проти честі та репутації» (ст. ст. 199-205), у якій передбачена відповідальність за образу (ст. 199), ушкодження репутації (ст. ст. 200, 201), обмову у вчиненні злочину (ст. ст. 202, 203), у КК Республіки Македонія (Criminal Code of Macedonia) 1996 р. – глава 19 «Злочини проти честі та репутації» (ст. ст. 172 – 185) містить норми про відповідальність за дифамацію (ст. 172), образу (ст. 173), ображання репутації Республіки Македонія (ст. 178), ображання репутації суду (ст. 180), ображання репутації іншої держави (ст. 181), ображання репутації міжнародної організації (ст. 182).

Кримінальний закон (Кривични законик) Республіки Сербія 2005 р. містить главу 17 «Злочини проти честі та репутації» (ст. ст. 170-186), де передбачена відповідальність за образу (ст. 170), наклеп (ст. 171), ушкодження репутації Сербії (ст. 173), ушкодження репутації у зв'язку з расовою, релігійною, національною або іншою приналежністю (ст. 174), ушкодження репутації іноземної держави або міжнародної організації (ст. 175).

Коментуючи зміст норм глави 17 Кримінального закону своєї країни, Зоран Стоянович пише, що груповий захищений об'єкт від цих кримінальних діянь є честь і репутація – одне з основних прав людини – право на людську гідність та повагу до особистості. Репутація є поняттям, що складається з понятійних частин, репутація є частина, котра у своїй середині характеризується своєю поведінкою та цінностями і тому виправдано ставиться на той самий рівень, що й честь. Внутрішня частина є суб'єктивне ставлення індивідуума до власної якості, в той час як зовнішнє його визнання – від суспільного середовища, тобто думки інших про якість індивідуума. Проблема, як уявляється у зв'язку з цим поділом, є та, що внутрішня і зовнішня частини є часто в конкретному випадку не співпадаючими, отже ставить питання, чому надавати кримінально-правовий захист. Кримінальному праву не потрібно охороняти ні винадавати самому собі, а право людини на честь, тобто її право на повагу до її особи [13, с. 415-416].

Про відповідальність за посягання на репутацію говорить кримінальне законодавство деяких інших країн. Наприклад, КК Республіки Корея 1953 р. містить главу XXXIII «Злочини проти репутації» (ст. ст. 307 – 312); КК Фінляндії 1889 р. (з наступними змінами) (The Penal Code of Finland, 2004) має главу 24 «Злочини проти прайвесі, публічного спокою або особистої репутації», де в секції 8 передбачено караність посягання на особисту репутацію.

Гідність як об'єкт кримінально-правової охорони фігурує в КК Аргентини 1921 р. Частина друга цього кодексу «Про злочин» містить розділ II «Злочини проти гідності» (ст. ст. 109 – 117), де у ст. 109 йдеться про наклеп та дискримінацію; КК Іспанії 1995 р. містить розділ XI «Злочини проти гідності особи», що включає три глави; I «Наклеп (ст. ст. 206 – 208), II «Образа» (ст. ст. 209 – 211), III «Загальні положення» (ст. ст. 212 – 217); КК Румунії, 2004 р. (Codul Penal 2004) в Особливій частині містить главу VIII «Проступки проти гідності» (ст. ст. 225-226). Ст. 225 передбачає відповідальність за наклеп, а в ст. 226 йдеться про доведення істинності, інакше добросовісність відомостей; КК Бельгії – 1867 р. у розділі VIII, главі V «Про замах на честь або гідність», передбачає караність наклепу (ст. 443), злісного розголошення (ст. 449); КК Нідерландів 1886 р. у розділі «Дифамація» передбачає караність зганьблюючого обвинувачення, (ст. 268), а у розділі XX «Фізична образа» - караність таких дій (ст. ст. 300 – 306); Загально-цивільний кримінальний кодекс Норвегії 1902 р. має главу 23 «Злочини проти честі та гідності» (§§ 246 – 254).

Складну структуру підрозділів, у яких ідеться про захист прав, має КК Франції 1992 р. У його книзі другій «Про злочини та проступки проти особи» є розділ II «Про посягання на людську особу», де є глава V «Про посягання на гідність людини», яка має, зокрема, відділи I «Про дискримінації» (ст. ст. 225-1 – 225-4), IV «Про посягання на повагу померлого» (ст. ст. 225-17 – 225-19), глава VI «Про посягання на особу» має, зокрема, відділи I «Про посягання на приватне життя» (ст. ст. 226-1 – 226-7), II «Про посягання на зображення особи» (ст. ст. 226-8 – 228-9), III «Про неправдивий донос» (ст. ст. 226-10 – 226-12), IV «Про посягання на таємницю» (ст. ст. 226-13 – 226-24).

У ст. 225-1 говориться: «Дискримінацію утворює будь-яке розрізнення, проведене між фізичними особами через їх походження, стать, сімейне становище, стан здоров'я, фізичні вади, звичаї, політичні переконання, професійну діяльність, реальну або гадану належність чи неналежність до певної етнічної групи, раси або релігії.

Дискримінацію також утворює будь-яке розрізнення, проведене між юридичними особами через походження, стать, сімейне становище, стан здоров'я, фізичні вади, звичаї, політичні переконання, професійну діяльність, реальну або гадану належність чи неналежність до певної етнічної групи, нації, раси або релігії всіх або певної етнічної групи, нації, раси або релігії всіх або деяких членів цих юридичних осіб».

КК Швеції 1962 р. містить главу 5 «Про дифамації» (ст. ст. 1 – 5), де передбачена відповідальність за дифамацію (ч. 1 ст. 1 гласить: «Особа, яка вказує на кого-небудь як на злочинця або як на особу, яка веде непорядний спосіб життя, або

іншим способом поширює інформацію, спрямовану викликати неповагу інших осіб, повинна бути засуджена за дифамацію»...), образливу поведінку (ч. 1 ст. 3 гласить: «Особа, яка вживає стосовно іншої особи образливі епітети або вживає обвинувачення, або допускає ганебну поведінку щодо неї, повинна бути засуджена, якщо діяння не є караним відповідно до статей 1 або 2, за образливу поведінку...»), дифамація померлого (ст. 4 гласить: «Дифамація стосовно померлого повинна тягти покарання у відповідності зі статтями 1 або 2, якщо діяння є злочином для осіб, що залишаються живими, або, якщо беручи до уваги тривалість часу, що сплинув з моменту кончини померлого та інших обставин, дію можна розглядати як порушення спокою, який належить покійному»).

КК Іраку 1969 р. (The Penal code with amendments. Third edition) в частині третій містить главу другу «Злочини, що стосуються свободи індивідуума та позбавлення такої свободи», де є секція четверта, у якій ідеться про караність дифамації, образи та розголошення конфіденційної інформації (§§ 433 – 438). Тут говориться: «§ 433(1). Дифамацією є публічне обвинувачення іншого стосовно подробиць матеріалу, якщо б такий був правдою, виставляв таку особу до покарання чи викликав зневагу суспільства», секція третя має назву «Опоганення могили або померлого, шкода поховальній процесії або церемоніалу» (§§ 373 (i), 374 (i), 375) глави восьмої «Соціальні злочини».

КК ФРН 1871 р. (з наступними змінами) містить розділ чотирнадцятий «Образа» (§§ 185-200), де передбачена відповідальність за образу (§ 185), лихослів'я (§ 186), наклеп (§ 187), опорочення пам'яті померлого (§ 189).

§ 187 КК ФРН «Наклеп» передбачає: «Хто навмисно стосовно іншої особи повідомляє або поширює завідомо неправдивий факт, котрий порочить цю особу або принижує її перед громадськістю або загрожує її кредитоспроможності, карається позбавленням свободи на строк до двох років або грошовим штрафом та, якщо діяння вчинено в публічному виступі, на зібранні або шляхом розповсюдження письмових матеріалів (§ 11 абз. 3), карається позбавленням свободи на строк до п'яти років або грошовим утриманням».

Доктор юридичних наук, професор Гельмут Фрістер пише: «Для того, щоб запобігти спробам здійснити тиск на депутатів та протидіяти такому явищу, як самоцензура, довелось визнати неможливим порушення кримінальної справи у зв'язку з поведінкою депутата в стінах парламенту. Виняток передбачено законом тільки для наклепницької образи в трактуванні норми § 187 STGB, тобто завідомо неправдивих образливих тверджень (ст.46 I GG, речення 3; § 36 I STGB, 2-е речення)» [14, с. 386].

КК Австрії 1974 р. має четвертий розділ «Злочинні діяння проти честі» (§§ 11-17), де передбачена караність наклепу (§ 11) та образи (§ 115).

КК Сан-Марино 1974 р. у книзі другій – у розділі I «Злочини проти особи» має главу III «Злочини проти честі» (ст. ст. 183-185), де передбачена відповідальність за наклеп (ст. 183), образу (ст. 184) та наклепницький пасквіль (ст. 185).

КК Швейцарії 1937 р. у книзі другій... має розділ III «Злочинні діяння проти честі та в царині таємної та приватної сфери», за нормами якого караються наклеп (ст. 173) завідомий наклеп (ст. 174), наклеп або завідомий наклеп на померлого (або оголошеного безвісти відсутнім (ст. 17), образу (ст. 177).

Переглянутий Кримінальний кодекс Філіппін 1930 (Revised Penal Code of the Philippin». Act №3815) у книзі другій «Злочини та покарання» містить розділ тринадцятий «Злочини проти честі» (ст. ст. 353 – 363), де глава перша «Зведення наклепу». Цей злочин у ст. 353 визначається так: «Зведений наклеп є публічне злісне приписування злочину або вади чи дефекту, дійсного або гаданого чи якої-небудь умови, статусу чи обставини, що мають тенденцію спричинити упущення, безчестя, дискредитацію, зневагу чи запламувати пам'ять того, хто помер».

Кримінальний закон (Trestný zákon) Словачької Республіки 2005 р. в Особливій частині містить другу главу «Злочинні діяння проти свободи та людської гідності» (§§ 179-203), другий відділ якої «Злочинні діяння проти людської гідності» містить норми про караність зґвалтування (§ 199), сексуального насильства (§200), сексуального зловживання (§ 201), інших способів сексуального зловживання щодо особи, молодшої сімнадцяти років (§ 202), статевого зв'язку між родичами (§ 203).

Кримінальний закон (Zákon trestní zákoník) Чеської Республіки 2009 р. в Особливій частині містить главу III «Злочинні діяння проти людської гідності в сексуальній сфері (§§ 185-193): зґвалтування (§ 185), сексуальний тиск (§ 186), статеве зловживання (§ 187), статевий зв'язок між родичами (§ 188), звідництво (§ 189), проституція, що загрожує моральному вихованню (§ 190), проституція, що загрожує розвитку дітей (§ 191), розповсюдження порнографії (§ 192), виготовлення та інше маніпулювання з дитячою порнографією (§ 193).

Кримінальний кодекс (Kodeks karny) Республіки Польща 1997 р. містить главу XXXII «Злочини проти честі та тілесної недоторканності (ст. ст. 212 – 217).

Ст. 212 «Обмова» говорить: «Хто пропонує іншій особі, групі осіб, установі, юридичній особі або організаційній одиниці без утворення юридичної особи таку поведінку або властивість, які можуть принизити їх в очах громадської думки або привести до втрати довіри, необхідної для обійманої посади, здійснюваної професії або роду діяльності, підлягають...».

Ст. 216 «Образ» у § 1 говорить: «Хто ображає іншу людину у її присутності або хоча б і за її відсутності, але публічно або з наміром, щоб про образу стало відомо іншій особі, ...підлягає...».

В польській літературі вказується, що в питанні честі як предмета кримінально-правової охорони на ґрунті регуляції статей 212 – 216 КК співіснують два чинники – об'єктивний і суб'єктивний. Щодо першого – (честь зовнішня) йдеться про позитивне уявлення про чесноти конкретної особи, яке надається їй в оперті на критерії суспільні, через середовище, в якому вона функціонує. У цьому значенні честі індивідуум тішиться у суспільстві. Честь внутрішня (гідність особиста) відноситься до внутрішнього переконання, яке людина має про власну особу. Йдеться про почуття власної вартості, яке посідає кожна особа. Приймається, що предметом кримінально-правової охорони злочину обмова є так звана честь зовнішня, а гідність особиста становить предмет охорони злочину образа [15, с. 51; 16, с. 245-246; 17, с. 243-244].

Не існує нормативного визначення поняття честі. В словнику йдеться про велику повагу, поведження, культ; поклоніння... гонор, добре ім'я, особисту гідність [18, с. 112].

Суд найвищий (Верховний) Республіки Польща в постанові від 14 жовтня 2010 р. вказав, що «обмова тільки тоді підлягає кримінальній відповідальності, коли пов'язується з ним можливість настання шкоди моральної для потерпілого у формі зниження або нараження на втрату поваги... Припис ст. 212 § 1 КК говорить не про зниження взагалі... але про зниження в opinіi публічній, що означає, що йдеться не тільки про травмування особистих відчуттів потерпілої особи, але про те, як особа буде трактована... широким, невизначеним колом осіб. Каральною є, отже, така обмова, яка може вести до приниження... цієї особи в opinіi інших осіб, викликати, що інші особи будуть вважати потерпілого за особу принижену...»

У Кримінальному кодексі Італії 1930 р. є розділ XII «Про злочини проти особи», в якому міститься глава II «Про злочини проти честі» (*Dei delitti contro l'onore* – ст. ст. 594, 595, 596, 596bis, 597, 598, 599), де передбачена відповідальність за образу (*ingiuria*), плямування (*diffamazione*), тобто плямування репутації.

Як видно з законодавства та правової літератури, потерпілим від наклепу, образи, ушкодження репутації, дискредитації, дифамації та інших способів посягання на гідність, честь чи репутацію може бути як фізична, так і юридична особа (чи об'єднання осіб без статусу юридичної особи).

В той же час питання про те, чи користується кримінально-правовим захистом своєї гідності померла людина, є спірним. Російський дослідник І.Я. Козаченко пише

щодо злочину, передбаченого ст. 129 «Наклеп» КК РФ, що «потерпілим від наклепу може бути будь-яка особа, включаючи... живих або померлих людей» [10, с. 361].

У польській правовій літературі практично одностайною є думка, що цей захист стосується лише живої людини. Так, А. Золль пише: «Мовлення про гідність кожної дійсно історичної людини означає, що «ця властивість відноситься до людини живої. Жива людина є носієм своєї гідності. Гідністю людини обдарований кожен, а отже й найгірший злочинець» [19, с. 18; 20, с. 281]¹⁵⁰.

Аналізуючи поняття «людина» в польському кримінальному праві, К. В'як пише: «Настання смерті визначає граничну межу для обов'язку кримінально-правової охорони життя людини, від цього моменту не виступає вже благом, охоронюваним в розділі XIX (це злочин проти життя та здоров'я – С. Я.). однак смерть біологічна не є кінцем «суспільного існування людського індивідуума» [24].

З гідності, що слугує людині, виникає повага, честь до останків людини та місця поховання [25, с. 1199; 26].

К. В'як зазначає: «Тому також з настанням мозкової смерті надалі охороні підлягає мертве тіло, що може бути предметом виконавчого діяння забезпечення мертвого тіла (ст. 262 КК)» [27, с. 1350].

Якщо розділ XXVII «Злочини проти честі та тілесної недоторканності» містить норми про відповідальність за посягання на честь людини – обмову (ст. 212) та образу (ст. 216), то ст. 262 (§1 Хто зневажає мертве тіло, людські останки або місце спочинку померлого, підлягає... §2 Хто грабує труп, місце спочинку померлого, підлягає покаранню...) міститься в розділі XXXII «Злочини проти публічного порядку».

Подібні норми сформульовані в кримінальному законодавстві багатьох держав: в Кримінальному законі Республіки Угорщина 1987 р. – у главі «Злочини проти свободи та людської гідності», Кримінальному законі Республіки Сербія 2005р., де у ст. 177, ч. 2, йдеться про переслідування за злочини, передбачені в статтях 170-172, якщо вони вчинені проти померлих; КК Іраку 1969 р., де в § 433 захищається могила, поховальна процесія чи церемоніал – у секції «Злочини щодо місця відправлення культу і місць поховання; КК Японії 1907 р. в главі 24 «Злочини щодо місць поховання» містить норми про відповідальність за відкриття могили з наругою над трупом (ст. 191); КК ФРН 1871 р. (з наступними змінами) в розділі чотирнадцятому «Образ» містить окрему норму § 189 «Опорочення пам'яті померлого»; КК Республіки Корея 1953 р. в главі XXXIII «Злочини проти репутації» містить ст. 308

150

Див. також інші джерела [21, с. 102; 22, с. 117; 23, с. 580].

«Розголошення опорочуючих відомостей про померлого»; КК Таїланду 1955 р. в розділі XI «Злочини проти свободи і репутації» - ст. 327 «Про шкоду репутації покійника»; КК Австрії 1974 р. у сьомому розділі «Злочинні діяння проти релігійного спокою та спокою померлого» у § 188 – 191 передбачає відповідальність за ці злочинні діяння, зокрема за наругу над могилою (§ 190), перешкоджання поховальному обряду (§ 191); КК Бельгії 1867 р. у главі V «Про замах на честь або гідність особи міститься ст. 453 «Особлива постанова», у якій передбачається караність порушення могили або надгробних споруд; КК КНДР 1987 р. (The Criminal Law of the Democratic People's Republic of Korea, 1992) у главі 7 «Злочинні порушення порядку суспільного колективного життя (ст. ст. 131-140) має ст. 139, де сказано: «Особа, яка руйнує або пошкоджує могили, буде направлена...»); КК Туркменістану 1997 р. у главі 20 «Злочини проти неповнолітнього, сім'ї та моралі» містить ст. 165 «Напруга над могилою»; КК Республіки Вірменія 2003р. у главі 25 «Злочини проти громадського порядку та моралі має ст. 265 «Наруга над тілом померлого або місцем поховання», КК Франції 1992 р. має розділ IV «Про посягання на повагу до померлого» (ст. ст. 225-17 – 225-18).

В Пенітенціарному кодексі Республіки Естонія 2000 р. є глава 9 «Винні діяння проти померлих» (ст. 148 «Наруга над трупом», ст. 149 «Осквернення пам'яті померлого», ст. 150 «Незаконне вилучення пересадочного матеріалу у трупа»).

В КК України є розділ III Особливої частини «Злочини проти волі, честі та гідності особи» (ст. ст. 146-156), але в ньому відсутні норми про захист честі та гідності людини. У розділі V «Злочини проти виборчих, трудових та інших прав і свобод людини та громадянина» є ст. 178 «Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків», ст. 179 «Незаконне утримування, осквернення, знищення релігійних святинь», ст. 180 «Перешкоджання здійсненню релігійного обряду». Лише у розділі XII «Злочини проти громадського порядку та моральності» (ст. ст. 293 – 304) міститься ст. 297 «Наруга над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого».

Я.Г. Лизогуб писав, що, на жаль, у розділі III чинного КК України «не названо жодного злочину проти честі та гідності» [28, с. 35].

Говорячи про вихідні положення підготовки КК України, Ю.В. Баулін зазначав: «Окремими статтями проекту КК встановлена відповідальність за порушення проголошених Конституцією прав людини й громадянина, зокрема права людини на життя (ст. 27), повагу до гідності тощо... Порушення всіх цих та інших прав людини, проголошених Конституцією, визнається злочинами (відповідно вбивство, образа, наклеп)» [29, с. 644].

Російський дослідник В.С. Комісаров пише: «Викликає серйозні сумніви обґрунтованість повної декриміналізації образи та клевети (до речі, знову відновлених в КК 28 липня 2012 рр)» [30, с. 22].

Сербський професор Зоран Стоянович перед аналізом змісту статей глави 17 «Кримінальні злочини проти честі та репутації» Кримінального закону Республіки Сербія 2005 р. пише, що груповий захищений об'єкт цих кримінальних злочинів є честь і репутація. Мова йде про одне з основних прав людини, право на людську гідність і повагу до її особи. Кримінально-правовий захист є у цій царині потрібним. Його не може замінити цивільно-правовий захист як єдиний інший спосіб надання захисту цим цінностям.

Ще менше можна уявити стихійний і неформальний громадський механізм, який у собі приховує небезпеку, до якої-небудь форми приватної реакції, що притаманний деяким минулим часам, коли кримінальне право виникало. Не дивлячись на те, що для кримінальних злочинів, котрі в сучасному кримінальному законодавстві не заборонені суворими покараннями, що звично розуміється під малозначною злочинністю, їх значення окремо взятих, і суспільство до цього часу переповнене дискусіями про декриміналізацію, були висунуті аргументи, котрі йшли б на користь відмови від кримінально-правового втручання в цю царину, відбулася з приводу проекту Кримінального закону, одна відома міжнародна організація висловила за декриміналізацію цих кримінальних злочинів з аргументом, що вони загрожують свободі засобів масової інформації, і потім постало ніби компромісне рішення через поправку в скупщинській процедурі виконання, депеналізація біля кримінальних злочинів «клевети» і «образи». Спеціальних кримінально-політичних підстав для декриміналізації та депеналізації цих кримінальних злочинів немає і залишається негатив, яким є мотиви таких відступів [13, с. 415-416].

Українські автори Є.В. Фесенко та А.А. Стрижевська, відзначаючи відхилення Верховною Радою України законопроекту про кримінальну відповідальність за образу та клевету, зазначають, що це мало місце «головним чином через побоювання громадськості можливих зловживань і обмежень права на свободу слова. На нашу думку, зважений підхід законодавця до таких важливих питань є виправданим. До того ж честь і гідність особи можуть бути захищені в порядку цивільного судочинства» [9, с. 364].

Основний закон ФРН (ст.1 (1)) проголошує вищою метою держави захист людської гідності. «...Тому кримінальне законодавство зобов'язане дотримуватись цього принципу вже в силу його конституційності» [14, с. 46].

Зазначимо, що питанню співвідношення кримінально-правового захисту згаданих цінностей та права людини на гідність і права на свободу слова, критики, у польській правовій літературі приділяється серйозна увага [31; 32].

Російський професор Н. Єгорова пише: «Законодавець цілком підставно віддав перевагу доводам прибічників існування складу клевету в кримінальному праві Росії.

Основним аргументом на користь декриміналізації даних діянь (причому не лише в Росії) були проблеми доказування факту усвідомлення особою неправдивості поширюваних відомостей, а також використання кримінально-правової заборони клевету для обмеження свободи слова в засобах масової інформації (Див., напр.,: Шевченко Т. Обзор уголовного законодательства в области диффамации: опыт Украины в области декриминализации клеветы и оскорбления (материалы «круглого стола» и семинара). – Алматы, 2010. – С. 35).

Подібні аргументи, на мій погляд, безпідставні. Проведене автором даної статті вибіркове вивчення судових актів по кримінальних справах про клевету (приблизно 100 судових актів по кримінальних справах про клевету, передбачений ст. 129 КК [в ред. федеральних законів від 8.12.2003 р., від 6.05.2010 р, від. 7.03.2011 р., винесених судами Федерації в 2010 – 2011 рр. – С.Я.] показало, що незадовго до декриміналізації клевету правозастосовна практика послідовно дотримувалась аксіоми про можливість вчинення розглядуваних злочинів тільки з прямим умислом. Обвинувальні вироки по ст.ст. 129 і 298 КК були рідкістю (при цьому жоден обвинувальний вирок із числа тих, з якими мені довелося ознайомитись, не був винесений стосовно журналіста). Однак це ніяким чином не характеризувало статті про клевету як якусь надмірність в підсистемі забороняючих кримінально-правових» [33].

У кримінальному законодавстві ряду країн містяться норми про можливість доведення правдивості відомостей, що «усуває» відповідальність їх автора за клевету. Так, у ст. 213 КК Республіки Польща йдеться про «виключення безправності щодо обмови за дозволену критику». Ст. 225 КК Румунії передбачає відповідальність за клевету, а в ст. 226 говориться про доведення істинності наведених відомостей. Частина 1 ст. 330 КК Таїланду гласить: «У справі про клевету, якщо особа, обвинувачувана в клеветі, може довести, що зроблена нею заява є правдою, вона не повинна бути покарана». Ст. 176 Кримінального закону Республіки Сербія вказує, що не підлягає покаранню за ушкодження репутації, передбаченого в статтях 173 – 174, якщо особа доведе, зокрема, істинність свого твердження. Ст. 208 КК Іспанії 1995 р. гласить: «Винуватий у клеветі звільняється від покарання, якщо злочин, у вчиненні якого він обвинуватив потерпілого, дійсно був ним вчинений». Секція 182 КК

Філіппін говорить, що особа не буде покарана, якщо злочин, передбачений секціями 179-181, є правдою.

Професор Павло Семенович Матишевський, шанований студентами та викладачами юридичного факультету Київського державного університету імені Т.Г. Шевченка, Учитель, переконливо писав: «Людина як самостійна і найвища цінність не може бути зведена до носія суспільних відносин. Вона має природне, невід’ємне і невідчужуване право на життя, честь і гідність» [34, с. 68].

В опублікованій у 2005 р. праці «Новий Кримінальний кодекс України в контексті сучасної кримінально-правової думки» В.Я. Тацій, В.В. Сташис, Ю.В. Баулін писали: «Запропонована в новому КК система Особливої частини відобразила не тільки нові теоретичні досягнення з питань її побудови, а й головним чином систему суспільних відносин і соціальних цінностей, що склалися в Україні в перші десять років її становлення як незалежної, демократичної держави, які і підлягають кримінально-правовій охороні» [29, с. 757].

В літературі висловлюються пропозиції про реформування чинного чи прийняття нового КК України [35, с.150].

Є. Фесенко пише, що методологічною основою при цьому може слугувати концепція, відповідно до якої об’єкт злочину розглядається як ціннісна категорія [36, с. 113].

Л.М. Демидова зазначає: «Положення та приписи КК є відображенням ставлення суспільства та держави до охорони найважливіших соціальних цінностей» [37, 120].

Детально розглядає проблему цінностей у кримінальному праві польська дослідниця Аліція Гжеськов’як [38], використовуючи при цьому й праці італійських вчених [39-43] та вчених інших країн.

Т.В. Варфоломеева слушно вказує: «Конституція України проголосила права людини як найвищі соціальні цінності, невідчужуваними і непорушними. Серед них, поряд з правом на життя, центральне місце посідають право на повагу до її гідності (28) та право на свободу і особисту недоторканність (ст. 29). Зазначені в заголовку розділу III права, які захищає закон, належать до категорії невідчужуваних природних прав людини, а тому їх злочинне порушення повинно розцінюватися як посягання на першооснову людського суспільства, що утворюється, існує і розвивається саме як сукупність окремих людей – носіїв даних їм незалежно ні від кого, природних прав» [44, с. 348].

Однак доводиться констатувати, що в чинному КК України відсутні норми, які б передбачали відповідальність за посягання на гідність та образу фізичних осіб за їх життя. Серед держав, які утворились на пострадянському просторі, крім України, це

стосується також Естонської Республіки. В Пенітенціарному кодексі цієї країни, прийнятому в 2000 р., такі норми відсутні.

В Конституції України сказано: «Стаття 34. Кожному гарантується право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір.

Здійснення цих прав може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя».

Стаття 28 Конституції України говорить: «Кожен має право на повагу до його гідності.

Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню.

Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідям».

При формулюванні законодавчих положень про кримінально-правовий захист гідності людини мають бути дотримані наведені конституційні приписи про право людини на повагу до її гідності і в той же час право на свободу думки і слова – без посягання на репутацію або права інших людей.

Ніхто не ставить під сумнів необхідність правового захисту гідності людини, але цей захист має бути належним. Найвища соціальна цінність, якою є гідність людини, заслуговує і на кримінально-правовий захист.

Законом України від 16 січня 2014 року «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та процесуальних законів щодо додаткових заходів захисту безпеки громадян» КК України був доповнений ст.151¹ «Наклеп»:

«1. Наклеп, тобто умисне поширення завідомо недостовірних відомостей, що ганьблять честь і гідність особи, –

карається штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до двохсот годин, або виправними роботами на строк до одного року.

2. Наклеп у творі, що публічно демонструється, в засобах масової інформації або в мережі інтернет, а так само вчинений особою, раніше судимою за наклеп, –

карається штрафом від п'ятдесяти до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот годин, або виправними роботами на строк до одного року.

3. Наклеп, поєднаний з обвинуваченням у вчиненні тяжкого чи особливо тяжкого злочину, –

карається виправними роботами на строк від одного до двох років або обмеженням волі на строк до двох років.».

Цей закон визнаний таким, що втратив чинність, Законом від 29 січня 2014 року «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України», прийнятим в апогеї суспільно-політичної кризи в нашій державі – на шляху пошуку компромісу для подолання кризи.

Думаю, що все раніше викладене у цій статті дає підстави для виправлення становища стосовно КК України, що можна зробити шляхом передбачення в розділі III його Особливої частини норм про відповідальність за клевету та образи. При цьому, очевидно, не зайвим буде передбачити припис, що в разі встановлення правдивості інформації, що опорочує іншу особу (групу осіб), її автор чи розповсюдjuвач не повинен притягуватись до кримінальної відповідальності за клевету.

Використані джерела:

1. K. Complak. O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w RP / K. Complak // Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP / red. B.Banaszak, A.Preisner. – Warszawa, 2002. – S. 63-79.

2. Власихин В.А. Конституция США. Политико-правовой комментарий / Власихин В.А., Мишин А.А. - М.: Международные отношения, 1985. - 336 с.

3. Джованні Піко Делла Мірандола. Промова про гідність людини / Джованні Піко Делла Мірандола // Всесвіт. – 2013. – № 11 – 12. – С.38 – 63.

4. Оганесян В. Принципы уголовного правосудия в международном праве. Эволюция и особенности имплементации / В. Оганесян. – М.: Notabene. 2012 – 328 с.

5. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і головн. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун». 2001. – 464 с.

6. Дроздовський Д. "Діалог. Повага. Гідність" - концепції розвитку людства на II Міжнародному гуманітарному форумі в Баку / Д. Дроздовський // Всесвіт. - 2013. - № 1/2. - С. 237-242.

7. Капицын. В.М. Права человека и механизмы их защиты / В.П. Капицын. – М.: ИКФ «ЭКМОС», 2003 – 288 с.

8. Гришук О.В. Людська гідність у праві і філософські проблеми / Гришук О.В.. – К.: Атіка, 2007. – 464 с.

9. Правова доктрина України.: у 5 т. – Т. 5. Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / за заг. ред. акад. Ю.П. Битяка. – Х.: Право, 2013. – 728 с.

10. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постатейными материалами и судебной практикой / под общ. ред. С.И. Никулина. – М.: Менеджер; Юрайт, 2001. – 748 с.
11. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / под ред. А.В. Баркова, В.М. Хомича. - 2-е изд. с изм. и доп. – Минск: ГИУТС БГУ, 2010. – 1063 с.
12. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева. – 4-е изд., перераб. и доп.: - М.: Норма, 2005. – 912 с.
13. Зоран Стојановић. Коментар Кривичног законика / Зоран Стојановић. – 1 изд. – Белград: Службени гласник, 2006. – 874 с.
14. Фристер Гельмут. Уголовное право Германии. Общая часть / Гельмут Фристер; пер. с нем.; под. ред. М. Кудратова. - 5-е изд. – М.: Инфотропик Медиа, 2013. – С.386.
15. Surkont M. Cześć i godność osobista jako przedmioty ochrony prawnokarnej / M. Surkont // Nowe prawo. – 1980. - № 4. – S. 24-53.
16. B. Kunicka-Michalska. Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania wolności seksualnej i obyczajności oraz nawiązka / B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska. – Warszawa, 2001. – 316 s.
17. Kodeks karny. Komentarz / red. O. Gurniok. - Warszawa, 2006. – 431 s.
18. Słownik języka polskiego / red. E. Sobol. – Warszawa: PWN, 2005. – 789 s.
19. Zoll A. Dostęp do informacji prawnej jako prawo obywatelskie / A. Zoll // Informacja prawna a prawa obywatela. Konferencja z okazji XXXV-lecia informatyki prawniczej w Polsce i XV-lecia Systemu Informacji Prawnej LEX (Gdańsk, 19-20 czerwca 2006) // red. K. Grajewski, J. Warylewski. – Wwa: Wolters Kluwer, 2006. – s. 15-22.
20. Zoll A. Godność człowieka jako źródło wolności i praw / A. Zoll // *Hominum causa omne ius constitutum est*. Księga jubileuszowa czci Profesor Alicji Grześkowiak // red. A. Dembiński, M. Gałązka, K. Wiak. Lublin, 2006. – S. 279-286.
21. Ch. Grabenwarter. Europäische Menschenrechtskonvention / Ch. Grabenwarter. – München, Baden, 2008.
22. L. Bosek. Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP / Bosek L. // Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla / P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.). – Tom I. Warszawa, 2012. – 79-117.
23. Kodeks karny. Komentarz / pod redakcją Tadeusza Bojarskiego. – Warszawa: Lexis Nexis, 2013. – 1064 s.
24. Opinia w sprawie skutków prawnych. Wprowadzenia do Konstytucji RP – Zmiany w treści art. 30 oraz art.38. Kraków, 13 lutego 2007 r. / W. Wróbel // Konstytucyjna

formula ochrony życia, druk sejmowy. - № 993. - Biura Analiz Sejmowych, marzec 2007. - S. 100.

25. Kodeks karny. Cześć ogólna // red. A.Zoll. - T. II. - Kraków, 2006. - 769 s.

26. R.A. Stefański. Przestępstwo zniesławienia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 KK) / R.A. Stefański // Prokuratura i Prawo. -2004. - № 10. - S. 21-22.

27. Krzysztof Wiak. Pojęcie "człowiek" w polskim prawie karnym, / Krzysztof Wiak // Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla / red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. - T. II. - Warszawa, 2012. - s. 1337-1351.

28. Лизогуб Я.Г. Протидія торгівлі людьми: навч. посібник / Я.Г. Лизогуб, С.С. Яценко; наук. ред. С.С. Яценко. - К.: Атіка, 2005. - 240 с.

29. Баулін Ю.В. Вибрані праці / Ю.В. Баулін. - Х.: Право, 2013. - 928 с.

30. Комиссаров В.С. Тенденции развития российского уголовного законодательства: попытка системного анализа / В.С. Комиссаров // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжн. наук.-практ. конф. 10-11 жовтня 2013 р. / редкол.: В.Я.Таций (головн.ред), В.І. Борисов (заст. головн. ред.) та ін. - Х.: Право, 2013. - С. 17-23.

31. Izabela Lewandowska-Malec. Wolność słowa a godność człowieka / Izabela Lewandowska-Malec // Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla / red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. - T. I. - Warszawa, 2012. - S. 229 - 237;

32. Ewa Lentowska. Państwo prawa i prawo karne / Ewa Lentowska // Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla / red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. - T. I. - Warszawa, 2012. - S. 743 - 756.

33. Егорова Н.В. Новые редакции статей о клевете / Н.В. Егорова // Современное состояние и проблемы уголовного и уголовно-процессуального права, юридической психологии. Секция «Уголовное право». Материалы Международной научно-практической конференции. Россия, г. Волгоград. 13-14 декабря 2012 г. - Волгоград, 2012 г. - С. 125-134.

34. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / П.С. Матишевський. - К.: Юрінком Інтер, 2001. - С. 352.

35. Музика А.А. Проблема кримінальної відповідальності: безпідставність встановлення чи скасування, незаконність притягнення чи звільнення, правомірність виключення / А.А. Музика // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжн. наук.-практ. конф., 10-11 жовтня 2012 р. / редкол.: В.Я. Таций (головн. ред.), В.І. Борисов (заст.головн.ред.) та ін. - Х.: Право, 2013. - С.147-153.

36. Фесенко Є.В. Перспективи реформування інституту кримінальної відповідальності / Є.В. Фесенко // Актуальні проблеми кримінальної

відповідальності: матеріали міжн. наук.-прак. конф., 10-11 жовтня 2012 р. / редкол.: В.Я. Тацій (головн. ред.), В.І. Борисов (заст.головн.ред.) та ін. – с. 110-113.

37. Демидова Л.М. Проблеми кримінальної відповідальності і методологічні функції дослідження / Л.М. Демидова // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали міжн. наук.-прак. конф., 10-11 жовтня 2012 р. / редкол.: В.Я. Тацій (головн. ред.), В.І. Борисов (заст.головн.ред.) та ін.. – С. 117-121.

38. Alicija Grześkowiak. Prawo karne wartości. Wybrane problemy / Alicija Grześkowiak // Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla / red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel. - T. II. – Warszawa, 2012. – S. 285 – 310.

39. G. Bettiol. Il problema penale. Scritti giuridici / G. Bettiol. – T. II. – Padova 1966. – 504 p.

40. G. Bettiol. Diritto penale / G. Bettiol. – Padova, 1982. - 725 p.;

41. F. Antolisei. Manuale de diritto penale. Parte generale / F. Antolisei. – Milano, 2003. – 864 p.

42. G. Marini. Diritto penale come filosofia / G. Marini, G. Bettiol. Napoli, 1985. – 111 p.

43. G. Findaca. Diritto penale. Parte generale / G. Findaca, E. Musco.. Bologna, 2009. – 895 p.

44. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. – 1428 с.

У статті розглядаються питання охорони гідності людини як природної і невідчужуваної трансцендентної цінності – джерела свободи та прав людини і громадянина в міжнародно-правових документах, конституціях держав світу, рішеннях конституційних судів (трибуналів) деяких країн, а також у кримінальному законодавстві багатьох держав та наводяться міркування вчених ряду країн з цього питання, висловлюються пропозиції про вдосконалення кримінального законодавства України з врахуванням законодавчого досвіду інших держав.

Ключові слова: гідність людини, захист прав людини, відповідальність за посягання на гідність людини.

В статье рассматриваются вопросы охраны достоинства человека как естественной и неотъемлемой трансцендентной ценности – источника свободы и прав человека и гражданина в международно-правовых документах, конституциях стран мира, решениях конституционных судов (трибуналов) отдельных стран, а также в уголовном законодательстве многих стран и приводятся мнения ученых ряда стран по этому вопросу, высказываются предложения про

усовершенствование уголовного законодательства Украины с учетом законодательного опыта других стран.

Ключевые слова: *достоинство человека, защита прав человека, ответственность за посягательство на достоинство человека.*

The questions of defence of dignity of individual as natural and inalienable transcendental value-source of freedom and rights of individual and citizens in international documents, constitutions of states of world, decisions of constitutional courts (tribunals) of some countries, also in criminal legislation of much countries and lead considerations of scientists of some countries on the questions, as far of proposals about improvement of criminal legislation of Ukraine is consent with account legislative experience other countries in this article.

Key words: *dignity of human being, defence of rights of human being, liability for encroachment upon dignity of human being.*

***Погорецький Микола Анатолійович***

доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

***Яновська Олександра Григорівна***

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри правосуддя Київського
національного університету імені Тараса Шевченка

Відкритість та прозорість судової системи: проблеми реалізації міжнародних стандартів в Україні

Одним з найважливіших результатів судової реформи в Україні має бути становлення відкритої, прозорої для суспільства судової системи, що властива саме правовій державі з її розвинутими громадянськими інститутами захисту прав людини. Ще 28 квітня 1992 р. Верховна Рада України схвалила першу Концепцію судово-правової реформи в Україні [1], в якій «створення нового законодавства, вдосконалення форм судочинства» та перебудова судової системи були проголошені головною метою судово-правової реформи. З метою комплексного реформування судової системи, у травні 2006 р. Президент затвердив Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів [2]. Ця Концепція визначила необхідність радикального реформування матеріального та процесуального законодавства, деідеологізацію і наповнення його гуманістичним змістом.

Однак процес реформування судової системи виявився значно більш складним та виснажливим, ніж очікувалось. Адже 40 % опитуваних громадян вважають, що органи суду повністю охоплені корупцією [3]. Тож, з огляду на набутий достатній власний та міжнародний досвід, слід ґрунтовно опрацювати майбутні кроки реформ і переконати суспільство у їх необхідності. При цьому слід враховувати, що формування та ефективне функціонування незалежного суду та відкритої судової системи можливі лише в державі, в якій було виявлено політичну волю щодо цього, де політичні сили відмовились від впливу на судову гілку влади та поступились власними інтересами на користь інтересів суспільних та державних.

Окрім того, публічний характер як самих органів – суб'єктів владних повноважень, так і їх посадових осіб вимагає оприлюднення певної інформації для

формування громадської думки про довіру до влади та підтримку її авторитету в суспільстві.

З метою забезпечення відкритості діяльності судів, прогнозованості судових рішень та сприяння однаковому застосуванню законодавства 22 грудня 2005 року був прийнятий Закон України «Про доступ до судових рішень» від № 3262-IV, в якому передбачалось, що до Єдиного державного реєстру судових рішень (далі – ЄРСР) включаються усі судові рішення судів загальної юрисдикції [4]. Однак, 20 жовтня 2011 року до вказаного Закону були внесені зміни, відповідно до яких перелік судових рішень судів загальної юрисдикції, що підлягають включенню до ЄРСР, затверджується Радою суддів України за погодженням з Державною судовою адміністрацією України. Такі зміни до Закону України «Про доступ до судових рішень» ускладнюють доступ громадян до правосуддя щодо реалізації їх права на ознайомлення з судовими рішеннями.

За відсутності конкретних принципів відбору судових рішень, які мають бути внесені до ЄРСР, чинний порядок включення судових рішень до ЄРСР, на наш погляд, не відповідає Конституції України, міжнародним правовим актам та іншим правовим актам України.

Так, згідно ст. 129 Конституції України однією з основних засад судочинства є гласність судового процесу [5]. Основа права на доступ до інформації закріплено також в ст. 34 Конституції України, відповідно до якої, кожен має право вільно зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір. Ця норма Конституції України ґрунтується на положеннях Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини [6], Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (стаття 18, 19) [7] та інші.

Відповідно до Рекомендації Ради Європи № R (2002) 2 «Про доступ до офіційних документів» від 21 лютого 2002 року доступ до офіційних документів на основі рівноправності та відповідно до чітких правил дозволяє громадянам виробити адекватне бачення та сформувані критичні погляди щодо стану суспільства, у якому вони живуть, та щодо органів влади, які ними керують; сприяє більшій дієвості та ефективності адміністративних органів і допомагає підтримувати їх цілісність, усуваючи ризик корупції; є чинником, що підтверджує легітимність органів управління як державних служб і посилює довіру громадськості до органів державної влади [8].

В Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленої Указом Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006 визначена необхідність становлення в Україні судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства, що

функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує право особи на справедливий суд. Одним з пріоритетних напрямів вдосконалення судівництва в Україні дана Концепція визначає забезпечення прозорості в діяльності судів, в тому числі шляхом забезпечення відкритого доступу до судових рішень. Подібні кроки мають стати однією з найефективніших форм контролю громадськості за діяльністю судової влади, що сприятиме однаковому застосуванню законів і передбачуваності результатів вирішення аналогічних справ.

Національна антикорупційна стратегія на 2011-2015 роки, яка була схвалена Указом Президента України від 21 жовтня 2011 року № 1001/2011 також відзначає необхідність узгоджених дій державних органів щодо поліпшення умов доступу фізичних, юридичних осіб та об'єднань громадян без статусу юридичної особи до інформації про діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування [9].

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» серед основних засад організації судової влади в Україні визначає гласність і відкритість судового процесу [10]. В ст. 11 цього Закону зазначається, що ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Кожен, хто не є стороною у справі, має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом.

В ст. 4 Закону України «Про доступ до публічної інформації» зазначається, що доступ до публічної інформації здійснюється на принципах прозорості та відкритості діяльності суб'єктів владних повноважень, вільного отримання та поширення такої інформації [11]. Закон України «Про доступ до судових рішень» є спеціальним законом по відношенню до Закону України «Про доступ до публічної інформації». При цьому, фактичне встановлення обмеження щодо внесення судових рішень до Єдиного державного реєстру судових рішень не узгоджується також з низкою норм самого Закону України «Про доступ до судових рішень», а саме в ст. 2 даного Закону зазначається: «Кожен має право на доступ до судових рішень у порядку, визначеному цим Законом. Це право забезпечується офіційним оприлюдненням судових рішень на офіційному веб-порталі судової влади України в порядку, встановленому цим Законом»; в ст. 4 Закону визначено, що судові рішення, внесені до Реєстру, є відкритими для безоплатного цілодобового доступу на офіційному веб-порталі судової влади України.

Крім того, необхідно враховувати, що ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає обов'язковість судових рішень, вказуючи, що судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими

особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України. Обмеженість доступу до судових рішень може створити суттєві перешкоди при виконанні даного нормативного положення.

Також, процесуальним законодавством України передбачається можливість перегляду судових рішень Верховним Судом України з підстави неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах (наприклад, ст. 355 ЦПК України, ст. 445 КПК України). Реалізація даного права може бути суттєво ускладнена за відсутністю вільного доступу до всіх без винятку судових рішень.

Викладене вище беззаперечно доводить, що визначення Радою суддів України переліку судових рішень, які підлягають включенню до Єдиного державного реєстру судових рішень, суперечить конституційним засадам здійснення правосуддя та може призвести до обмеження принципу гласності та відкритості судового процесу.

Не менш важливим, з точки зору забезпечення відкритості судової системи в Україні є, на нашу думку, подальше вдосконалення заходів фінансового контролю за діяльністю судів та суддів.

На це був спрямований Закон України «Про судоустрій і статус суддів» 7 липня 2010 року № 2453-VI, який передбачав обов'язкову публікацію копій декларацій суддів про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік на офіційному веб-порталі судової влади України (www.court.gov.ua). Вказане положення мало б забезпечити безперешкодний доступ громадськості до вищезгаданих відомостей про майновий стан конкретного судді з метою здійснення незалежного громадського контролю у сфері запобігання і протидії корупції. Однак, 24 квітня 2012 року до вказаного Закону були внесені зміни, відповідно до яких судді вже не зобов'язані подавати декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік для оприлюднення в мережі Інтернет. Такі зміни можуть призвести до зниження рівня фінансового контролю за діяльністю судів та суддів.

При вирішенні даного питання треба враховувати положення ратифікованих Україною Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року [12], Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року [13], а також положення Указу Президента України «Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи» від 12 січня 2011 р. [14], зі змінами, внесеними Указом Президента України від 27 квітня 2011 р.; Резолюції ПАРЄ № 1703 (2010) «Про корупцію в суддівському середовищі» [14]; Плану дій Ради Європи для України на 2011 – 2014 роки від 23.06.2011 р. (програма «Належне

врядування та боротьба з корупцією в країнах Східного партнерства») [16], оскільки за ч. 1 ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України.

Слід визнати, що оприлюднення фінансової звітності суддів певною мірою є втручанням в їх приватне життя. У ст. 12 Загальної декларації прав людини 1948 року встановлено, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію [17]. Кожна людина має право на захист законом від такого втручання або таких посягань. У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року визначено, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції; органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб (стаття 8). Міжнародним пактом про громадянські і політичні права 1966 року встановлено, що ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію.

Водночас, Парламентська Асамблея Ради Європи у своїй Резолюції від 25 грудня 2008 року № 1165 (1998) вказала, що публічні особи повинні усвідомлювати, що особливий статус, який вони мають у суспільстві, автоматично збільшує рівень тиску на приватність їхнього життя (пункт 6) [18].

Така позиція, певною мірою підтримується і рішенням Конституційного Суду України від 6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010 (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів), відповідно до якого обмеження, пов'язані з необхідністю фінансового контролю для певної категорії осіб, сприяють виявленню корупційних правопорушень і є важливими у доборі кадрів та захисті економіки держави [19].

Згідно листа Мініюсту України від 05.12.2012 р. № б/н щодо вимог декларування майна, доходів, витрат і зобов'язань фінансового характеру та оприлюднення декларацій, декларація, передбачена Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції», подається з метою створення умов прозорості діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, а

також виявлення та недопущення конфлікту інтересів у їх діяльності [20]. Саме тому особи, визначені у Законі України "Про засади запобігання і протидії корупції", повинні декларувати не лише свій майновий стан, а і майновий стан членів сім'ї та більшість своїх значних за розмірами видатків [21].

Окремої уваги заслуговує питання обов'язку оприлюднення окремими суб'єктами декларування відомостей, що містяться в декларації. Під час практичної реалізації вказаної норми необхідно також брати до уваги положення п. 7 Примітки до форми декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік, що додається до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», згідно з якими відомості щодо реєстраційного номера облікової картки платника податків або серії та номера паспорта громадянина України і щодо місцезнаходження об'єкта є інформацією з обмеженим доступом і не підлягають оприлюдненню. В Законі України «Про доступ до публічної інформації» в ч. 6 ст. 6 також зазначається, що не належать до інформації з обмеженим доступом відомості, зазначені у декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, оформленої за формою і в порядку, що встановлені Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції», крім відомостей, зазначених у пункті 7 примітки додатка до цього Закону.

Оскільки в деклараціях, які підлягають опублікуванню, містяться також і відомості про членів сім'ї, у правозастосовній діяльності неодноразово поставало питання про необхідність надання згоди членів сім'ї декларанта на опублікування відомостей щодо них. У зв'язку з цим Конституційний Суд України у своєму Рішенні у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012 окремо роз'яснив, що збирання, зберігання, використання та поширення державою, органами місцевого самоврядування, юридичними або фізичними особами конфіденційної інформації про особу без її згоди є втручанням в її особисте та сімейне життя, яке допускається винятково у визначених законом випадках і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини [22].

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 32 Основного Закону України ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України; не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Зазначеним вимогам Конституції України кореспондують положення законодавства України, якими передбачено, що: збирання, зберігання,

використання і поширення інформації про особисте життя фізичної особи без її згоди не допускаються, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (абзац другий частини першої статті 302 Цивільного кодексу України) [23]; поширення персональних даних без згоди суб'єкта персональних даних або уповноваженої ним особи дозволяється у випадках, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (частина друга статті 14 Закону України «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 року № 2297-VI [24]; конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, а також в інших випадках, визначених законом (частина друга статті 21 Закону України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року № 2657-XII зі змінами) [25]; розпорядники інформації, які володіють конфіденційною інформацією, можуть поширювати її лише за згодою осіб, які обмежили доступ до інформації, а за відсутності такої згоди - лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (частина друга статті 7 Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 року № 2939-VI).

Також у зазначеному Рішенні Конституційного Суду України від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012 наголошується на тому, що перебування особи на посаді, пов'язаній зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування, передбачає не лише гарантії захисту прав цієї особи, а й додаткові правові обтяження.

При цьому необхідно врахувати, що згідно Національній антикорупційній стратегії на 2011-2015 роки, корупція в Україні набула ознак системного явища, яке поширює свій негативний вплив на всі сфери суспільного життя, все глибше укорінюючись у повсякденному житті як основний, швидкий та найбільш дієвий протиправний засіб вирішення питань, досягнення певних цілей. Масштаби поширення корупції загрожують національній безпеці України. В цьому документі зазначається, що одним з основних завдань країни є підвищення ступеня довіри до органів державної влади. Водночас серед основних напрямів реалізації Національної антикорупційної стратегії виділено, в тому числі, активізацію міжнародного співробітництва у сфері запобігання і протидії корупції, а саме приведення антикорупційної політики України у відповідність із міжнародними стандартами у сфері запобігання і протидії корупції та впровадження в Україні найкращих практик іноземних держав у сфері запобігання і протидії корупції. Потрібно зауважити, що загальноєвропейською є тенденція щодо оприлюднення декларацій державних

службовців, у тому числі і суддів, на офіційних веб-сайтах відповідних державних органів у мережі Інтернет.

Окрім того, аналізуючи положення п. 1 ч. 1 ст. 4, ч. 2 ст. 12 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» та п. 7 ч. 4 ст. 54, ч. 1 ст. 83 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», слід звернути увагу на непослідовність викладених норм, відповідно до яких обов'язок подання для оприлюднення декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік покладено лише на голову та суддів Конституційного Суду України, голову та суддів Верховного Суду України, голів та суддів вищих спеціалізованих судів України. В той же час дисциплінарна відповідальність за неподання або несвоєчасного подання для оприлюднення декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік може бути застосована до будь-якого судді.

В цілому, попри об'єктивно існуючі складнощі, система фінансового контролю, що продовжує будуватися, на нашу думку, повинна стати ефективним механізмом запобігання корупції в судовій системі, надавши можливість уникати конфлікту інтересів та забезпечивши прозорість діяльності судів.

Безсумнівно, не лише прозорий механізм доступу до судових рішень і система фінансового контролю за діяльністю судів та суддів забезпечують відкритість та прозорість судової системи. Заходи організаційного характеру (отримання інформації про діяльність судів, доступ до приміщень суду і т. ін.) мають не менш важливе значення. Так, їх дослідженню була присвячена робота В. В. Городовенка [26].

Підсумовуючи, слід зазначити, що створення в державі умов для верховенства права, законів та забезпечення реального захисту прав і свобод людини і громадянина є головною метою судово-правової реформи. Адже, проведене соціологічне опитування продемонструвало сумну динаміку: у 2012 р. лише 5,7 % респондентів підтримують діяльність суду в Україні, в той час, як у 2005 р. цей показник сягав 21,3%. Водночас, у 2012 р. 57,5% респондентів категорично не підтримують діяльність судів в Україні [27]. За таких умов, вважаємо, що забезпечення міжнародних стандартів відкритості судової системи в Україні дозволить забезпечити реалізацію принципу гласності судового процесу, створить додаткові правові механізми запобігання і протидії корупції у судовій системі України, сприятиме підвищенню авторитету судових органів та рівня довіри до їх діяльності.

Використані джерела:

1. Концепція судово-правової реформи в Україні: Постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 426.

2. Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України № 361/2006 від 10.05.2006 р. // Офіційний вісник України. – 2006 р. – № 19. – Ст. 1376.

3. Соціологічне опитування, проведене Українським центром економічних і політичних досліджень ім. О. Разумкова (станом на 14.07.2011 р.): [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://www.razumkov.org.ua>.

4. Про доступ до судових рішень: Закон України від 22 грудня 2005 року // Офіційний вісник України. – 2006. – № 3. – Ст. 1197.

5. Конституція України від 28 червня 1996 р. – К.: ІВА, 1996. – 52 с.

6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. – К.: Парламент. вид-во, 2000. – С. 27-63.

7. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. – К., 1992. – С. 36-62.

8. Рекомендації Ради Європи № R (2002) 2 «Про доступ до офіційних документів» від 21 лютого 2002 року): [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_a33

9. Національна антикорупційна стратегія на 2011-2015 роки: Указ Президента України від 21 жовтня 2011 року № 1001/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 83. – Ст. 3020.

10. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 7 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41-42. – Ст. 529.

11. Про доступ до публічної інформації: Закон України від № 2939-VI 13.01.2011 // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 314.

12. Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією 1999 року: ратифіковано Законом України № 2476-IV від 16.03.2005 // Відомості Верховної ради. – 2005. – № 16. – Ст. 266.

13. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією 1999 року: ратифіковано Законом України № 252-V від 18.06.2006: [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_101

14. Про План заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що впливають з її членства в Раді Європи: Указ Президента України від № 24/2011 від 12.01.2011 // Офіційний вісник України. – 2011 р. – № 4. – Т. 2. – Ст. 197.

15. Резолюція ПАРЕ № 1703 (2010) «Про корупцію в суддівському середовищі»: документ № 10676 від 5 жовтня 2005 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://www.coe.kiev.ua/uk/2005.htm>.

16. План дій Ради Європи для України на 2011-2014 роки від 23.06.2011 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b25.

17. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. – К., 1992. – С. 18-24.

18. Резолюція ПАРЄ від 25 грудня 2008 року № 1165 (1998) «Право на приватність»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

http://www.medialaw.kiev.ua/laws/laws_international/52/.

19. Рішення Конституційного Суду України від 6 жовтня 2010 року № 21-рп/2010 (справа про корупційні правопорушення та введення в дію антикорупційних законів) // Вісник Конституційного суду України. – 2010 р. – № 6. – С. 7.

20. Вимоги щодо декларування майна, доходів, витрат і зобов'язань фінансового характеру та оприлюднення декларацій: лист Мін'юсту України № б/н від 05.12.2012: [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0036323-12>.

21. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України № 3206-VI від 07.04.2011 // Відомості Верховної Ради України. – 2011 р. – № 40. – Ст. 404.

22. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20.01.2012 № 2-рп/2012 // Вісник Конституційного суду України. – 2012. – № 2. – С. 14.

23. Цивільний кодекс України: Закон України № 435-IV від 16.01.2003 // Офіційний вісник України. – 2003 р. – № 11. – Ст. 461.

24. 24. Про захист персональних даних: Закон України № 2297-VI від 1 червня 2010 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2010. - № 34. – Ст. 481.

25. Про інформацію: Закон України № 2657-XII від 2 жовтня 1992 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. - N 48. - Ст. 650.

26. Городовенко В.В. Актуальні проблеми забезпечення відкритості судової влади / В.В. Городовенко. Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 12 (136). – С. 22-27.

27. Соціологічне опитування, проведене Українським центром економічних і політичних досліджень ім. О. Разумкова (станом на 10.03.2013 р.): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=169.

Стаття присвячена дослідженню окремих аспектів забезпечення європейських стандартів відкритості судової системи в Україні. Приділена увага необхідності забезпечення прозорості в діяльності судів, в тому числі шляхом нормативного врегулювання відкритого доступу до судових рішень. Автори відзначають, що подібні кроки мають стати однією з найефективніших форм контролю громадськості за діяльністю судової влади. Автори також вважають, що не менш важливим, з точки зору забезпечення відкритості судової системи в Україні, представляється подальше вдосконалення заходів фінансового контролю за діяльністю судів та суддів. В цілому, забезпечення відкритості судової системи сприятиме підвищенню авторитету судових органів та рівня довіри до їх діяльності в Україні.

Ключові слова: *судова система, судові рішення, фінансовий контроль, відкритість судової системи, гласність судового процесу.*

Статья посвящена исследованию отдельных аспектов обеспечения европейских стандартов открытости судебной системы в Украине. Уделено внимание необходимости обеспечения прозрачности в деятельности судов, в том числе, с помощью нормативного урегулирования открытого доступа к судебным решениям. Авторы отмечают, что подобные шаги должны стать одной из наиболее эффективных форм контроля общественности за деятельностью судебной власти. Авторы также считают, что не менее важным, с точки зрения обеспечения открытости судебной системы в Украине, представляется дальнейшее усовершенствования методов финансового контроля над деятельностью судов и судей. В целом, обеспечение открытости судебной системы будет способствовать повышению авторитета судебных органов и уровня доверия к их деятельности в Украине.

Ключевые слова: *судебная система, судебные решения, финансовый контроль, открытость судебной системы, гласность судебного процесса.*

The article deals with some aspects of providing the European standards of transparency of the judicial system in Ukraine. It was emphasized the need to ensure transparency in the work of the courts by including the regulatory settlement of open access to judicial decisions. The authors note that these steps should become one of the most effective forms of public control over the activities of the judiciary. The authors also believe that just as important in terms of the openness of the judicial system in Ukraine is a further improvement of financial control over the activities of courts and judges. In general,

transparency of the judicial system will enhance the credibility of the judiciary and the level of authority to their activities in Ukraine.

Keywords: *judicial system, judicial decisions, financial control, transparency of the judicial system, the publicity of the trial.*

**Берзін Павло Сергійович**

доктор юридичних наук, професор
кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Сергій Іванович Тихенко:
невідомі сторінки життя криміналіста**

Серед знаних представників Київської школи кримінального права одне із провідних місць посідає Сергій Іванович Тихенко. З його ім'ям невідривно пов'язується становлення кафедри кримінального права Київського державного університету ім. Т.Г. Шевченка (далі – КДУ) у повоєнні роки, розвиток в СРСР кримінально-правових учень про посягання на соціалістичну власність (у тому числі такі, що супроводжувались підлогом документів), господарські злочини проти радянської торгівлі, посадові злочини та вирішення інших нагальних питань теорії радянського кримінального права й судової практики. Особистість С.І. Тихенка посідає на сторінках літопису названої наукової школи особливе місце, адже наукові інтереси славетного вченого не обмежувались кримінальним правом. Понад сорока років своєї науково-педагогічної та практичної діяльності він присвятив розвитку радянської криміналістики, увійшовши до історії як глибокий знавець цих двох наук. Таку саму широту мала і практична діяльність С.І. Тихенка, що аж ніяк не завадило йому зробити вагомий внесок в розвиток радянського кримінального права. Його роботи зберегли не лише історичне, а й практичне значення.

Проте для більшості сучасних дослідників життєвий шлях цього без сумніву видатного науковця-криміналіста залишається маловідомим. Не став винятком і автор цих рядків, який зі сторінок Української радянської енциклопедії, виданої ще у «далекому» 1984 році, вперше дізнався про С.І. Тихенка як «українського радянського юриста, професора (з 1960 р.), заслуженого діяча науки УРСР (з 1968 р.)»¹⁵¹. Зацікавившись його особистістю, зокрема, завдяки посиланням окремих вчених на його наукову працю, присвячену проблемам проведення експертизи вогнепальної зброї¹⁵², я дещо здивувався, коли дізнався, що Сергій Іванович на юридичному факультеті КДУ паралельно з курсом криміналістики викладав ще й курс кримінального права. Проте, намагаючись розшукати відомості про життя та

¹⁵¹Украинская советская энциклопедия. – Том 11. – Кн. 1: «счисление-функционал». – К.: Глав. ред. Укр. сов. энц-ии, 1984. – С. 169.

¹⁵²Див.: Тихенко С.І. Експертиза вогнепальної зброї // Революційне право. – 1941. – № 2.

діяльність цієї людини, вдалося знайти лише колег Сергія Івановича по кафедрі: В.Г. Гончаренка, В.К. Лисиченка, С.А. Тарарухіна, І.К. Туркевич та С.С. Яценка.

Більш успішними виявились архівні пошуки. Зокрема, пощастило не тільки відшукати цікаві документи про С.І. Тихенка, але й прослідкувати майже весь його творчий шлях. Документи свідчили, що у цієї людини була непроста доля.

Народився С.І. Тихенко 25 травня 1896 року¹⁵³ у м. Шемаха Бакинської губернії¹⁵⁴ (нині – Азербайджанська Республіка) в родині помічника податного інспектора та сільської вчительки. Батько Сергія Івановича – Іван Андрійович – майже все своє життя працював на державній службі. До жовтневого перевороту 1917 року служив у м. Шемаха, Тбілісі, Миколаїві, Батумі, Владивостоці, Баку та Казані спочатку на посадах податного інспектора, а згодом й управляючого відділенням державного банку. У жовтні 1917 року, звільнившись з цієї посади та залишивши родину в Казані, Іван Андрійович переїжджає до Москви, де біля року працює старшим бухгалтером в управлінні залізниць. Повернувшись в Казань у 1919 році, він перевозить родину до Києва, де й проживає до своєї смерті у 1933 році. Мати С.І. Тихенка – Глафіра Григорівна – після смерті чоловіка переїхала у 1934 році на постійне місце проживання в США до свого сина – старшого брата Сергія Івановича – Володимира Івановича.

Доля В.І. Тихенка не менш цікава, ніж його молодшого брата Сергія. Закінчивши у Владивостоці гімназію, Володимир Тихенко поступає у Петрограді на старші курси ліцею, навчання на яких дорівнювалось трьом першим курсам юридичного факультету Петроградського університету. По закінченні цих курсів у 1915 року він в якості вільнонайманого був прийнятий у Петроградський кавалерійський полк. Проте, зламавши під час військових навчань ногу, яка згодом неправильно зрослась, Володимир отримав відстрочку від діючої військової служби. Скориставшись цим, він продовжив навчання в Петроградському ліцеї аж до жовтня 1917 року, коли радянська влада, заклавши ліцей, надала право студентам двох старших курсів скласти випускні іспити, щоб закінчити навчання. Склавши їх та закінчивши повний курс навчання в ліцеї, Володимир Тихенко допускається на юридичному факультеті Петроградського університету спочатку до складання двох курсових іспитів по дисциплінах, які не викладались в ліцеї, а потім – до державних іспитів. Склавши державні іспити екстерном в березні 1918 р.¹⁵⁵, він повертається до Казані, де влітку

¹⁵³Державний архів м. Києва (далі – ДАК). – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 5 зв., 7.

¹⁵⁴Там само. – Арк. 1, 3, 5 зв., 7.

¹⁵⁵Два місяця потому, в червні 1918 року Петроградський університет перейменували в перший Петроградський державний університет. Через рік юридичний факультет цього університету був перетворений в політико-юридичне відділення факультету суспільних наук. Постановою Ради Народних Комісарів РСФРР від 23 квітня 1926 року на базі правового відділення факультету суспільних наук Ленінградського університету був створений факультет радянського

цього ж року мобілізується солдатом до однієї із Білих армій. Згодом, у 1922 році, після залишення Білими арміями Сибіру та Далекого Сходу, родина Тихенків отримала від старшого сина листа, в якому він писав, що після мобілізації був звільнений від військової служби у зв'язку з хворою ногою, а зараз працює юрисконсультом у Владивостоцькому представництві якоїсь американської фірми. Незабаром це представництво було відкликано до США, куди дозволили виїхати й В.І. Тихенку. Після переїзду на нове місце проживання Володимир Іванович, поєднуючи роботу юриста з навчанням в Університеті Берклі, змінив профіль діяльності, отримавши спеціальність хіміка. У 30-ті роки XX століття В.І. Тихенко (свої наукові праці він підписував як «VladimirJ[ohn]Tihencko» або «V.J. Tihencko») у певних колах став доволі відомим вченим-хіміком. У 1930 році він захистив докторську дисертацію, дослідивши процеси окислення, скорочення і каталітичного розпаду речовини під назвою «гідроксиламін» («Hydroxylamine»)¹⁵⁶. Разом з Г. Хенсіллоном (G.S. Hensill) винайшов спеціальний хімічний метод виміру зміщення нафтової емульсії на воску, який став називатися за іменами його авторів («Tihencko – Hensillmethod»)¹⁵⁷, а також запатентував у листопаді 1933 року спеціальний пристрій «тангентметр»¹⁵⁸. Працюючи одночасно в хімічній лабораторії Каліфорнійської корпорації хімічних розприскувачів м. Берклі та Каліфорнійському технологічному інституті, він у 1934 р. й забрав до себе матір.

Ця здавалося б невинна за поняттями кінця XX століття обставина викликала в ті часи багато зауважень на службі Тихенка-молодшого. І хоча у своїх автобіографіях Сергій Іванович не приховував цього факту, він все одно був приводом до тривалих перевірок як при призначенні на нову посаду, так і під час постійних «кадрових чисток», що практикувались у ті роки. Так, у своїй автобіографії, датованій 19 березня 1956 р., він писав: «Із моїх близьких родичів за кордон в США, міс[то] Берклей (Берклі – П.Б.) виїхали у 1922 р. мій брат (із Владивостока з американською фірмою, де він був юрисконсультом) і у 1934 р. моя мати (виїхала із Києва до мого брата після смерті мого батька). З ними (братом і матір'ю – П.Б.) я зв'язку не мав, потім вказував, що вони померли; проте згодом у 1952 р. випадково дізнався, що на 1946-1947 (чи 48) рр. вони були живими. В подальшому відомостей про них не

права (див.: Томсинов В.А. Павел Исаевич Люблинский (1882-1938). Библиографический очерк // Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса / Под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2004. – С. X; Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII-XX веков: Очерки жизни и творчества. В 2-х томах. – Том 2. – С. 476).

¹⁵⁶ Tihencko V.J. Oxidation, Reduction and Catalytic Decomposition of Hydroxylamine. – Berkeley, 1930. – 128 p.

¹⁵⁷ Див.: Clayton W. The Theory of Emulsions and Their Technical Treatment. – 4th Ed. – Philadelphia: The Blakiston Co., 1943. – P. 321; Wendell M. Latimer. The Oxidation States of the Elements and Their Potentials in Aqueous Solutions. – New York: Prentice – Hall, Inc., 1938. – P. 242.

¹⁵⁸ Tangentmeter / Vladimir J. Tihencko [Berkeley, Calif.], US Patent Application. Serial № 423,707 (27 January 1930). 4 Climes (Cl. 33-75) // Patented Nov. 7, 1933 / 1,933,880. – P. 1-4.

маю»¹⁵⁹. Пізніше, ще в одній своїй автобіографії, підписаній 7 червня 1956 р., в черговий раз пояснюючи причини від'їзду свого брата і матері до США, Сергій Іванович згадував: «Моя мати <...> 1934 р. виїхала до США за таких обставин. Вона переписувалась із Києва з моїм братом, який перебував у США, і отримувала від нього посилки, на ґрунті чого у неї погіршилися відносини зі мною, оскільки я просив її цього не робити. Після смерті у 1933 р. мого батька вона отримала від мого брата пропозицію переїхати до нього в США (цей виклик в мене зберігся). Я, у свою чергу, пропонував їй жити зі мною, але просив її припинити зв'язок з моїм братом. Мати надала перевагу пропозиції мого брата і з дозволу нашої влади виїхала до нього у 1934 р. із Києва через Москву в США, що було мною важко пережито і завжди мучило. На цей час їй було 65 років. Після цього я з нею не переписувався взагалі <...> Році у 1922, після визволення від білих Далекого Сходу мої рідні в Києві отримали від нього (брата – П.Б.) із Владивостока надісланого через Казанський державний банк листа, де [у якому] він писав, що від військової служби був звільнений внаслідок хворої ноги і що працює юрисконсультом в якійсь американській фірмі. Із наступних листів брата до моїх рідних мені відомо [про] таке. Незабаром відділення фірми, де служив брат, було відкликано до США, куди брату дозволили виїхати разом з цим відділенням. В США брат проживав весь час уміс[ті] Берклей в штаті Каліфорнія. Маючи [далі вказано «з дитинства», яке закреслено – П.Б.] схильність до технічних наук, брат в США, суміщаючи з роботою навчання, перекваліфікувався, отримавши освіту хіміка, яким і став далі працювати. На 1934 р., коли до нього виїхала моя мати, він проживав у міс[ті] Берклей (Берклі – П.Б.), служив хіміком в лабораторії Каліфорнійської корпорації хімічних розприскувачів, був ряд років одружений, причому одружився в США на росіянці, хто вона – не знаю, дівоче прізвище його дружини Борзова (Марія), дітей в нього не було. З братом, як і з матір'ю, після 1934 р. я не переписувався взагалі. Відомостей про матір і брата після 1934 р. я не мав, потім вважав, що їх вже немає в живих, особливо моєї матері у зв'язку з її похилим віком. Проте у 1952 р. випадково дізнався, що у 1945 або 1947 р. вони ще були живими. Дізнався я про це від мого родича похилого віку, чоловіка моєї покійної тітки (Ольги Андріївни Тихенко-Астаурової), який проживав у Москві. Я до нього якось у 1952 р. зайшов, і він мені повідомив, що по закінченні Вітчизняної війни, у 1946 або 1947 р., він обмінявся з моєю матір'ю двома-трьома листами, після чого переписку припинив; моя мати тоді проживала як і раніше з моїм

¹⁵⁹ Архів Київського національного університету імені Тараса Шевченка (далі – Архів КНУіТШ). – Спр. зв. 1970-71 – ПВС – 129. – Арк. 4.

братом у м[істі] Берклей (Берклі – *П.Б.*), брат все ще працював хіміком. Подальших відомостей про них не маю»¹⁶⁰.

Ще більш трагічною виявилась доля старшої сестри Сергія Івановича – Ольги Іванівни, – чие життя обірвалось у 1919 році, коли вона поїхала із Казані до Петрограду розшукувати свого нареченого.

Навчався С.І. Тихенко, як він потім сам неодноразово згадував, «у гімназіях міст, де служив батько»¹⁶¹. У січні 1915 року Іван Андрійович Тихенко, отримавши чергове переведення по службі (тепер вже із Владивостока до Баку), переводить молодшого сина із гімназії у Владивостоці до гімназії у Петрограді. По її закінченню, Сергій Тихенко навчається на курсах Петроградського ліцею, причому на один курс молодше за свого брата. Як і він, Тихенко-молодший спочатку в березні 1918 року складає в ліцеї всі випускні іспити, після чого також допускається на юридичному факультеті Петроградського університету до складання державних іспитів у спеціально створеній для цього випробувальній комісії¹⁶². Склавши їх екстерном у травні цього ж року, Сергій Тихенко переїжджає до родини в Казань.

Підтвердженням здобутої Сергієм Тихенком освіти в Петрограді є посвідчення, видане йому за підписом заступника секретаря Президії факультету суспільних наук Петроградського університету 24 вересня 1923 року (за № 1255). У цьому посвідченні, зокрема, вказується, що «Предъявительсего Тихенко, С.И. в сессию 1918 года подвергался испытаніям в Юридической Испытательной Комиссии при Петроградском Университете и получил диплом второй степени, что подписью с приложением печати удостоверяется»¹⁶³.

Щоправда, у деяких своїх автобіографіях Сергій Іванович, визначаючи місце здобуття своєї вищої освіти, писав: «Скінчив юридичний факультет Ленінградського Університету в 1918 р.»¹⁶⁴, «1918 р. скінчив юридичний факультет Ленінградського Університету»¹⁶⁵, «В 1918 г. окончил юридический факультет Петроградского университета»¹⁶⁶. У документі С.І. Тихенка під назвою «Учетно-воинский билет» також зазначається, що Сергій Іванович «окончил юридический факультет Ленинградского Университета в 1918 г.»¹⁶⁷. Те, що С.І. Тихенко закінчив

¹⁶⁰ Архів КНУІТШ. – Спр. зв. 1970-71 – ПВС – 129. – Арк. 7-10.

¹⁶¹ Там само. – Арк. 10.

¹⁶² ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 4.

¹⁶³ Там само. – Арк. 4.

¹⁶⁴ Там само. – Арк. 1 зв.

¹⁶⁵ Там само. – Арк. 3.

¹⁶⁶ Там само. – Арк. 13, 23.

¹⁶⁷ Там само. – Арк. 7.

юридичний факультет Петроградського університету зазначається в його Персональній справі, складеній 5 квітня 1924 року¹⁶⁸.

Між тим юнацтво майбутнього корифея кримінального права та криміналістики не було таким вже беззаперечним з точки зору «відданості справі революції».

Тут видається доцільним зупинитися, хоча б і коротко, на тому, що весною – на початку літа 1918 року в Омську та Петропавловську, а дещо пізніше – по всьому Степному Сибіру відбулися повстання антибільшовицьких організацій та активізація діяльності білогвардійських військових формувань. 7 червня 1918 року в Омську відбулося антирадянське повстання, а вже 23 червня влада перейшла до Тимчасового Сибірського уряду. 23 вересня 1918 року в Уфі на базі згоди зі всіма місцевими і регіональними урядами (у т.ч. «тимчасовими») Сибіру була створена Уфимська Директорія – «Тимчасовий Всеросійський уряд», який 9 жовтня 1918 р. із Уфи переїхав до Омська. 4 листопада 1918 року Військовим міністром Уфимської Директорії був призначений адмірал О.В. Колчак, який прибув в Омськ ще 13 жовтня 1918 року. 18 листопада 1918 року О.В. Колчак здійснив «державний переворот», установивши одноособову владу і диктатуру на Уралі, в Сибіру та на Далекому Сході. Саме під його керівництвом здійснювалося координування всіх бойових операцій сибірських Білих армій з 24 грудня 1918 року по 4 січня 1920 року¹⁶⁹.

Якраз до Омська із Казані ще на початку літа 1918 року і переїжджає Сергій Тихенко. Там він з липня цього ж року й до грудня 1919 року (коли Уряд і Ставка Верховного Головнокомандування О.В. Колчака змушені були залишити Омськ, здавши його 14 листопада 1919 року без бою Червоній армії¹⁷⁰) працює на посаді помічника діловода 1-го розряду у відділі кредитових білетів державного банку¹⁷¹. Причому від військової служби в білогвардійській армії звільняється за станом здоров'я.

Нині вже важко зрозуміти наскільки всі ці обставини вплинули на подальшу кар'єру Сергія Івановича, скільки неприємностей викликали ці рядки його біографії у близьких Тихенка. Єдине, що можна з впевненістю констатувати, це те, що до кінця свого життя С.І. Тихенко так і залишався безпартійним¹⁷².

¹⁶⁸ Там само. – Арк. 21.

¹⁶⁹ Клавінг В. Гражданская война в России: Белые армии. – М.: АСТ; СПб.: Terra Fantastica, 2003. – С. 15-17, 449-450, 465-466.

¹⁷⁰ Там само. – С. 21.

¹⁷¹ ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 2, 3.

¹⁷² Запис «безпартійний» міститься в Анкетному листі (формулярі) співробітника КІНГ С.І. Тихенка, складеному 1 березня 1927 року (ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 1 зв.), а також у його «Персональній справі», складеній 5 квітня 1924 року (там само. – Арк. 21).

Військова служба Сергія Тихенка у лавах Червоної армії почалася в січні 1920 року з посади військового слідчого Штабу військ Західного Сибіру¹⁷³. При цьому в спеціальному документі С.І. Тихенка під назвою «Личная книжка» зазначається, що він був добровольцем Червоної армії¹⁷⁴.

У травні того ж року він обійняв посаду начальника юридичного відділу Штабу військ Східно-сибірського сектора Внутрішньої охорони¹⁷⁵. У виданому С.І. Тихенку 15 травня 1920 року посвідченні вказувалося: «Дано сие от Штаба Восточно-Сибирского Сектора Войск Внутренней Охраны тов. Тихенко Сергею Ивановичу в том, что он действительно состоит на службе в названном Штабе в должности Начальника Юридического Отдела»¹⁷⁶.

Проте і на посаді начальника юридичного відділу Сергій Іванович працював недовго. Вже у жовтні 1921 року Тихенко переводиться до Революційного військового трибуналу військ ВНУС Східного Сибіру, що розташовувався у Красноярську, на посаду військового слідчого. Характеру С.І. Тихенка були властиві наполегливість в оволодінні знаннями, активна життєва позиція. Це, у свою чергу, сприяло зростанню довіри до молодого слідчого з боку його керівництва. Проявлялась така довіра передусім у дорученні відповідальних справ. Зокрема, у своїх автобіографіях, підписаних відповідно 19 березня і 7 червня 1956 року, Сергій Іванович згадував: «У цей час мені доручали відповідальні справи. Так, я провів слідство у справі про контрреволюційне повстання у м. Ачинську (мандат в мене зберігся)»¹⁷⁷ (в одному випадку він вказує на те, що відповідний мандат про це в нього зберігся). Утім, на цьому його спогади про революційне минуле, боротьбу з антибільшовицьким елементом обриваються. Ніякого описання своєї ролі у цьому розслідуванні, а тим більше деталізацію певних подій Сергій Іванович не наводить. Тому, зацікавившись цим епізодом із життя вченого, я звернувся до вивчення бібліотечних і архівних джерел про події антибільшовицького руху на Єнісейі у другій половині 20-х років, і, зокрема, про так зване «Ачинське повстання» (3-5 листопада 1920 року). Враховуючи ту серйозність, з якою нова влада ставилась до боротьби з антибільшовицьким повстанським рухом, а також значущість правильності розслідування справ про нього, з абсолютною впевненістю можна зробити висновок, що доручення 25-річному слідчому, який до того ж лише три роки як закінчив юрфак, взяти участь у розслідуванні антибільшовицького повстання не можна

¹⁷³ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 2.

¹⁷⁴Там само. – Арк. 6.

¹⁷⁵Там само. – Арк. 6, 7, 8, 13.

¹⁷⁶Там само. – Арк. 8.

¹⁷⁷Архів КНУіТШ. – Спр. зв. 1970-71 – ПВС – 129. – Арк. 11. У ті часи м. Ачинськ – центр Ачинського повіту, що знаходився на території сучасного Красноярського краю (Російська Федерація).

визнати звичайною випадковістю, пов'язаною з браком кадрів, хоч останнє і мало місце у ті часи. Очевидно, незначний час, протягом якого Сергій Тихенко служив при новій владі, виявився достатнім, щоб зарекомендувати себе відповідальним (гідним справі революції) працівником.

Описуючи основні моменти зазначеного повстання, зверну увагу на таке. Станом на листопад місяць 1920 року в районі Ачинського повіту (у Серезькій, Подсосенській, Назарівській та Медведській волостях) утворились озброєні групи загальною кількістю біля 100 (за іншими даними – 200 і, навіть, 350-400) осіб (звідси ще одна назва цього повстання – «Серезьке»), що підтримали аналогічні (в інших регіонах Сибіру) виступи проти виконання «продрозверстки». Повстанці виставили лозунг: «Не виконувати розверстки, не ввозити хліб – хай самі прийдуть, тоді ми їх покажемо!». 3-4 листопада 1920 року ці формування (в офіційних радянських документах називаються «отрядами білих», повстанцями, до числа яких входили «мобілізовані унтер-офіцери та частина із останньої мобілізації»), ведучи бої, розгромили отряд Червоної армії (ВНУС) кількістю 200 осіб (змушений був відступити 4 листопада). Проте ці успіхи повстанців виявилися тимчасовими та не отримали належного розвитку. Наступного дня поповнені й більш забезпечені зведені отряди 68-ої бригади ВНУС комбрига М.Ф. Барандохіна ліквідували ці повстання, посунувши повстанців та їх сім'ї у тайгу, південніше Сereжу. Їх переслідування тривало ще майже два тижня, а опір, що чинився ними, серйозної небезпеки для більшовиків не мав. По результатах цих подій рішенням Президії Єнісейського Губкому Робітничо-селянської партії (більшовиків) були «схвалені заходи військової трійки з питання про направлення на місця сесії ревтрибуналу та керівництва, що дається для дій ревтрибуналу», а також поставлені «питання про мобілізацію політичних працівників для роботи в місцях ліквідації повстання»¹⁷⁸. До числа цих осіб і був включений військовий слідчий Револуційно-військового трибуналу військ ВНУС Східного Сибіру С.І. Тихенко.

Саме в ті роки молодий Тихенко зацікавився науково-дослідницькою та викладацькою роботою – паралельно з основною роботою читає в порядку громадського навантаження лекції з радянської конституції та військового законодавства у Школі комскладу військ ВНУС Східного Сибіру¹⁷⁹, за що отримує подяку.

У квітні 1921 року Тихенко від'їжджає з Красноярську до Казані, де в той час знаходились його рідні, у розпорядження Татарстанського військового комісаріату.

¹⁷⁸ Протокол заседания Президиума Енисейского губкома РКП(б) // Государственный архив Новосибирской области РФ. – Ф.п. 1. – Оп. 1. – Д. 125. – Л. 68.

¹⁷⁹ ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 21 зв.

Тут біля місяця працює у Всеобучі інструктором з шахів, після чого за порадою батька у травні 1921 року переїжджає до Києва. Так розпочався київський період життя Сергія Тихенка.

У Києві С.І. Тихенко прожив все своє подальше життя, за виключенням періоду, пов'язаного з німецько-фашистською окупацією, але про це пізніше. А тоді, у травні 1921 року, він продовжує працювати приватним викладачем, читаючи слухачам лекції з конституції та військового законодавства (законознавства) у Київській військовій школі командного складу військ ВЧК, в третій військово-інженерній школі та Вищій військовій школі ім. С.С. Каменєва¹⁸⁰.

У виданих приватному викладачу С.І. Тихенку посвідченнях з приводу його педагогічної діяльності вказувалось: «Настоящее выдано тов. Тихенко Сергею в том, что он действительно состоит на службе в 3 Военно-Инженерной Киевской Школе Комсостава в должности прив[атного] преподавателя»¹⁸¹, «Предъявитель сего есть действительно приватный преподаватель Киевской Высшей Объединенной имени Главкома С.С. Каменева усовершенствования комсостава школы Тихенко Сергей Иванович»¹⁸².

Після виключення курсу військового законодавства із учбового плану названих навчальних закладів Сергій Іванович у липні 1922 року повертається на слідчу роботу спочатку у Військово-транспортному трибуналі Південно-західної залізниці¹⁸³, а потім у Верхнь-Дніпровському відділі Округу шляхів сполучення, де працює до його розформування у березні 1923 року. Розпочалася слідча робота Сергія Івановича у зазначеному трибуналі 20 липня 1922 року, а звільнений зі служби у трибуналі він був 5 лютого 1923 року. Про це свідчить наступний запис у виданому С.І. Тихенку посвідченні: «Настоящее удостоверение выдано тов. Тихенко Сергею Ивановичу в том, что он состоял на службе в Воентрибунале Юз[д] и Р[еки] с 20 июля 1922 г. в должности военного следователя и уволен со службы 5 февраля 1923 г. по случаю ликвидации Трибунала»¹⁸⁴.

Однак, офіційні записи у деяких документах Сергія Івановича містять доволі обмежені дані про його військову службу впродовж 1920-1923 років. Серед таких записів зустрічаються, наприклад, такі: «Викладач російською мовою: з 1920-1922 р. законознавство у військових школах (також у Вищій Школі імені Каменєва)»¹⁸⁵, «...

¹⁸⁰ Там само. – Арк. 7 зв., 13, 21 зв.

¹⁸¹ Там само. – Арк. 9.

¹⁸² Там само. – Арк. 10.

¹⁸³ Там само. – Арк. 2, 3, 7 зв., 13, 23.

¹⁸⁴ Там само. – Арк. 11.

¹⁸⁵ Там само. – Арк. 1 зв.

У червоній армії був військовим слідчим»¹⁸⁶, «У 1918^{мв} та 1919^{мв} працював у Держбанку. Потім (1920-22) служив у війську (на посадах військового слідчого, а також викладача законодавства різних військ[ових] шкіл, у тому числі Вищої Школи імені Каменєва). У 1922-23^{мв} р. працював у В[ійськово-] Т[ранспортному] Трибуналі П[івденно-] З[ахідної] заліз[ниці] на посаді військового слідчого»¹⁸⁷, «ДоброволецКраснойармии в Штабе войскВосточнойСибири. Следователь»¹⁸⁸. При цьому офіційною датою демобілізації С.І. Тихенка називається 1922-й рік¹⁸⁹.

Саме на початку 20-тих років молодий Сергій Тихенко, захопившись кримінальним правом та криміналістикою, починає працювати у Київському інституті народного господарства (далі – КІНГ). Спочатку у 1923-му році його запрошують проводити семінарські заняття з кримінального права на соціально-правовому факультеті КІНГ, а 19 березня 1924 року на засіданні Бюро КІНГ С.І. Тихенко затверджується на посаді молодшого асистента при Юридичній клініці КІНГ¹⁹⁰. З цього приводу 3 лютого 1924 року Сергій Іванович пише в своєму «Curriculumvitaе»: «С 1923 года работаю в качестве члена-сотрудника криминалистического семинара при КИНХ'е»¹⁹¹. Посада члена-співробітника криміналістичного семінару при КІНГ зазначена також в Персональній справі викладача КІНГ С.І. Тихенка, складеній 5 квітня 1924 року¹⁹².

У тому ж році Сергій Іванович запрошується на посаду молодшого асистента Юридичної клініки КІНГ¹⁹³. Так, у написаній 3 лютого 1924 року Тихенком заяві, яку він подав ректору КІНГ, зазначено: «Прошу предоставить мне должность младшего ассистента юридической клиники»¹⁹⁴.

17 березня 1924 року комісія соціально-правового факультету КІНГ підтримала прохання С.І. Тихенка про зарахування його у складі КІНГ на зазначену посаду, про що було винесено постанову, а через три дні рішення комісії було затверджене на засіданні Бюро КІНГ¹⁹⁵. У витягу з протоколу № 7 засідання Бюро КІНГ від 19 березня 1924 року вказувалось «о предоставлении должности младшего ассистента юридической клиники С.И. Тихенко»¹⁹⁶. 31 березня 1924 року ректором КІНГ було підписано наказ № 70, у § 1 якого зазначалося, що С.І. Тихенко призначається

¹⁸⁶Там само. – Арк. 1 зв.

¹⁸⁷Там само. – Арк. 3.

¹⁸⁸Там само. – Арк. 6.

¹⁸⁹Там само. – Арк. 6 зв., 7 зв.

¹⁹⁰Там само. – Арк. 13, 21 зв. – 23.

¹⁹¹Там само. – Арк. 13.

¹⁹²Там само. – Арк. 21 зв.

¹⁹³Там само. – Арк. 22; Спр. 893. – Арк. 9.

¹⁹⁴Там само. – Арк. 12.

¹⁹⁵Там само. – Арк. 1, 13.

¹⁹⁶Там само. – Арк. 13.

(мовою оригіналу) «молодшим асистентом Правничої Клініки з 19^{го} Березня б.р.»¹⁹⁷. Водночас у Персональній справі викладача КІНГ С.І. Тихенка, складений 5 квітня 1924 року, зазначається, що посада, яку він обіймав у Юридичній клініці з 19 березня 1924 року, мала таку назву: «мл[надший] асистент (он же секретарь)»¹⁹⁸. Про те, що посада молодшого асистента при Юридичній клініці КІНГ, яку обіймав Тихенко, була рівнозначною секретарю клініки зазначається і в інших матеріалах його Персональної справи¹⁹⁹.

Між тим, у деяких архівних джерелах посада С.І. Тихенка, яку він обіймав у Юридичній клініці КІНГ визначається як асистент, а не молодший асистент²⁰⁰. Сам Сергій Іванович писав з цього приводу у своїй автобіографії 1 березня 1927 року: «З 1923^{го} року почав працювати в КІНГ'у, як член-співробітник семінару карного права. У березні 1924 р. був призначений у КІНГ'у на посаду асистента (при Юридичній Клініці), що на ній перебуваю й досі»²⁰¹. При цьому в окремих документах вказувалось, що посаду асистента у КІНГ Сергій Іванович обійняв з 19 березня 1924 року²⁰².

Про те, що у Юридичній клініці КІНГ Тихенко обіймає посаду асистента він власноруч зазначив 30 липня 1924 року в поданій ректору КІНГ заяві про надання йому посвідчення про відпустку²⁰³. У свою чергу видане це посвідчення було Сергію Івановичу 30 серпня 1924 року, а його посада у КІНГ була визначена як «асистент»²⁰⁴.

Як співробітник Юридичної клініки КІНГ Сергій Іванович у 1924-1925 роках вирушав у наукові відрядження до Москви і Ленінграда. Їх метою в літературі називається збір матеріалів та вивчення відповідного досвіду юридичних клінік Московського і Ленінградського державних університетів²⁰⁵.

Про рівень підготовки майбутнього криміналіста і викладача кримінального права у КІНГ можуть свідчити такі рядки у його Анкетному листі (формулярі): «Читаю, пишу, можу викладати російською або українською мовою. Володію також (але викладати не можу) німецькою, французькою та англійською мовами»²⁰⁶.

¹⁹⁷ Там само. – Арк. 14; Спр. 893. – Арк. 9.

¹⁹⁸ Там само. – Арк. 21 зв.

¹⁹⁹ Там само. – Арк. 22.

²⁰⁰ Там само. – Арк. 1, 16, 18.

²⁰¹ Там само. – Арк. 3.

²⁰² Там само. – Арк. 18.

²⁰³ Там само. – Арк. 16.

²⁰⁴ Там само. – Арк. 17.

²⁰⁵ Міхневич Л.В. Академік О.О. Малиновський та юридичний факультет Київського інституту народного господарства // Наукова спадщина академіка О.О. Малиновського і сучасність: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (4-6 грудня 2008 р., м. Рівне) / Ред. кол.: І.Б. Усенко (голова), Т.І. Бондарук (відп. секр.), Д.М. Диновський, Л.О. Зайцев, В.С. Кириченко та ін. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2010. – С. 109.

²⁰⁶ ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 1 зв.

Перебуваючи співробітником КІНГ, С.І. Тихенко успішно «склав іспит з української мови по 1 (першій) категорії в Комісії в Справах Українізації Інституту 7-го і 8-го грудня 1925 року»²⁰⁷.

У деяких записах, що містяться в Анкетному листі (формулярі) молодшого асистента Юридичної клініки КІНГ С.І. Тихенка, заповненому 1 березня 1927 року, Сергій Іванович власноруч пишу про вивчення ним кримінального права під керівництвом тогочасного завідуючого кафедрою кримінального права і кримінального процесу КІНГ, професора Миколи Миколайовича Паше-Озерського. Так, С.І. Тихенко записав українською: «Вивчаю карне право (під керівництвом проф. Паше-Озерського) з 1923 р.»²⁰⁸.

В автобіографії, написаній Сергієм Івановичем 1 березня 1927 року також вказується, що вивчення ним кримінального права здійснювалося у КІНГ під керівництвом М.М. Паше-Озерського. При цьому окрему увагу Тихенко звертає на те, що з 1925 року в КІНГ він починає проводити практичні заняття з цієї дисципліни. «З 1923^{го} р. вивчаю, під керівництвом проф. Паше-Озерського, карне право. Зокрема, 1925 р. проводив у КІНГ'у практичні вправи (на 3^м курсі юрфаку) з карного права»²⁰⁹, – писав Сергій Іванович.

У біографічних даних Сергія Івановича, підготовлених станом на 26 лютого 1927 року, також наголошується на тому, що у КІНГ він, починаючи з 1924 року, працював асистентом та викладачем по кафедрі кримінального права: «Ассистент (и преподаватель) по кафедре уголовного права 1924 (до настоящего времени)»²¹⁰. У виданій 7 жовтня 1926 року Сергію Івановичу довідці вказується, що «до жовтня 1925 р. він був асистентом при Юридичній клініці КІНГ'у і протягом 1924/25 навч[ального] року провадив практичні вправи з Карного права»²¹¹. Про те, що С.І. Тихенко «протягом 1924/25 навч. року провадив практичні вправи з кримінального права на юрфаці» КІНГ зазначається у виданій йому 1 березня 1930 року довідці²¹².

Посаду молодшого асистента Юридичної клініки КІНГ Сергій Іванович обіймав до 1 жовтня 1925 року. Проте його робота у клініки на цьому не припинилась. Посада, яку він обійняв у клініці з 1 жовтня 1925 року, мала назву «консерватор Юридичної клініки»²¹³. Так, у § 1 наказу по ректорату КІНГ від 30 грудня 1925 року був наведений склад співробітників КІНГ, які починаючи з 1 січня 1926 року виконували обов'язки «консерваторів Кабінетів і Музею» КІНГ. Серед таких осіб був

²⁰⁷ Там само. – Арк. 29.

²⁰⁸ Там само. – Арк. 2.

²⁰⁹ Там само. – Арк. 3.

²¹⁰ Там само. – Арк. 7 зв.

²¹¹ Там само. – Арк. 28.

²¹² Там само. – Арк. 36.

²¹³ Там само. – Арк. 28, 29.

вказаний також С.І. Тихенко. «30. Консерватор Юридичної Клініки – тов. Тихенко»²¹⁴, – зазначалося у цьому наказі.



*Викладач КІНГ С.І. Тихенко
(1920-ті роки) (ДАК)*

Проте працював С.І. Тихенко на посаді консерватора Юридичної клініки КІНГ лише один рік, а саме до 1 жовтня 1926 року²¹⁵. 1 жовтня того року § 1 розпорядження по КІНГ від 15 вересня 1926 року усі консерватори кабінетів КІНГ були звільнені. З цього приводу у названому наказі зазначалося: «На підставі постанови Академради від 13 вересня ц.р., затвердженого Правлінням Інституту цього 15^{го} вересня, звільняються за відсутністю штатних посад з 1^{го} жовтня ц.р. всі Консерватори Кабінетів»²¹⁶. Серед звільнених консерваторів кабінетів КІНГ був також С.І. Тихенко²¹⁷.

У виданій 7 жовтня 1926 року довідці вказувалось, що С.І. Тихенко «з 1-го жовтня 1925 р. до 1-го жовтня 1926 р. був Консерватором Юридичної Клініки. С.І. Тихенко вибув зі складу співробітників Інституту за відсутністю штатної посади Консерватора Юридичної клініки»²¹⁸.

Після звільнення з посади консерватора Юридичної клініки Сергій Іванович подає ректору КІНГ заяву, в якій пише: «Прошу дати мені посаду асистента при Юридичній клініці КІНГ'у з 1^{го} листопада 1926^{го} р.»²¹⁹. 10 листопада 1926 року ректор КІНГ своїм розпорядженням (№ 57) призначив «тов. Тихенка С.І. з 1^{го} листопада ц.р. на посаду асистента при Юридичній клініці»²²⁰. Наступного року розпорядженням ректора КІНГ (№ 67 від 29 листопада 1927 року) С.І. Тихенка було призначено з 1 жовтня того ж року на посаду асистента при Юридичній клініці КІНГ «при 2^х тижневих годинах протягом року»²²¹.

У цей час Сергій Іванович продовжує свою викладацьку діяльність у КІНГ. Так, «в 1927/28 та 1928/29 навч[альному] р[оці] він викладав на Юрфаці необов'язковий

²¹⁴ Там само. – Арк. 25.

²¹⁵ Там само. – Арк. 29.

²¹⁶ Там само. – Арк. 27.

²¹⁷ Там само. – Арк. 27.

²¹⁸ Там само. – Арк. 28.

²¹⁹ Там само. – Арк. 30.

²²⁰ Там само. – Арк. 31.

²²¹ Там само. – Арк. 32.

курс «Професійна злочинність», з 1929/30 року він викладає на військовому циклі Юрфаці курс «Військова пенітенціарія»²²².

Посаду асистента клініки КІНГ Сергій Іванович обіймав до 1930 року. 1 лютого 1930 року він був призначений виконуючим посаду доцента КІНГ²²³, а розпорядженням ректора КІНГ від 18 лютого 1930 року йому також було доручено тимчасове викладання військової пенітенціарії на судово-військовому циклі КІНГ²²⁴. Окрім Сергія Іванович, на судово-військовому циклі КІНГ викладав (також тимчасово) професор М.Г. Сикорський (йому було доручено викладання курсів військово-кримінального права та процесу)²²⁵.

У Києві в другій половині 20-х років Сергій Іванович проживає разом з дружиною Марією Ростіславівною у квартирі № 19 будинку № 28 в Михайлівському провулку²²⁶. Дружина Сергія Івановича (її дівоче прізвище Беспалова) також народилася у 1890 році²²⁷.

Паралельно з науково-педагогічною діяльністю у КІНГ Сергій Іванович працює у низці науково-дослідних установ Києва. Так, з 1927 року він працює науковим співробітником Київського інституту судово-наукової експертизи. Як висловився сам Сергій Іванович, «беру участь у праці 1) секції вивчення особи злочинця («психологічних досліджень») Київського Інституту судово-наукової експертизи, а також, звичайно, 2) Юридичної Клініки КІНГу»²²⁸.

З 1928 року й по 1933 рік Тихенко обіймає посаду наукового співробітника пенітенціарної секції Київського кабінету з вивчення особи злочинця та злочинності (у 1931 році цей заклад увійшов до складу Всеукраїнського інституту вивчення злочинності). З 1927 року по 1934 рік Сергій Іванович викладає криміналістику та історію і теорію виправно-трудової справи у Всеукраїнській школі міліції і кримінального розшуку, яка 1928 р. була реорганізована спочатку у Школу командного складу Робітничо-селянської міліції УСРР, а пізніше – у Школу командного складу Робітничо-селянської міліції ім. В.А. Балицького (Школу старшого начальницького складу Робітничо-селянської міліції ім. В.А. Балицького), а також на курсах робітників виправно-трудових установ, що знаходились при цій школі. Починаючи з липня 1929 року, Сергій Іванович викладає курс криміналістики на Київських («Крайових») короткострокових (річних) юридичних курсах. Після того, як у 1935 році в Києві створюється однорічна юридична школа, С.І. Тихенко до

²²² Там само. – Арк. 36.

²²³ Там само. – Арк. 34.

²²⁴ Там само. – Арк. 35, 36.

²²⁵ Там само. – Арк. 35.

²²⁶ Там само. – Арк. 2 зв., 18, 23.

²²⁷ Там само. – Арк. 7.

²²⁸ Там само. – Арк. 2.

жовтня 1937 року працює у цьому навчальному закладі на умовах сумісництва викладачем криміналістики.

Працюючи педагогом, Сергій Іванович відчуває гостру нестачу методичної літератури. Тому наважується підготувати власні керівництва з кримінального²²⁹ та виправно-трудового права²³⁰. Що стосується кримінально-правового напрямку досліджень, то вагомим доробком майже дворічної праці стає дослідження «Неосудність та осудність», яке у 1927 році виходить у світ та одразу ж включається у навчальні програми курсів та шкіл Робітничо-селянської міліції. Передмову до цієї праці написав професор М.М. Паше-Озерський – керівник Сергія Івановича по кафедрі кримінального права і кримінального процесу КІНГ, в якого він, за власними словами, вивчав кримінальне право²³¹.

З серпня 1935 року й до початку Великої Вітчизняної війни Сергій Іванович працює в Київському інституті науково-судової експертизи (далі – КІНСЕ) на посадах старшого наукового співробітника, заступника завідуючого секцією ідентифікації, а з кінця 1936 року – завідуючим цією ж секцією. Одночасно, за сумісництвом, Тихенко знов працює інструктором з шахів при Раді профспілок УРСР (1935-1938 роки), а з серпня 1937 року і до липня 1941 року ще й обіймає посади старшого наукового співробітника, заступника завідуючого секцією кримінального права, процесу і криміналістики Українського науково-дослідного інституту юридичних наук. Крім цього, протягом двох років, з 1939 по 1941 роках Сергій Іванович був викладачем криміналістики на кафедрі судової медицини Київського інституту вдосконалення лікарів.

Велику наукову і практичну цінність являють наукові статті Сергія Івановича з важливих питань техніки розслідування злочинів. В цих дослідженнях, надрукованих в юридичних журналах та збірниках ще до війни, були розроблені нові методи фіксування слідів на сипкому ґрунті; виявлені найбільш типові ознаки почерку, що допомагають проведенню ідентифікації письма; дані наукові рекомендації щодо різних видів криміналістичної експертизи²³². Ще в середині 60-х років минулого століття про внесок С.І. Тихенка в розвиток теорії радянського судового

²²⁹Тихенко С.І. Невменяемость и вменяемость / Предисловие Н.Н. Паше-Озерского. – Киев: Трест «Киев-Печать», 8-я типография, 1927. – 104 с.

²³⁰Тихенко С.І. Основные положения исправительно-трудового кодекса УССР // Поправно-трудоу робітник. – 1929. – № 8; Тихенко С.І. Убийцы // Поправно-трудоу робітник. – 1929. – № 9, 10, 11; Тихенко С.І. Читання позбавлених волі рецидивістів // Записки кабінету по вивченню злочинності при Київських поправно-трудоух установах. – 1930. – Вип. 1; Тихенко С.І. З робіт пенітенціарної секції (про зразкові правила внутрішнього розпорядку для позбавлених волі в поправно-трудоу промколонії) // Записки кабінету по вивченню злочинності при Київських поправно-трудоух установах. – 1930. – Вип. 1; Тихенко С.І. Бандиты-рецидивисты // Учение о преступности и пенитенциарная практика. – 1931. – Вип. IV.

²³¹ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380. – Арк. 2, 3.

²³²Матишевський П.С. Сергій Іванович Тихенко (до 70-річчя з дня народження та 45-річчя науково-педагогічної діяльності) // Проблеми правознавства. Міжвідомчий науковий збірник. – 1967. – Вип. 7. – С. 186.

почеркознавства на початковому його етапі згадував патріарх радянської криміналістики І.Ф. Крилов. Ім'я С.І. Тихенка радянський криміналіст ставив в один ряд з іменами таких відомих криміналістів, як С.М. Потапов, А.І. Вінберг, Б.І. Шевченко²³³. Також варто відзначити, що у ювілейному номері журналу «Право України», виданого у 2002 р. з нагоди 80-ої річниці заснування журналу, С.І. Тихенка названо найактивнішим автором, який на сторінках «Революційного права» у довоєнні часи приділяв велику увагу висвітленню питань судової експертизи²³⁴. Це свідчить про серйозну значимість наукових праць С.І. Тихенка з криміналістики у довоєнні часи.

У роки Великої Вітчизняної війни С.І. Тихенко повертається до військової служби у Червоній Армії, працюючи слідчим військових прокуратур 28-ої західної стрілецької бригади, Закавказького фронту та Північнокавказького військового округу.

У квітні 1944 року Тихенко повертається до Києва. За клопотанням КІНСЕ та КДУ він переводиться на посаду слідчого військової прокуратури Київського військового округу. Працюючи за сумісництвом на посаді старшого викладача²³⁵, а згодом й доцента кафедри кримінального права КДУ, Тихенко у вересні 1945 року демобілізується з військової служби. Його заслуги оцінені державою. Сергій Іванович був нагороджений медалями «За оборону Кавказу», «За перемогу над Німеччиною» та «За доблесну працю у Великій Вітчизняній війні».

Працюючи на юридичному факультеті КДУ та викладаючи кримінальне право і криміналістику, Сергій Іванович поновлюється на посаді завідувачого секцією ідентифікації КІНСЕ. У 1949 році, звільнившись з цієї посади за власним бажанням, Сергій Іванович до кінця життя залишається у КІНСЕ членом вченої ради.

Поряд з практичною роботою С.І. Тихенко займається розробкою теоретичних проблем. У 1945 році він представляє у вчену раду КДУ свою монографію «Судово-графічна експертиза рукописних текстів» як дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук²³⁶. Захист відбувся 24 листопада 1945 року в раді КДУ і через півроку (1 березня 1946 року) Тихенко одержав диплом кандидата наук. Майже через рік (30 листопада 1946 року) йому присвоюється вчене звання доцента по кафедрі «кримінальне право», а 29 січня 1949 року вчене звання старшого наукового співробітника за спеціальністю «судова експертиза та криміналістика». У

²³³ Крылов И.Ф. Избранные труды по криминалистике / Сост., науч. ред. А.И. Александров, В.В. Петров. – СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. – С. 48.

²³⁴ Див.: Святоцький О. Час, що відтворив увесь обшир і розмаїття української юридичної думки та правозастосовчої практики // Право України. – 2002. – № 1. – С. 25.

²³⁵ Наказом ректора КДУ від 9 травня 1944 року Тихенко призначається викладачем криміналістики на 0, 3 ставки з окладом 900 крб. на місяць (див.: Архів КНУІТШ. – Спр. зв. 1970-71 – ПВС – 129. – Арк. 1).

²³⁶ Тихенко С.И. Судебно-графическая экспертиза рукописных текстов: Дисс. ... канд. юрид. наук. – К., 1945. – 216 с.

травні 1947 року Сергій Іванович строком на п'ять років обирається суддею Верховного Суду УРСР, а восени того ж року наказом Міністерства вищої освіти СРСР (далі – МВО СРСР) від 6 жовтня 1947 року він затверджується завідуючим кафедрою кримінального права КДУ²³⁷.

Проте поєднання Сергієм Івановичем у повоєнні роки кількох посад не залишилось не поміченим з боку керівництва юридичного факультету КДУ, яке до того ж мало власну думку щодо оцінки науково-педагогічної роботи вченого. Так, в одній із характеристик, що датована 10 травня 1950 р. і підписана деканом юридичного факультету, секретарем і головою профбюро КДУ, згадується: «Лекції читаються доц. Тихенком на високому ідейно-політичному та науковому рівні. Проте, проявивши себе як досвідчений викладач, доц. Тихенко до грудня 1944 року працював за сумісництвом у Верховному суді УРСР та Інституті криміналістики, не приділяв належної уваги роботі зі студентами. З цієї ж причини доц. Тихенко приділяв недостатньо уваги і роботі кафедри, часто доручаючи роботу доц. Гельфанду. В даний час доц. Тихенко роботі кафедри та роботі зі студентами достатньо приділяє уваги. До себе уважливий, але до своїх підлеглих вимогливість пред'являє недостатню».

Саме у цей час Тихенко підготував до друку одну наукову статтю з питань застосування радянського кримінального законодавства в боротьбі з розкраданнями соціалістичної власності²³⁸ (у якій послідовно та ґрунтовно проаналізував розвиток радянського кримінального законодавства, що передбачало відповідальність за розкрадання державного, громадського та особистого майна, актів судового тлумачення (зокрема, на рівні окремих постанов Пленуму Верховного Суду СРСР) і судової практики, пов'язаної із застосуванням Указу Президії Верховної Ради СРСР «Про кримінальну відповідальність за розкрадання державного і громадського майна» від 4 червня 1947 року) та перше видання курсу лекцій з особливої частини радянського кримінального права²³⁹.

У слові від автора названого курсу лекцій С.І. Тихенко пише, що ця робота є першим випуском курсу лекцій з особливої частини радянського кримінального права і таких випусків пропонувалося видати на той час два. Автором перших двох розділів, які утворювали зміст першого випуску лекцій, був сам Сергій Іванович (ці розділи мали відповідно назву: «Посягання на соціалістичну власність» та

²³⁷ Архів КНУіТШ. – Спр. зв. 1970-71 – ПВС – 129. – Арк. 3.

²³⁸ Тихенко С.І. Советское уголовное законодательство в борьбе с хищениями социалистической собственности // Київський державний університет ім. Т.Г. Шевченка. Наукові записки. Том IX. – Юридичний збірник. – 1950. – № 4. – С. 25-46.

²³⁹ Тихенко С.І. Советское уголовное право. Часть особенная (Лекции, читанные в Киевском государственном университете). Вып. I. – К.: Изд-во Киевского гос. ун-та им. Т.Г. Шевченко, 1951. – 120 с.

«Господарські злочини проти радянської торгівлі»). У другому випуску курсу лекцій був лише один розділ (третій за рахунком), що мав назву «Майнові злочини». Його автором був Я.М. Брайнін²⁴⁰

Далі С.І. Тихенко зазначає, що опублікування цієї праці викликано тим, що підручник для юридичних вузів з особливої частини радянського кримінального права, виданий в 1943 року, значно застарів, а нового підручника ще немає. Тому, щоб хоча б дещо заповнити цю прогалину публікуються зазначені випуски.

Цей випуск являє собою оброблені записи лекцій, читаних С.І. Тихенком на юридичному факультеті КДУ. Тематика випусків була обумовлена необхідністю дати в той час особам, які навчаються, навчальний посібник саме за названими темами, у зв'язку з тим, що в галузі боротьби з посяганнями на соціалістичну власність та на особисту власність громадян радянське законодавство зазнало значних змін передусім у зв'язку з виданням Указів Президії Верховної Ради СРСР від 4 червня 1947 року «Про кримінальну відповідальність за розкрадання державного і громадського майна» та «Про посилення охорони особистої власності громадян», а боротьба зі злочинами в галузі радянської торгівлі в ряді випадків тісно пов'язана з боротьбою проти розкрадань²⁴¹.

Перший випуск вказаних лекцій С.І. Тихенка, які були підготовлені ним і прочитані на юридичному факультеті КДУ, складається із двох частин – розділів. Кожен із цих розділів був присвячений окремій групі злочинів, про що зазначалося вище. У межах першого із них Сергій Іванович описував сутність поняття соціалістичної власності на основі відповідних положень тогочасної Конституції СРСР, ідей В.І. Леніна та Й.В. Сталіна стосовно посилення заходів боротьби з розкраданнями соціалістичної власності, а також реалізованих на нормативному рівні положень Закону «Про охорону соціалістичної власності» від 7 серпня 1932 року, Указів Президії Верховної Ради СРСР «Про кримінальну відповідальність за дрібні крадіжки на виробництві» від 10 серпня 1940 року, «Про кримінальну відповідальність за розкрадання державного і громадського майна» від 4 червня 1947 року. З'ясовуючи особливості застосування цих нормативних актів на практиці, вчений здійснював аналіз складів вказаних злочинів, визначав особливості їх кваліфікації та призначення за ці злочини покарання.

Другий розділ вказаної роботи С.І. Тихенка був присвячений аналізу складів господарських злочинів проти радянської торгівлі, їх кваліфікації та покаранню покарання за ці злочини. Сутність цих злочинів Сергій Іванович описував словами:

²⁴⁰ Брайнин Я.М. Советское уголовное право. Часть особенная (Лекции, читанные в Киевском государственном университете). Вып. II. – К.: Изд-во Киевского гос. ун-та им. Т.Г. Шевченко, 1952. – 112 с.

²⁴¹ Тихенко С.И. Советское уголовное право. Часть особенная ... Лекции ... Вып. I. – С. 3.

діяння, що посягає на правильну діяльність соціалістичного господарства²⁴². В окрему групу цих злочинів він виділяв господарські злочини проти радянської торгівлі (спекуляція; порушення правил, що регулюють торгівлю; обкрадання споживача (обмірювання, обважування та завищення цін); випуск із торгівельних підприємств недоброякісної продукції)²⁴³. В процесі свого дослідження вчений звертався до аналізу положень Закону «Про порядок здійснення торгівлі» від 20 травня 1932 року та Закону «Про боротьбу зі спекуляцією» від 22 серпня 1932 року.

У жовтні 1950 року Сергій Іванович, після зарахування до заочної докторантури при Інституті права імені А.Я. Вишинського АН СРСР, працює над дисертацією на тему «Боротьба з розкраданнями соціалістичної власності, пов'язаними з підлогом документів» (науковим консультантом було призначено патріарха вітчизняної криміналістики – Сергія Михайловича Потапова). З 1 жовтня 1951 року цей термін (включаючи відпустку) наказом МВО СРСР від 2 серпня 1951 року на підставі розпорядження АН СРСР від 16 липня 1951 року та окремого подання КДУ продовжується на один рік. Після цього Сергій Іванович переводиться на очну форму навчання на річний термін, який внаслідок тривалої хвороби продовжується до кінця 1952 року (в цьому разі замість даного терміну наказом МВО СРСР від 20 серпня 1952 року встановлюється термін один рік і три місяця – з 1 жовтня 1951 року по 31 грудня 1952 року). Проте «вихід на захист» С.І. Тихенку прийшлося чекати ще шість років. Сам він в одній із своїх автобіографій згадує про це так: «... Дисертацію я закінчив із запізненням і надав до захисту, після проходження її через сектор кримінального права інституту, в червні 1955 р. Офіційними опонентами надані на неї позитивні відгуки. У жовтні 1955 р. був розісланий автореферат. У травні 1956 р. мною була отримана від Інституту пропозиція внести в дисертацію деякі зміни й доповнення у зв'язку з матеріалами ХХ з'їзду КПРС, що було мною виконано в травні 1956 р.». Утім, незважаючи на виконання зазначеної «пропозиції» захист дисертації затягнувся аж до травня 1958 року.

Працюючи над дисертацією, С.І. Тихенко публікує кілька ґрунтовних наукових праць, у яких розкриваються основні її положення²⁴⁴. Для цього вчений звертався до проблем розкрадання, пов'язаних з фальсифікацією документів (С.І. Тихенко використовував термін «фальшування»)²⁴⁵, а також ґрунтовно аналізував методики

²⁴²Там само. – С. 67.

²⁴³Там само. – С. 68.

²⁴⁴Тихенко С.І. Борьба с хищениями социалистической собственности, связанными с подлогом документов. – К.: Изд-во Киевского гос-го ун-та им. Т.Г. Шевченко, 1959. – 386 с.; Тихенко С.І. Борьба судово-слідчих органів з розкраданнями соціалістичної власності, зв'язаними з фальшуванням документів // Київський державний університет ім. Т.Г. Шевченка. Наукові записки. – Т. XVI, вип. VI. Юридичний збірник. – 1957. – № 9. – С. 5-25.

²⁴⁵Тихенко С.І. Борьба судово-слідчих органів з розкраданнями соціалістичної власності, зв'язаними з фальшуванням документів. – С. 5-11, 13-15.

розслідування цих злочинів, задачі розслідування, особливості проведення криміналістичної експертизи документів при розслідуванні²⁴⁶.

Сам Сергій Іванович так описував вироблений ним підхід щодо поєднання кримінально-правового і криміналістичного напрямів у його наукових дослідженнях, присвячених боротьбі з розкраданнями, пов'язаними з підлогом документів: «... Сполучаються питання, що відносяться до кримінального права і криміналістики. На думку автора, лише в такий спосіб можливо було охопити найважливіші положення всієї теми; разом з тим таке комплексне дослідження, в якому криміналістична розробка питань розслідування зроблена в найтіснішому зв'язку з аналізом норм кримінального права, відповідає вимогам практики і скероване на сприяння зміцненню соціалістичної законності»²⁴⁷.

Сучасні вчені-криміналісти позитивно оцінюють такий підхід С.І. Тихенка у побудові змісту своїх наукових досліджень. Зокрема, Н.І. Клименко звертає увагу на те, що наукові дослідження Сергія Івановича з кримінального права і кримінології дозволили йому досконало вивчити зв'язок між цими юридичними науками і криміналістикою. Це, у свою чергу, дозволило йому підвести на більш якісний ступінь питання розвитку методики розслідування злочинів²⁴⁸.

Головними ж напрямками дослідження криміналістів у цей період була розробка окремих методик розслідування різних видів злочинів. Методика розслідування посідала важливе місце в системі наукових рекомендацій криміналістики для слідчої практики. При цьому після зазначеного вище Указу Президії Верховної Ради СРСР від 4 червня 1947 року почали проводити комплексні дослідження на основі вивчення експертної, слідчої та судової практики, які були пов'язані із застосуванням цього Указу. С.І. Тихенко проводить дослідження з проблем боротьби з розкраданнями соціалістичної власності шляхом підробки документів. На основі цих досліджень ним була написана і захищена докторська дисертація «Боротьба з розкраданнями соціалістичної власності, пов'язаними з підлогом документів». Вони, як пише далі Н.І. Клименко, справили суттєвий вплив на розробку методики розслідування розкрадань соціалістичного майна. Це були видатні роботи з питань криміналістичної методики. Глибина їх базувалась на багатому практичному досвіді²⁴⁹.

²⁴⁶ Там само. – С. 16-25.

²⁴⁷ Там само. – С. 5.

²⁴⁸ Клименко Н.І. Розробка криміналістичної методики вченими юридичного факультету та її значення для сучасної науки // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – Вип. 39. – 2000. – С. 70.

²⁴⁹ Там само. – С. 70.

При вирішенні проблеми боротьби з вказаними злочинами, С.І. Тихенко у вступі до дисертації зупиняється на значенні соціалістичної власності як економічної основи радянського ладу, та ролі судових і слідчих органів в боротьбі за її охорону від розкрадань. Основним же змістом праці є дослідження питань кримінальної відповідальності за розкрадання, пов'язані з підлогом документів (розділ I), та розслідування цих злочинів (розділ II). Таким чином в роботі поєднуються питання, що відносяться до галузі, з одного боку, кримінального права, а з іншого – криміналістики. Це, на думку автора, обумовлюється тим, що лише таким шляхом можуть бути охоплені основні положення теми²⁵⁰.

Серед сучасних дослідників кримінального права окремі положення зазначеного дисертаційного дослідження С.І. Тихенка взагалі не розглядались. Тому в межах даної праці варто звернути увагу на те, що під розкраданням С.І. Тихенко розуміє «не лише умисне вилучення майна із чужого володіння з метою привласнення, але також привласнення ввіреного майна чи розтрату його тощо» (окрему увагу автор звертає також на те, що «правильніше трактувати поняття розкрадання соціалістичної власності <...> не як обернення злочинцем соціалістичного майна у свою «власність» і не як його «привласнення», а як умисне протиправне обернення злочинцем цього майна на свою користь»)²⁵¹.

Автор стверджує, що «викрадене майно повинно мати матеріальну цінність <...> Не слід кваліфікувати як розкрадання соціалістичної власності викрадення документів, хоча б і таких, які надають підставу для отримання державного чи громадського майна, оскільки документ або папір не має самостійну матеріальну цінність. Таке діяння, взяте саме по собі, може являти собою за певних умов лише готування до розкрадання»²⁵².

При аналізі складу розкрадання соціалістичної власності С.І. Тихенко акцентує увагу на таких висновках. По-перше, «протиправне ухилення від передачі власного майна державі чи громадській організації, тобто непередача належного, не являє собою розкрадання». По-друге, «несплата державі належного не являє собою розкрадання, хоч такі дії, зрозуміло, заподіюють шкоду державі»²⁵³.

У цих випадках, на думку С.І. Тихенка, шкода, заподіяна власнику, полягає не у зменшенні його майна, а у так званому неотриманні вигоди. Це, зокрема, може мати місце в разі підробки документів, шахрайства, а також зловживання службовим становищем, у зв'язку з чим немає підстав кваліфікувати вчинене діяння як

²⁵⁰ Тихенко С.І. Борьба с хищениями социалистической собственности, связанными с подлогом документов: Дисс. ... докт. юрид. наук: Введение и раздел I. – [К., 1958]. – С. 1-2.

²⁵¹ Там само. – С. 98-99, 105.

²⁵² Там само. – С. 116.

²⁵³ Там само. – С. 127, 129.

розкрадання. У підтвердження своїх висновків вчений наводить такий приклад: «Якщо начальник запропонує бухгалтеру «не утримувати» з нього податків і це буде виконано, – то воно являє собою не розкрадання, а корисливе зловживання службовим становищем». Відмежовуючи непередачу належного від отримання неналежного, вчений зауважує, що протиправне обернення майна на свою або іншої особи користь утворює об’єктивну сторону розкрадання²⁵⁴.

«Питання про характер позитивної шкоди, що заподіюється розкраданням державі чи громадські організації»²⁵⁵ С.І. Тихенко у своїй дисертації вирішує таким чином. По-перше, він звертає увагу на те, що «матеріальна шкода, що заподіюється розкраданням, полягає у тому, що соціалістичний власник позбавляється можливості, яка в нього є, здійснювати своє право власності на викрадене майно, що йому належить, хоч після вчинення розкрадання це майно продовжує існувати як річ, і право власності на нього за соціалістичним власником зберігається»²⁵⁶. По-друге, вчений аналізує й випадки, коли «в результаті розкрадання майно, яке належить соціалістичному власнику, і щодо якого він здійснює право власності, перестає існувати як річ»²⁵⁷. «Шкода, яка заподіюється розкраданням державі чи громадській організації, – зауважує С.І. Тихенко, – може також виражатися в тому, що зазначений потерпілий стає зобов’язаним сплатити матеріальний еквівалент за викрадене майно. Це має місце, коли вчинено розкрадання майна, наприклад, особистого, за зберігання якого держава чи громадська організація несе перед його власником матеріальну відповідальність»²⁵⁸.

У дисертації С.І. Тихенко виділив три різновиди підроблення документів: 1) «вчинену приватними особами підробку посвідчень та інших офіційних документів, що надають права чи звільняють від обов’язків; 2) «вчинену приватними особами корисливу підробку інших документів майнового характеру»; 3) службове підроблення документів, яке вчиняється з корисливих мотивів або за їх відсутності»²⁵⁹.

Захист докторської дисертації С.І. Тихенка відбувся 9 травня 1958 року в раді Інституту права імені А.Я. Вишинського АН СРСР.

В особистому архіві київського професора С.А. Тарарухіна збереглися два віддрукованих на друкарській машинці варіанти виступів Сергія Івановича на захисті

²⁵⁴ Там само. – С. 130-131.

²⁵⁵ Там само. – С. 132.

²⁵⁶ Там само. – С. 132.

²⁵⁷ Там само. – С. 132-133.

²⁵⁸ Там само. – С. 133.

²⁵⁹ Там само. – С. 249-250.

його докторської дисертації. Перший стосується його вступної промови на захисті²⁶⁰, а другий – зауважень на відгуки офіційних опонентів²⁶¹. В обох випадках зверху перших сторінок почерком С.І. Тихенка написано: «Попередній варіант виступу 28.IV.58». З'ясувати те, чи дійсно обидва ці варіанти були проголошені Сергієм Івановичем під час захисту ним докторської дисертації або хоча б один із них відповідав тексту його виступів, поки що не вдалося. Проте привертає увагу той факт, що в обох «попередніх варіантах виступу», підготовлених до захисту Тихенком, мають місце виправлення і доповнення по тексту, зроблені почерком самого автора. Варіант вступної промови має обсяг 17 друкованих аркушів, а варіант відповідей на зауваження офіційних опонентів – 19.

Підготовлений Сергієм Івановичем варіант вступної промови має відповідні виправлення і доповнення, зроблені ручкою й олівцем. При цьому окремі слова, речення та абзаци у промові закреслені олівцем самим автором, а на її початку після зробленого почерком Тихенка запису «Попередній варіант виступу 28.IV.58» почерком іншої людини вказується на звернення здобувача до членів вченої ради та тему дисертаційного дослідження. На початку своєї промови Сергій Іванович звертає увагу на особливу значимість кримінально-правової охорони соціалістичної власності від розкрадань та боротьби з тими розкраданнями, які поєднуються з підлогом документів. Обґрунтовуючи тему свого дослідження як міждисциплінарного й комплексного, вчений наголошує на тому, що він прагнув розробити найбільш важливі положення кримінальної відповідальності за розкрадання, пов'язані з підлогом документів, та їх розслідування на основі узагальнення судової й слідчої практики УРСР. Таким чином, за словами С.І. Тихенка, в дисертації поєднуються в їх взаємозв'язку питання, що стосуються з одного боку кримінального права, а з іншого – криміналістики. Таке комплексне дослідження, на думку вченого, відповідало вимогам тогочасної практики й, разом з тим, було спрямоване на сприяння зміцненню соціалістичної законності²⁶². Крім цього, С.І. Тихенко відзначає, що у дисертації він прагнув не лише «... розробити тему про боротьбу судово-слідчих органів з розкраданнями, пов'язаними з підлогом документів», а й «... конкретно показати на досвіді цієї розробки найтісніший зв'язок криміналістики, особливо окремої методики розслідування злочинів, з кримінальним

²⁶⁰[Тихенко С.І.] Предварительный вариант [вступительного] выступления [на защите докторской диссертации] 28.IV.58 [г.] [машинопись с рукописными вставками чернилами и карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 17 арк.

²⁶¹[Тихенко С.І.] Предварительный вариант выступления [по поводу замечаний официальных оппонентов на защите докторской диссертации] 28.IV.58 [г.] [машинопись с рукописными вставками] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 19 арк.

²⁶²[Тихенко С.І.] Предварительный вариант [вступительного] выступления [на защите докторской диссертации] 28.IV.58 [г.] [машинопись с рукописными вставками чернилами и карандашом]. – Арк. 1-2.

правом». Тому демонстрація «... сутності цього зв'язку, який ... недостатньо розкритий у криміналістичній літературі» зумовила, за словами самого Сергія Івановича, «основну думку, що керувала мною при написанні дисертації»²⁶³.

Також у вступній промові С.І. Тихенко наголошує на потребі законодавчого визначення (*de lege ferenda*) поняття розкрадання, звертає увагу на поняття підлогу документів та його основні різновиди, а також висловлюється про «... скорочення порівняно з чинним правом строків покарання, встановлених за розкрадання». На думку вченого, зв'язок підлогу документів з розкраданням майна «... може виражатися у тому, що за допомогою підлогу та використання підроблених документів, злочинець або вчиняє розкрадання, або приховує його»²⁶⁴. При цьому, виділяючи такі різновиди підлогу документів, як матеріальний та інтелектуальний, С.І. Тихенко вказує на те, що «... чіткого роз'яснення того, що слід розуміти під порушенням правильності форми документа і тим самим під матеріальним підлогом, у нашій літературі, на мою думку, не має». З огляду на це Сергій Іванович запропонував власне бачення розмежування цих різновидів підлогу документів, зазначивши: «... об'єктивна сторона матеріального підлога на відміну від інтелектуального, полягає у такому викривленні справжності документа, при якому зазначений у ньому спосіб посвідчення правильності викладених обставин насправді застосований не був»²⁶⁵.

Офіційними опонентами на захисті докторської дисертації С.І. Тихенка були призначені відомі радянські криміналісти – Андрій Андрійович Піонтковський та Олександр Миколайович Васильєв. У підготовленому варіанті відповідей на зауваження офіційних опонентів, про який йшлося вище, С.І. Тихенко відзначає, що А.А. Піонтковський і О.М. Васильєв у своїх відгуках визнали правильною основну думку його дисертації «... про наукову доцільність здійснювати дослідження в галузі криміналістичної конкретної методики в органічному зв'язку з нормами кримінального права, а також схвалили зроблений мною досвід саме такого дослідження проблеми боротьби судово-слідчих органів з розкраданнями соціалістичної власності, пов'язаними з підлогом документів»²⁶⁶. Вказавши у своєму «Попередньому варіанті виступу», що «... офіційні опоненти зробили низку критичних зауважень», Сергій Іванович висловив незгоду з деякими із них («Деякі із цих зауважень я приймаю, а з іншими погодитись не можу», – писав учений). Серед таких зауважень він окремо відзначає незгоду обох офіційних опонентів з наведеним

²⁶³ Там само. – Арк. 2-3.

²⁶⁴ Там само. – Арк. 5-7.

²⁶⁵ Там само. – Арк. 8.

²⁶⁶ [Тихенко С.І.] Предварительный вариант выступления [по поводу замечаний официальных оппонентов на защите докторской диссертации] 28.IV.58 [г.] [машинопись с рукописными вставками]. – Арк. 1.

у дисертації визначенням поняття розкрадання, що за словами Сергія Івановича, не було для нього неочікуваним. Так, О.М. Васильєв відзначив, що у дисертації С.І. Тихенком зроблений «навіть чи вдалий висновок, що найбільш правильним є визначення загального поняття розкрадання як умисного протиправного оборнення державного чи громадського майна на користь свою чи іншої особи за мотивами корисливої зацікавленості». Обидва офіційні опоненти у своїх відгуках вказували на невдалість формулювання «оборнення на свою користь», віддаючи перевагу іншому формулюванню – «оборнення у свою власність». На думку А.А. Піонтковського, аргумент проти формулювання «оборнення у свою власність», що стосується неможливості визнання злочинця власником викраденого майна, «... б'є повз ціль, оскільки у даному формулюванні йдеться про незаконне оборнення майна у свою власність». На це зауваження маститого криміналіста Сергій Іванович заперечував: «... коли розкрадання визначається як умисне незаконне оборнення соціалістичного майна у свою власність, то тим самим все ж таки вказується, що соціалістичне майно, хоча і протизаконно, але обертається у власність розкрадача»²⁶⁷.

О.В. Васильєв також не погоджувався з позицією С.І. Тихенка стосовно визнання «розбійного розкрадання юридично закінченим вже у момент нападу, незалежно від того, чи вдалося злочинцю заволодіти майном або ні». З цього приводу Сергій Іванович у доволі поверховій формі відповідає: «... Те, що розбій, вчинений для заволодіння особистим майном громадян, має вважатись закінченим злочином вже тоді, коли вчинений напад, є безспірним, оскільки це прямо впливає із ст. 2 Указу від 4 червня 1947 року «Про посилення охорони особистої власності громадян». Проте, хіба правильно подібне ж діяння вважати ще незакінченим злочином, якщо воно вчинене для заволодіння не особистим, а соціалістичним майном. Адже тоді виходить, що у розглядуваних випадках соціалістична власність охороняється кримінальним законом у меншій мірі, ніж особиста власність, чого законодавець, звичайно, не міг мати на увазі»²⁶⁸.

Однак, не всі із зроблених дисертанту зауважень офіційних і неофіційних опонентів стосувались науки кримінального права. Так, ще один офіційний опонент – Абрам Ілліч Вінберг – вказував на недостатню критичність відтворення С.І. Тихенком так званих принципів криміналістичної ідентифікації, сформульованих свого часу С.М. Потаповим – науковим консультантом Сергія Івановича по докторській дисертації. «Абрам Ілліч вказує, що мені слід було розгорнуто викласти положення про те, що принцип поділу об'єктів на відносно змінні та відносно незмінні, а також принцип про причиновий зв'язок й про дослідження ознак об'єктів

²⁶⁷ Там само. – Арк. 1-3.

²⁶⁸ Там само. – Арк. 9-10.

у русі взагалі не є науковими принципами саме криміналістики, а відносяться до характеристики рис марксистсько-діалектичного методу ... З цим запереченням професора Вінберга я повністю згоден»²⁶⁹, – зазначив С.І. Тихенко у своїй відповіді.

Своє зауваження у галузі науки криміналістики зробив й А.А. Піонтковський. Стосувалось воно погляду С.І. Тихенка на охоплення поняттям планування як побудови версії, так й безпосереднього складання плану. Проте, на думку А.А. Піонтковського, побудова версії і планування розслідування є різними за своєю природою етапами процесу пізнання істини у справі²⁷⁰.

Завершуючи свій виступ і дякуючи А.А. Піонтковському, О.М. Васильєву й А.І. Вінбергу, Сергій Іванович відзначив, що всі офіційні опоненти по дисертації схвалили основну ідею його роботи і основні її положення, в яких ця ідея простежується.

21 лютого 1959 року ВАК при МВО СРСР Сергій Іванович був затверджений в науковому ступені доктора юридичних наук, а 30 листопада 1960 року йому присвоюється вчене звання професора (по кафедрі «кримінальне право»).

Після захисту докторської дисертації Сергій Іванович ще з більшою гарячністю занурюється у наукову роботу, не обмежуючи її проблемами кримінальної відповідальності за розкрадання соціалістичної власності. Починаючи з повоєнних років й до кінця 1960-х років наукова робота С.І. Тихенка здійснювалась у чотирьох напрямках, які умовно можна охарактеризувати, як: 1) підготовка наукових статей, присвячених проблемам загальної й особливої частин радянського кримінального права; 2) підготовка наукових доповідей, виступів на засіданнях вченої ради юридичного факультету КДУ, а також на різних конференціях й семінарах; 3) підготовка наукових висновків з проблем кримінального права, які ставились перед вченим як членом Верховного Суду УРСР, а також здійснення узагальнень по конкретних категоріях кримінальних справ; 4) робота над лекціями із загальної й особливої частин радянського кримінального права, які вчений читав у КДУ.

1) Підготовлені у цей період С.І. Тихенком наукові статті з проблем загальної й особливої частин радянського кримінального права стосувались переважно проблем кримінальної відповідальності за розкрадання соціалістичної власності, у зв'язку з чим вченим було здійснено низку публікацій у провідному виданні того часу «Радянське право»²⁷¹. Однак, особливу увагу у зв'язку з цим варто звернути на

²⁶⁹ Там само. – Арк. 10.

²⁷⁰ Там само. – Арк. 11.

²⁷¹ Див.: Тихенко С., Юровський Д. Питання особливої частини проекту Кримінального кодексу УРСР // Радянське право. – 1958. – № 5. – С. 61-66; Тихенко С. Питання про злочини проти соціалістичної власності в проекті Кримінального кодексу УРСР // Радянське право. – 1959. – № 3. – С. 42-46; Тихенко С., Матишевський П. Відповідальність за злочини проти соціалістичної власності // Радянське право. – 1961. – № 4. – С. 50-60.

рукописи Сергія Івановича, які стосувались окреслених вище проблем. Так, в особистому архіві С.А. Тарарухіна зберігаються дві редакції підготовленої С.І. Тихенком статті, присвяченої проблемам відповідальності за дрібне розкрадання майна, віддруковані на друкарській машинці. Назва статті у першій авторській редакції була визначена Сергієм Івановичем, як «Про відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна»²⁷², а у другій – «Про відповідальність за дрібне розкрадання соціалістичного майна в кримінальному порядку і перед судом громадськості»²⁷³. Крім цього, С.І. Тихенком як додаток до першої редакції статті було окремо подано «Відомості в 15 таблицях про судимість по Указу Президії Верховної Ради СРСР від 10 січня 1955 р. «Про кримінальну відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна» за 1959 рік і першу половину 1960 року»²⁷⁴. У першій редакції зазначеної статті Сергій Іванович висвітлює історію розвитку радянського законодавства, яке передбачало відповідальність за дрібне розкрадання майна, аналізує судову практику, пов'язану із застосуванням названого вище Указу Президії Верховної Ради СРСР, наводячи для ілюстрації відповідні приклади із тогочасної судової практики. У підсумку, такий підхід дозволив автору висвітлити зміст криміноутворюючих ознак дрібного розкрадання, а також особливості застосування за дрібне розкрадання заходів громадського та кримінально-правового впливу. На останньому машинописному аркуші С.І. Тихенком поставлено підпис, але точна дата підготовки статті до друку автором не вказується. Однак, про орієнтовні часові межі підготовки цієї статті можуть свідчити наступні слова автора: «Коли пишуться ці рядки, в ряді союзних республік, зокрема в УРСР, нові кримінальні кодекси ще не прийняті. В проекті КК УРСР відповідальність за дрібне розкрадання державного або громадянського майна встановлена в значній мірі подібно до того, як в зазначеній ст. 96 КК РРФСР»²⁷⁵. Отже, враховуючи дату прийняття КК УРСР 1961 року, часом підготовки статті можна визнати проміжок часу між 1959-м та 1960-м роками.

²⁷² [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна[машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 22 арк.

²⁷³ [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання соціалістичного майна в кримінальному порядку і перед судом громадськості [машинопис, 2-га редакція] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 22 арк.

²⁷⁴ Додаток до роботи С.І. Тихенка «Про відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна» [Відомості в 15 таблицях про судимість по Указу Президії Верховної Ради СРСР від 10 січня 1955 р. «Про кримінальну відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна» за 1959 рік і першу половину 1960 року][машинопис]// Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 18 арк.

²⁷⁵ [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна[машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 21.

У другій редакції статті під назвою «Про відповідальність за дрібне розкрадання соціалістичного майна в кримінальному порядку і перед судом громадськості» С.І. Тихенко поглибив ту частину дослідження, що стосувалась історії розвитку відповідальності за дрібне розкрадання соціалістичного майна, співвідношення



*Завідуючий кафедрою
кримінального права КДУ
С.І. Тихенко (1960-ті роки)*

окремих положень КК УСРР 1923 року та КК РСФРР 1922 року, аналізу існуючих в тогочасній літературі й судовій практиці підходів щодо розуміння змісту поняття розкрадання майна та елементів складу дрібного розкрадання згідно з названим вище Указом Президії Верховної Ради СРСР від 10 січня 1955 року. Це дозволило сформулювати автору низку висновків, важливих для тогочасної науки кримінального права. Наприклад, на арк. 9-10 другої редакції вказаної статті Сергій Іванович пише, що «дрібним можна вважати тільки таке розкрадання, при якому умисел злочинця був спрямований саме на розкрадання дрібне ... Основним критерієм для визнання розкрадання дрібним треба вважати все ж таки не стільки розмір у натуральному виді, скільки вартість викраденого або, інакше кажучи, розмір спричиненої розкраданням державі або громадській організації позитивної матеріальної шкоди ... Коли

розкрадання вчинюється шляхом розбійного нападу, то, беручи до уваги характер цього злочинного діяння і велику суспільну небезпеку розбою, такі дії не можна кваліфікувати як дрібне розкрадання незалежно від вартості та розміру викраденого»²⁷⁶. Для обґрунтування окремих своїх висновків С.І. Тихенко звертався до аналізу деяких кримінальних справ, розглянутих судами м. Києва²⁷⁷ (так, формулюючи висновок про те, що «... практика застосування до осіб, які вперше вчинили дрібне розкрадання, заходів громадського впливу, замість покарання їх в кримінальному порядку, показує, що ці заходи є, як правило, досить ефективними», автор пише: «ми це наводимо на основі безпосереднього вивчення ряду відповідних матеріалів і справ по м. Києву»²⁷⁸). У підготовлених як додаток до першої редакції зазначеної статті «Відомостях в 15 таблицях про судимість ...» Сергій Іванович

²⁷⁶ [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання соціалістичного майна в кримінальному порядку і перед судом громадськості [машинопис, 2-га редакція] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 9-10.

²⁷⁷ Там само. – Арк. 17, 18.

²⁷⁸ Там само. – Арк.

наводить дані, узагальнені ним на основі отриманих у судах м. Києва та Київської області матеріалів. У цих таблицях автор окремо вказує на вік засуджених, їх кількість та міри покарання, які призначались судами м. Києва й Київської області за дрібне розкрадання.

В особистому архіві професора С.А.Тарарухіна вдалося знайти й низку інших статей С.І. Тихенка, віддрукованих на друкарській машинці. В одній із таких статей, що має назву(подається мовою оригіналу) «Кримінально-правова характеристика службового злочину по новому законодавству»²⁷⁹ (на останньому аркуші цієї статті почерком С.І. Тихенка після його підпису зазначено: «20.VI – 64 г.»²⁸⁰), автор розкриває проблеми визначення родового об'єкта службових злочинів, їх поняття, ознак, різновидів цих злочинів, змісту об'єктивної та суб'єктивної сторін їх складів, суб'єкта цих злочинів. Окрему увагу Сергій Іванович приділяв порівнянню змісту окремих різновидів службових злочинів КК РРФСР та УРСР, а також визначенню змісту й різновидів військових службових злочинів. Очевидно, саме ці машинописні матеріали використовувались С.І. Тихенком в опублікованих дещо пізніше наукових працях²⁸¹.

Проте окресленими проблемами наукові інтереси С.І. Тихенка у 1960-ті роки не вичерпувались. Він, зокрема, продовжує цікавитись проблемами кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя²⁸², миру та безпеки людства²⁸³, а також досліджувати зміст кримінально-правових проблем, які цікавили В.І. Леніна²⁸⁴.

²⁷⁹[Тихенко С.І.] Кримінально-правова характеристика службового злочину по новому законодавству [машинопис, 20.VI.1964 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 12 арк.

²⁸⁰Там само. – Арк. 12.

²⁸¹Див.: Тихенко С.І. Кримінально-правова характеристика службового злочину // Вісник Київського університету. Серія права. – 1965. – № 6. – С. 100; Тихенко С.І. Кримінально-правова характеристика службового злочину за новим законодавством // Проблеми правознавства. Міжвідомчий науковий збірник. – 1965. – Вип. 1. – С. 78-84. Відзначу, що впродовж 1963-1969 років проблеми кримінальної відповідальності за посадові злочини ставали предметом низки інших досліджень С.І. Тихенка (див.: Тихенко С., Юровський Д. Зазнач. праця. – С. 61-66; Тихенко С.І. О понятии должностного преступления: тезисы научного сообщения // Научная конференция «Проблемы уголовного права в период развернутого строительства коммунизма». – Л., 1963. – С. 114-116; Тихенко С.І. Особенности Уголовного кодекса Украинской ССР // Особенности уголовных кодексов союзных республик: Сб. науч. статей. – М., 1963. – С. 121-163; Тихенко С.І. Уголовная ответственность за должностные преступления / Под ред. П.П. Михайленко. – К.: МООН УССР, 1964. – 38 с.; Тихенко С.І., Матишевський П.С. Радянське кримінальне право (Частина Особлива).[Учб. посібник]. Вип. 2. – К.: Вид-во Київського ун-ту, 1966. – С. 37-96; Уголовный кодекс Украинской ССР. Научно-практический комментарий. – К., 1969. – С. 205-233, 361-383).

²⁸²Тихенко С.І. Кримінально-правова характеристика злочинів проти правосуддя // Проблеми правознавства. Міжвідомчий науковий збірник. – 1966. – Вип. 3. – С. 97-103; Тихенко С.І. Советское уголовное право (Часть особенная). Преступления против правосудия. – К.: Киевский ордена Ленина государственный университет им. Т.Г. Шевченко, 1970. – 106 с.; Тихенко С.І. Про кримінальну відповідальність за причетність до злочину // Вісник Київського університету. Серія права. – 1968. – № 9. – С. 104-110.

²⁸³[Брайнін Я.М., Тихенко С.І.] Застосування давності до фашистських злочинців неприпустиме [машинопис, 15(20).II.1965 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 6 арк.

²⁸⁴[Тихенко С.І., Матишевський П.С.] Питання кримінального права і боротьби з злочинністю в працях В.І. Леніна [машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 17 арк.

Окремі із тогочасних наукових доробків Сергія Івановича були підготовлені у співавторстві з іншими викладачами кафедри кримінального права КДУ – Я.М. Брайніним та П.С. Матишевським. Про існування машинописних варіантів підготовлених цими викладачами статей стало відомо завдяки особистому архіву С.А. Тарарухіна. Так, разом з професором Я.М. Брайніним Сергій Іванович готує до друку наукову статтю під назвою «Застосування давності до фашистських злочинців неприпустиме» (її машинописний варіант також зберігся в особистому архіві С.А. Тарарухіна, щоправда, на першому аркуші зверху зазначеної вище назви почерком С.І. Тихенка наводиться назва альтернативна «Вирок народів. перегляду не підлягає» і вказується дата «20.ІІ.65» у той час, як на останньому (шостому) аркуші після підписів авторів дата визначена як 15 лютого 1965 року)²⁸⁵. На той час вказана проблема відзначалась своєю актуальністю насамперед з огляду на те, що «Урядом Федеративної Республіки Німеччини 20 листопада 1964 р. оголошено його рішення припинити з травня 1965 р. кримінальне переслідування фашистських військових злочинців внаслідок нібито «скінчення строку давності»²⁸⁶. Висловлюючи свою незгоду з цим рішенням, автори на підставі докладного аналізу Декларації про покарання за злочини, вчинені під час війни, від 13 січня 1942 року обґрунтовували необхідність визнавати «злочини проти миру, військові злочини і злочини проти людяності ... не звичайними кримінальними злочинами, відповідальність за які регулюється виключно нормами внутрішньодержавного права, а міжнародними злочинами»²⁸⁷.

У співавторстві з доцентом П.С. Матишевським Сергій Іванович підготував до друку працю під назвою «Питання кримінального права і боротьби з злочинністю в працях В.І. Леніна», у якій було розкрито основні погляди засновника радянської соціалістичної держави на природу контрреволюційних злочинів, розкрадання, спекуляції, службових злочинів²⁸⁸, особливостей призначення покарання за ці злочини²⁸⁹.

2) У зазначений період Сергій Іванович виступає с численними доповідями й повідомленнями на різних конференціях, семінарах, засіданнях тощо, присвячених переважно проблемам застосування положень нового КК УРСР 1960 року, оскільки

²⁸⁵ [Брайнін Я.М., Тихенко С.І.] Застосування давності до фашистських злочинців неприпустиме [машинопис, 15(20).ІІ.1965 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 1, 6.

²⁸⁶ Там само. – Арк. 1.

²⁸⁷ Там само. – Арк. 4. У зв'язку з цим висновок, який зробили автори, має наступний вигляд: «Злочини, вчинені гітлерівськими злочинцями, це не звичайні кримінальні злочини, а злочини, які за своїми масштабами і виключною небезпечкою для справи миру і для людства виходять далеко за межі звичайних кримінальних злочинів» (там само. – Арк. 5).

²⁸⁸ [Тихенко С.І., Матишевський П.С.] Питання кримінального права і боротьби з злочинністю в працях В.І. Леніна [машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 1-10.

²⁸⁹ Там само. – Арк. 13-16.

вчений брав активну участь у підготовці проекту цього законодавчого акту як член робочої комісії.

Так, на одному із семінарів голів обласних судів у Міністерстві юстиції республіки, що відбувся 15 березня 1961 року, професор Тихенко виступив із доповіддю, присвяченою проблемам кримінальної відповідальності за злочини проти соціалістичної власності за новим КК УРСР²⁹⁰ (на першому аркуші машинописного варіанту цієї доповіді почерком Сергія Івановича червоним олівцем написано: «Доповідь на семінарі голів обл. судів в МЮ УРСР 15.III.61 р.»²⁹¹). У цій доповіді автор приділив увагу визначенню змісту поняття розкрадання за КК УРСР «не як певного складу злочину, а як загального поняття, що об'єднує різні види розкрадання, як-от: розкрадання державного або громадського майна шляхом крадіжки (ст. 81), шляхом грабежу (ст. 82), шляхом шахрайства (ст. 83) та розкрадання шляхом привласнення, розтрата або зловживання службовим станом (ст. 84)»²⁹², у зв'язку з чим пропонує його розглядати як «умисне незаконне обернення такого майна у вигоду свою чи іншої особи з мотивів корисливої заінтересованості»²⁹³. Після розкриття змісту цих основних положень своєї доповіді С.І. Тихенко детально охарактеризував об'єктивні й суб'єктивні ознаки складів названих вище видів розкрадання державного та громадського майна²⁹⁴.

Проблеми кримінальної відповідальності за злочини проти соціалістичної власності за КК УРСР 1960 року ставали об'єктом уваги С.І. Тихенка й під час інших доповідей. В одній із таких доповідей вчений зосередив увагу на проблемах визначення змісту поняття розкрадання та ознак складів: а) різних видів розкрадання державного чи громадського майна, а також розбою з метою розкрадання такого майна; б) знищення та пошкодження державного чи громадського майна та в) інших злочинів проти соціалістичної власності (на першому аркуші цієї доповіді, що віддрукована на друкарській машинці й має рукописні вставки по тексту, зверху, над назвою, червоним олівцем зазначено (мовою оригіналу): «Доклад в ОГУ 15.V.61»)»²⁹⁵. У цій доповіді Сергій Іванович окрему увагу приділив доволі дискусійному на той час питанню про особливості кваліфікації розбою з метою розкрадання державного чи громадського майна, поєднаного з умисним вбивством потерпілого. Відстоюючи

²⁹⁰[Тихенко С.І.] Доповідь на семінарі голів обл[асних] судів в М[іністерстві] Ю[стиції] УРСР [машинопис з рукописними вставками олівцем, 15 березня 1961 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). –11 арк.

²⁹¹Там само. – Арк. 1.

²⁹²Там само. – Арк. 2.

²⁹³Там само. – Арк. 3.

²⁹⁴Там само. – Арк. 3-11.

²⁹⁵[Тихенко С.І.] Ответственность за преступления против социалистической собственности по новому Уголовному кодексу УССР [машинопись с рукописными вставками, 15 мая 1961 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 1-4а, 5-21 [арк. 20, 21 рукописні].

позицію про те, що «у розглядуваних випадках вчинене слід кваліфікувати як умисне вбивство, вчинене із користі, не застосовуючи ... статті, що передбачає відповідальність за розбій», вчений так обґрунтовує доцільність кваліфікації розглядуваних випадків як умисного вбивства із користі та розбою з метою розкрадання (тобто за сукупністю п. «а» ст. 93 та ч. 2 ст. 86 КК УРСР): «Мушу сказати, що я входив у робочу комісію, якою був складений проект Кримінального кодексу УРСР. Всі чи майже всі члени цієї комісії висловлювали ту точку зору, що закон слід [відредагувати] так, щоб у розглядуваних випадках все вчинене кваліфікувалось без застосування складних правил про сукупність злочинів лише як кваліфіковане вбивство. Спеціально для цього в санкцію ст. 93 [була] внесена вказівка на те, що у випадках, ... коли умисне вбивство вчинене із користі, як додаткове покарання застосовується конфіскація майна. Однак, як відомо, [прийнятий] закон ... відривається від його авторів [, від їх думок і міркувань та] ... отримує [в частині свого змісту] те чи інше цілком самостійне значення. Враховуючи цю обставину, слід визнати, що думка авторів проекту Кримінального кодексу УРСР про [те, що] розглядувані дії [слід кваліфікувати] лише як вбивство, не знайшла в тексті закону достатньо чіткого об'єктивного відображення. В результаті, питання про те, як слід кваліфікувати розбій, поєднаний з вбивством, [залишається] питанням спірним. Судова практика [ще не дала певної на нього] відповіді. У Верховному Суді УРСР справ розглядуваної категорії з моменту набрання чинності нового Кримінального кодексу на вирішення ще не було. На мою думку, питання про кваліфікацію цих дій підлягає спеціальному обговоренню. Я особисто ... схилився б у більшій мірі до тієї точки зору, що ці дії слід кваліфікувати як вбивство та розбій за сукупністю»²⁹⁶.

22 жовтня 1964 року Сектор держави і права АН УРСР та КДУ проводять разом наукову конференцію, «присвячену методологічним питанням радянської юридичної науки». В отриманому С.І. Тихенком запрошенні на цю конференцію вказувалось, що на конференції будуть заслухані дві доповіді (професора П.О. Назаренка на тему «Методологічні проблеми радянської юридичної науки» та професора С.Л. Фукса «До методології вивчення радянської загальнонародної держави»). Кафедра кримінального права та процесу КДУ на цій конференції була представлена Я.М. Брайніним, який виступив із науковим повідомленням «Про деякі методологічні питання радянської науки кримінального права»²⁹⁷. С.І. Тихенко був присутній на цій

²⁹⁶ Там само. – Арк. 16-17.

²⁹⁷ Див.: Брайнин Я.М. О некоторых методологических вопросах советской науки уголовного права // Методологические проблемы советской юридической науки: Материалы научной конференции (Киев, 22 октября 1964 г.). – К.: Наукова думка, 1965. – С. 91-99. Про зміст цього повідомлення Я.М. Брайніна, опублікованого у збірнику

конференції й виступав із доповіддю. Свідченням цьому є знайдений в особистому архіві С.А. Тарарухіна машинописний варіант стенограми виступу С.І. Тихенка на зазначеній конференції²⁹⁸. Крім цього, в архіві С.А. Тарарухіна вдалося знайти запрошення, на якому почерком Сергія Івановича зазначено «конференція 22.X.-64 р. Тут я виступив» й «виступили Сергейко Катрич Тихенко», а також рукопис (олівцем) на половинці стандартного аркушу з планом й основними положеннями виступу (на ньому, зверху червоним олівцем, почерком Сергія Івановича написано: «Resumé мого виступу. 10 хв.»)²⁹⁹. Положення заслуханих доповідей П.О. Недбайла і С.Л. Фукса С.І. Тихенко конспектує, про що також збереглись його нотатки, зроблені олівцем на звернутому навпіл аркуші³⁰⁰.

Машинописний варіант тез П.О. Недбайла був розданий усім учасникам зазначеної конференції (його обсяг становить 12 віддрукованих на друкарській машинці аркушів, а внизу останнього аркушу вказується, що ці тези зареєстровані в архіві рукописів кафедри теорії та історії держави і права КДУ за № 144 від 12 жовтня 1964 року)³⁰¹. Доповідь саме цього вченого викликала інтерес С.І. Тихенка, про що свідчить зміст стенограми його виступу. Так, під час виступу Сергій Іванович відзначив, що його «як криміналіста, представника кримінально-правової науки в широкому розумінні цього поняття, особливо зацікавила доповідь П.О. Недбайла про методологічні проблеми радянської правової науки ... Доповідь П.О. Недбайла, на мою думку, є цінною ... Методологічні положення, розвинуті в доповіді П.О. Недбайла, мають пряме відношення, зокрема, й до кримінально-правової науки»³⁰². У виступі С.І. Тихенко критично поставився до тези П.О. Недбайла про особливе методологічне значення загальної теорії держави та права (як науки про основні й провідні закономірності виникнення, розвитку і функціонування держави та права), оскільки, на думку криміналіста, саме ця наука проникає у дійсність більш глибоко,

матеріалів зазначеної конференції, див.: Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834-1960 роки): історико-правове дослідження. Монографія. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: «ВД «Дакор», 2013. – С. 806-807.

²⁹⁸[Тихенко С.І.] [Из стенограммы научной конференции Сектора гос[ударства] и права АН УССР и юрид[ического] ф[акультета] КГУ, посвященной методологическим вопросам юридической науки, 22/X – 1964 г.] [машинопись, 15 ноября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 5 арк. Внизу останнього аркушу машинописного варіанту стенограми виступу С.І. Тихенка чорнилами після особистого підпису й почерком Сергія Івановича вказується дата друку стенограми «15.XI – 64 г.» (там само. – Арк. 5).

²⁹⁹[Тихенко С.І.] [Resumé моего выступления. 10 мин.] [рукопись карандашом, 22 октября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 1 арк.

³⁰⁰[Тихенко С.І.] [Петр Емельянович Недбайло] [рукопись, 22 октября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 1 арк.

³⁰¹[Недбайло П.Е.] Методологические проблемы советской юридической науки [тезисы доклада на конференции юридических научных учреждений, ВУЗ'ов и факультетов УССР] [машинопись, 1 октября 1964 г.] [Зарегистрировано в архиве рукописей кафедры теории и истории г[осударства] и права КГУ им. Т.Г. Шевченко под № 144 от 12.X.64 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 12 арк.

³⁰²[Тихенко С.І.] [Из стенограммы научной конференции Сектора гос[ударства] и права АН УССР и юрид[ического] ф[акультета] КГУ, посвященной методологическим вопросам юридической науки, 22/X – 1964 г.] [машинопись, 15 ноября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 1.

ніж галузеві юридичні науки, збагачуючи останні керівними ідеями та принципами. Не погоджуючись з цим, С.І. Тихенко звернувся до деяких методологічних питань науки радянської криміналістики, відзначаючи, що «окремі галузеві юридичні науки, в тому числі й кримінально-правова науки, ще не збагачуються у належній мірі від теорії держави та права тими цінними керівними ідеями та принципами, якими теорія держави та права могла б їх збагатити, якби вона досягла належної висоти»³⁰³. На думку С.І. Тихенка, саме особливості методології радянської криміналістики не були враховані П.О. Недбайлом у його доповіді³⁰⁴.

26-27 жовтня 1965 року в Секторі держави і права АН УРСР відбулась наукова конференція «Форми і методи конкретних соціологічних досліджень в юридичній науці». В особистому архіві С.А. Тарарухіна збереглися два варіанти відредагованої стенограми виступу С.І. Тихенка на цій конференції. Перший варіант (з рукописними вставками олівцем) направлений Сергію Івановичу за супровідним листом № 126/588 від 9 листопада 1965 року за підписами в.о. завідуючого Сектором держави і права АН УРСР Б.М. Бабія та вченого секретаря В.В. Мриги³⁰⁵, а другий варіант – підписаний С.І. Тихенком і надісланий до Сектора держави і права АН УРСР за супровідним листом від 30 листопада 1965 року (на останній сторінці цього варіанту відредагованої стенограми виступу С.І. Тихенка після його підпису чорнилами власноруч вказується дата «27.XI – 65 г.»)³⁰⁶. Правки, зроблені С.І. Тихенком олівцем у першому варіанті відредагованої стенограми зазначеного виступу, стосувались розуміння принципу економії каральної діяльності та особливостей проведення кримінологічних досліджень. Фактично, ці положення виступу були переписані С.І. Тихенком заново³⁰⁷. У другому варіанті стенограми виступу Сергій Іванович також робив деякі правки. Проте загальний зміст положень, викладених у другому варіанті стенограми його виступу, залишився незмінним, і майже усі виправлення автора

³⁰³ Там само. – Арк. 1-2.

³⁰⁴ Там само. – Арк. 2.

³⁰⁵ [Тихенко С.І.] Стенограммавыступления в прениях на научной конференции Сектора государства и права АН УССР, которая состоялась 26-27.X – 1965 г. на тему «Формы и методы конкретных социологических исследований в юридической науке» [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1-ая редакция; сопроводительное письмо Сектора государства и права АН УССР № 126/588 от 2 ноября 1965 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 8 арк.

³⁰⁶ [Тихенко С.І.] Стенограммавыступления в прениях на научной конференции Сектора государства и права АН УССР, которая состоялась 26-27.X – 1965 г. на тему «Формы и методы конкретных социологических исследований в юридической науке» [машинопись с рукописными вставками чернилами, «27.XI – 65 г.», 2-ая редакция; сопроводительное письмо за подписью С.И. Тихенко Сектору государства и права АН УССР (на исх. № 126/588 от 2 ноября 1965 г.) от 30 ноября 1965 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 7 арк.

³⁰⁷ [Тихенко С.І.] Стенограмма выступления в прениях на научной конференции Сектора государства и права АН УССР, которая состоялась 26-27.X – 1965 г. на тему «Формы и методы конкретных социологических исследований в юридической науке» [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1-ая редакция; сопроводительное письмо Сектора государства и права АН УССР № 126/588 от 2 ноября 1965 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 2-6.

олівцем по тексту першого варіанту, які мені вдалося розібрати, були враховані при передруку й підготовці «чистового» (другого) варіанту відредагрованої стенограми виступу. Так, розуміння принципу економії заходів каральної діяльності С.І. Тихенко здійснював з урахуванням «чіткої диференціації каральної діяльності з встановленням дуже суворих покарань за тяжкі злочини та одночасно з м'яким підходом до осіб, які вчинили злочини, що не мають великої суспільної небезпеки»³⁰⁸.

Окрему увагу варто приділити аналізу виступів й доповідей С.І. Тихенка на засіданнях вченої ради КДУ та вченої ради його юридичного (юридично-економічного) факультету. Так, у своєму виступі на засіданні вченої ради КДУ в грудні 1961 року³⁰⁹ С.І. Тихенко зупинився на задачах науки кримінального права, які він розглядав з урахуванням «суворого дотримання соціалістичної законності, викоренення будь-яких порушень правопорядку, ліквідацію злочинності, усунення всіх причин, які її породжували»³¹⁰.

Проблеми кримінально-правової охорони соціалістичної власності у черговий раз стали об'єктом уваги С.І. Тихенка на засіданні ради юридично-економічного факультету КДУ, що відбулось 29 травня 1962 року. У надрукованому запрошенні на це засідання доповідь Сергія Івановича визначена, як «Охорона соціалістичної власності за новим кримінальним законодавством УРСР». В особистому архіві С.А. Тарарухіна зберігаються дві редакції доповіді С.І. Тихенка на зазначеному засіданні ради юридично-економічного факультету КДУ. Обидві редакції віддруковані на друкарській машинці й мають рукописні вставки С.І. Тихенка олівцем. Зверху першого аркушу першої редакції (обсягом 14 аркушів, із яких 13 – машинописні, а один – рукописний) С.І. Тихенко олівцем зазначив: «Доповідь на відкритому засіданні Вченої Ради Юр[идично]-ек[ономічного] ф[акульте]ту КДУ. 29.V.62 р. Основний екземпляр. Охорона соц[іалістичної] власності за новим крим[інальним] з[аконодавст]вом УРСР»³¹¹. Друга редакція доповіді С.І. Тихенка позначена її

³⁰⁸ [Тихенко С.І.] Стенограмма выступления в прениях на научной конференции Сектора государства и права АН УССР, которая состоялась 26-27.X – 1965 г. на тему «Формы и методы конкретных социологических исследований в юридической науке» [машинопись с рукописными вставками чернилами, «27.XI – 65 г.», 2-ая редакция; сопроводительное письмо за подписью С.И. Тихенко Сектору государства и права АН УССР (на исх. № 126/588 от 2 ноября 1965 г.) от 30 ноября 1965 г.]] Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 2-3.

³⁰⁹ [Тихенко С.І.] Выступление на Ученом Совете [Киевского государственного] у[ниверсите]та.XII – 1961 г. [машинопись с рукописными вставками карандашом, «XII – 1961 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 7 арк.; [Тихенко С.І.] [Тезисы выступления на Ученом Совете Киевского государственного университета «Задачи сов[ременной] кр[иминалисти]ки в свете реш[ени]й XXII Съезда КПСС». «XII. 1961 г.»][рукописькарандашом, «XII. 1961 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк 1-2 зв.

³¹⁰ [Тихенко С.І.] Выступление на Ученом Совете [Киевского государственного] у[ниверсите]та.XII – 1961 г. [машинопись с рукописными вставками карандашом, «XII – 1961 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 1.

³¹¹ [Тихенко С.І.] Доклад на открытом заседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономічного] ф[акульте]та КГУ. 29.V.62 г. Основной экземпляр. Охрана соц[иалистической] собственности по новому угол[овному] з[аконодательст]ву

автором на першому аркуші, як «Доповідь на відкр[итому] засіданні Вченої Ради Юр[идично]-ек[ономічного] ф[акульте]ту КДУ. 29.V – 62 р. (2^{ий}екз[емпляр] з прикладами [, матеріалами])»³¹² (ця редакція має обсяг 25 аркушів, із яких перші 17 є машинописними, а аркуші з 18 по 25, в яких С.І. Тихенко описує приклади із судової практики, – рукописними з обох сторін олівцем). У цих редакціях доповіді С.І. Тихенком відтворюються ті основні положення, які висвітлювались ним раніше у наукових публікаціях стосовно визначення основних видів злочинів проти соціалістичної власності за КК УРСР 1960 року, особливостей диференціації «відповідальності залежно від того, чи вчинене розкрадання державного або громадського майна»³¹³, кримінальної відповідальності за дрібне розкрадання, караності розкрадань, що поєднується із аналізом судової практики тих часів, а також порівнянням відповідних положень тогочасного КК УРСР з положеннями КК республік, що входили до складу СРСР.

3) Доволі плідно у зазначений вище період працює С.І. Тихенко над науковими висновками у галузі кримінального права. Так, в особистому архіві С.А. Тарарухіна вдалося знайти машинописний варіант висновку С.І. Тихенка з питання «Чи є користь, особиста матеріальна вигода необхідною ознакою отримання хабаря (ст. 168 КК УРСР)?», підписаного ним 28 червня 1968 року³¹⁴. У цьому висновку Сергій Іванович обґрунтовує думку, що необхідним елементом складів отримання хабаря є «наявність корисливих мотивів», у зв'язку з чим «... коли у посадової особи відсутнє прагнення до отримання особистої матеріальної вигоди, його діяння, подібні отриманню хабаря, не слід вважати отриманням хабаря. Вони є зловживанням владою або службовим становищем»³¹⁵. Для ілюстрації висновку С.І. Тихенко наводить приклад кваліфікації за ст. 165 КК УРСР дій директора технікуму Н., який зараховував на навчання «... з грубим порушенням встановлених правил прийому –

УССР [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 14арк.[арк. 14 рукописний, олівцем].

³¹²[Тихенко С.І.] Доклад на отк[рытом]заседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономичного] ф[акульте]та КГУ. 29.V.62 г. [Охрана социалистической собственности по новому уголовному законодательству УССР] (2^{ой}экз[емпляр] с примерами [, материалами]) [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 1-25 зв.[арк. 18-25 зв. рукописні з обох сторін, олівцем].

³¹³[Тихенко С.І.] Доклад на открытомзаседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономичного] ф[акульте]та КГУ. 29.V.62 г. Основнойэкземпляр. Охрана соц[иалистической] собственности по новому угол[овному] з[аконодательст]ву УССР [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 3-4; [Тихенко С.І.] Доклад на отк[рытом]заседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономичного] ф[акульте]та КГУ. 29.V.62 г. [Охрана социалистической собственности по новому уголовному законодательству УССР](2^{ой}экз[емпляр] с примерами [, материалами]) [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 3-4.

³¹⁴[Тихенко С.І.]Мнение по вопросу 3: «Является ли користь, личная материальная выгода необходимым признаком получения взятки (ст. 168 УК УССР)?» [машинопись, 28 июня1968 г.]// Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 2 арк.

³¹⁵Там само. – Арк. 1.

осіб, батьки яких надавали у його розпорядження як хабар безповоротно грошові кошти й будівельні матеріали, що використовувались директором технікуму не для особистих потреб, а для господарських потреб технікуму»³¹⁶.

25 жовтня 1968 року С.І. Тихенко як завідуючий кафедрою кримінального права та криміналістики КДУ підписує протокол «виробничої наради секції кримінального права кафедри», направивши його наступного дня за супровідним листом голові Науково-консультативної ради – заступнику голови Верховного Суду УРСР А.С. Кузовкіну³¹⁷. У вказаному протоколі присутні на нараді викладачі кафедри (С.І. Тихенко, Я.М. Брайнін, В.І. Василенко, С.А. Тарарухін, І.К. Туркевич, С.С. Яценко) одноголосно погодились з положеннями здійсненого Верховним Судом УРСР узагальнення судової практики в справах про злочини, що кваліфікувались за ст. 166 КК УРСР, й висловились за потребу більш докладно викласти окремі «... обставини, що відносились до їх фактичної сторони» (наприклад, з'ясування змісту спеціальних можливостей особи у зв'язку з вжиттям заходів із забезпечення збереженості майна, а також можливості особи виїхати за межі території підприємства згідно з виконуваними нею службовими обов'язками)³¹⁸.

Крім цього, С.І. Тихенко бере участь у підготовці викладачами очолюваної ним кафедри висновків, що стосувались проблем двох наук – кримінального права та кримінального процесу. Зокрема, у листопаді 1968 року на виробничій нараді секції кримінального права й викладачів кримінального процесу кафедри кримінального права та криміналістики КДУ обговорюються проблеми передачі судами УРСР на розгляд товариських судів справ і матеріалів про злочини, «що переслідуються за скаргами потерпілих». Розгляд цих проблем відтворювався у протоколі виробничої наради секції кримінального права кафедри за участю викладачів кримінального процесу, підписаному С.І. Тихенком 5 листопада 1968 року³¹⁹.

4) Викладаючи на юридичному (юридично-економічному) факультеті КДУ курси загальної й особливої частин радянського кримінального права, С.І. Тихенко ретельно готував машинописні варіанти своїх лекцій з вказаних дисциплін. Таких лекцій С.І. Тихенка в особистому архіві С.А. Тарарухіна знайдено десять. Усі ці

³¹⁶ Там само. – Арк. 1-2.

³¹⁷ Протокол производственного совещания секции уголовного права кафедры уголовного права и криминалистики Киевского государственного университета от 25 октября 1968 г. [машинопись] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 2 арк.; [Сопроводительное письмо] Председателю Научно-консультативного совета – заместителю председателя Верховного Суда УССР [машинопись, 26 октября 1968 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 1 арк.

³¹⁸ Протокол производственного совещания секции уголовного права кафедры уголовного права и криминалистики Киевского государственного университета от 25 октября 1968 г. [машинопись] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – Арк. 1-2.

³¹⁹ Протокол производственного совещания секции уголовного права кафедры уголовного права и криминалистики Киевского государственного университета – при участии преподавателей уголовного процесса – от 5 ноября 1968 г. [машинопись] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 2 арк.

лекції присвячені питанням особливої частини кримінального права, мають численні рукописні помітки (вставки), зроблені по тексту С.І. Тихенком, й у разі спеціальної вказівки їх автора на рік охоплюють період з 1946 по 1964 роки.

Лекцій, що мають вказівку С.І. Тихенка на рік їх підготовки із особистого архіву С.А. Тарарухіна усього шість, а саме: стенограма лекції, прочитана студентам 3-го курсу юридичного факультету КДУ 12 березня 1946 року й присвячена питанням кримінальної відповідальності за окремі злочини проти життя і здоров'я особи³²⁰; дві лекції, присвячені кримінальній відповідальності за злочини проти оборони СРСР й прочитані відповідно у 1954 і 1955 роках. На першій із цих лекцій зверху першого аркушу червоним олівцем С.І. Тихенком зазначено: «Лекція 1954 р. На цю ж тему є мій текст 1955 р.», а на першому аркуші другої лекції, зверху, червоним олівцем зазначено: «1955 р. (виправ[лена]) відкрита лекція»³²¹; машинописний варіант «відкритої лекції», присвяченої питанням кримінальної відповідальності за військові злочини та прочитаної у грудні 1957 року (на першому машинописному аркуші зверху олівцем зазначено: «відкрита лекція XII.[19]57 р.»)³²²; матеріали однієї оглядової лекції, прочитаної у січні 1956 року студентам-заочникам та присвяченої кримінальній відповідальності за злочини у сфері трудових відносин та за господарські злочини³²³; два варіанти лекції на тему «Кримінально-правова охорона соціалістичної власності», датовані 1964 роком (на їх перших аркушах С.І. Тихенко вказує, що один варіант «правлений», а другий – «не правлений»)³²⁴.

Декілька віддрукованих на друкарській машинці лекцій С.І. Тихенка із особистого архіву С.А. Тарарухіна не мають вказівок (друкарських чи рукописних) на час їх підготовки автором. Проте об'єднує їх те, що підготовлені вони (та прочитані) С.І. Тихенком були у другій половині 1940-х років або у 1950-х роках, оскільки стосуються аналізу положень чинного на той час кримінального законодавства УРСР. Це, зокрема, лекції, присвячені питанням кримінальної

³²⁰ Стенограмма лекции тов. Тихенко по курсу «Уголовное право» на III курсе юридического факультета К.Г.У. 12/III-1946 г. [машинопись] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 8 арк.

³²¹ [Тихенко С.І.] [Лекция на тему «Преступные нарушения обязанностей по обороне СССР»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1954 г. // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 16 арк.; [Тихенко С.І.] [Лекция на тему «Преступления против обороны СССР»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, «1955 г. (исправ[ленная] открытая лекция»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 6 арк.

³²² [Тихенко С.І.] [Лекция на тему «Воинские преступления»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, «Открытая лекция XII.[19]57 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 27 арк.

³²³ [Тихенко С.І.] [Лекция на темы «Преступления в области трудовых отношений» и «Хозяйственные преступления»] [машинопись с рукописными вставками карандашом; «Обзорная лекция на заочном отделе, январь 1956 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 24 арк.

³²⁴ [Тихенко С.І.] [Лекция на тему «Уголовно-правовая охрана социалистической собственности»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1964 г.; «I Вариант (правленный)»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 27 арк.; [Тихенко С.І.] [Лекция на тему «Уголовно-правовая охрана социалистической собственности»] [машинопись с рукописными вставками, «1964 г. (осень)»; «2 экз. окончат[ельный] вариант (не правленный)»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 28 арк.

відповідальності за так звані статеві³²⁵ і майнові³²⁶ злочини, злочини проти порядку управління³²⁷, окремі посадові злочини³²⁸ та військові злочини³²⁹.

Наскільки в ті часи був вагомий науковий авторитет Сергія Івановича свідчить наступний факт. У 1966 року ректорат, партійний і профспілковий комітети КДУ подали клопотання про присвоєння С.І. Тихенку почесного звання «заслужений діяч науки УРСР» з мотивуванням: «за видатні заслуги в розвитку радянської юридичної науки і підготовці кадрів». Це клопотання було підтримано вченими радами всіх юридичних вузів, факультетів і науково-дослідних установ України та юридичних факультетів Московського і Кишинівського університетів, а також Верховним Судом УРСР, Прокуратурою республіки та Юридичною комісією при Раді Міністрів УРСР. Проте черга до цього питання дійшла лише через два роки, коли Президія Верховної Ради УРСР, розглядаючи його, своїм указом від 24 червня 1968 року присвоїла Сергію Івановичу зазначене почесне звання.

Скрізь призму десятиліть молодим дослідникам важко однозначно оцінювати діяльність людини у ті часи, тим більше, що вона перебувала на державній службі в період самого розпалу репресій. Дехто може засумніватись з приводу заслуг Сергія Івановича в сфері кримінального права, мовляв «дуже важко сидіти одночасно на двох стільцях – “криміналістичному” та “кримінально-правовому”». Проте неправдиві, необґрунтовані сумніви та підозри настільки часто з’являлись на творчому шляху Сергія Івановича, що якби він був зараз живий, то точно зміг би вистояти та розвіяти всі ці намовляння і звинувачення. Тому, незважаючи на своє соціальне походження, службу у державному банку за часів Тимчасового Всеросійського уряду та Уряду О.В. Колчака, родинні зв’язки за кордоном, С.І. Тихенко продовжував плідно працювати протягом майже чотирьох десятиліть і його внесок у розвиток радянського кримінального права є очевидним.

³²⁵[Тихенко С.І.] [Лекція на тему «Половые преступления»] [машинопис с рукописными вставками чернилами] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 33 арк.

³²⁶[Тихенко С.І.] [Лекція на тему «Имущественные преступления»] [машинопис с рукописными вставками карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 10 арк.

³²⁷[Тихенко С.І.] [Лекція на тему «Преступления против порядка правления»; «Посягательства на нар[одное] здоровье, на общ[ественную] безопасность и порядок»] [машинопис с рукописными вставками карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 17 арк.; [Тихенко С.І.] [Лекції на тему «Преступления против порядка управления [1. Понятие преступлений против порядка управления и служебная роль норм советского уголовного права по борьбе с этими преступлениями. 2. Нарушения избирательного закона. 3. Преступления против правильной деятельности государственного и общественного аппарата. 4. Преступления против социалистического правосудия. 5. Посягательства на народное здоровье. 6. Посяг[ательства] на общественную безопасность и порядок. 7. Нарушения правил, действующих на транспорте. 8. Нарушения правил об отделении церкви от государства и школы от церкви]»] [машинопис с рукописными вставками карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 15 арк.

³²⁸[Тихенко С.І.] [Лекція на тему «Другие должностные преступления»] [машинопис с рукописными вставками чернилами и карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 22 арк.

³²⁹[Тихенко С.І.] [Лекція на тему «Воинские преступления»] [машинопис с рукописными вставками карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 21 арк.

Помер С.І. Тихенко 15 жовтня 1971 року в Києві.

Життя та наукова діяльність славетного вченого-криміналіста Сергія Івановича Тихенка потребують подальших ґрунтовних досліджень. Так склалося, що у Сергія Івановича та його дружини – Марії Ростиславівни – не було дітей (з 1945 року з ними як дочка жила племінниця Марії Ростиславівни – Інна). Тому автор просить відгукнутися всіх, хто знав цю, без сумніву, видатну людину.

Використані джерела:

1. Архів КНУіТШ. – Спр. зв. 1970-71 – ПВС – 129.
2. Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834-1960 роки): історико-правове дослідження. Монографія. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: «ВД «Дакор», 2013.
3. Брайнин Я.М. Советское уголовное право. Часть особенная (Лекции, читанные в Киевском государственном университете). Вып. II. – К.: Изд-во Киевского гос. ун-та им. Т.Г. Шевченко, 1952.
4. [Брайнін Я.М., Тихенко С.І.] Застосування давності до фашистських злочинців неприпустиме [машинопис, 15(20).II.1965 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).
5. Брайнин Я.М. О некоторых методологических вопросах советской науки уголовного права // Методологические проблемы советской юридической науки: Материалы научной конференции (Киев, 22 октября 1964 г.). – К.: Наукова думка, 1965.
6. Государственный архив Новосибирской области РФ. – Ф.п. 1. – Оп. 1. – Д. 125.
7. ДАК. – Ф. Р-871. – Оп. 2. – Спр. 380.
8. Додаток до роботи С.І. Тихенка «Про відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна» [Відомості в 15 таблицях про судимість по Указу Президії Верховної Ради СРСР від 10 січня 1955 р. «Про кримінальну відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна» за 1959 рік і першу половину 1960 року] [машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).
9. Клавинг В. Гражданская война в России: Белые армии. – М.: АСТ; СПб.: Terra Fantastica, 2003.
10. Клименко Н.І. Розробка криміналістичної методики вченими юридичного факультету та її значення для сучасної науки // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – Вип. 39. – 2000.

11. Крылов И.Ф. Избранные труды по криминалистике / Сост., науч. ред. А.И. Александров, В.В. Петров. – СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2006.

12. Наукова спадщина академіка О.О. Малиновського і сучасність: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (4-6 грудня 2008 р., м. Рівне) / Ред. кол.: І.Б. Усенко (голова), Т.І. Бондарук (відп. секр.), Д.М. Диновський, Л.О. Зайцев, В.Є. Кириченко та ін. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2010.

13. [Недбайло П.Е.] Методологические проблемы советской юридической науки [тезисы доклада на конференции юридических научных учреждений, ВУЗ'ов и факультетов УССР] [машинопись, 1 октября 1964 г.] [Зарегистрировано в архиве рукописей кафедры теории и истории г[осударст]ва и права КГУ им. Т.Г. Шевченко под № 144 от 12.X.64 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

14. Проблеми правознавства. Міжвідомчий науковий збірник. – 1967. – Вип. 7.

15. Протокол производственного совещания секции уголовного права кафедры уголовного права и криминалистики Киевского государственного университета от 25 октября 1968 г. [машинопись] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

16. Протокол производственного совещания секции уголовного права кафедры уголовного права и криминалистики Киевского государственного университета – при участии преподавателей уголовного процесса – от 5 ноября 1968 г. [машинопись] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

17. Святоцький О. Час, що відтворив увесь обшир і розмаїття української юридичної думки та правозастосовчої практики // Право України. – 2002. – № 1.

18. [Сопроводительное письмо] Председателю Научно-консультативного совета – заместителю председателя Верховного Суда УССР [машинопись, 26 октября 1968 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

19. Стенограмма лекции тов. Тихенко по курсу «Уголовное право» на III курсе юридического факультета К.Г.У. 12/III-1946 г. [машинопись] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

20. Тихенко С.І. Експертиза вогнепальної зброї // Революційне право. – 1941. – № 2.

21. Тихенко С.И. Невменяемость и вменяемость / Предисловие Н.Н. Паше-Озерского. – Киев: Трест «Киев-Печать», 8-я типография, 1927.

22. Тихенко С.И. Основные положения исправительно-трудового кодекса УССР // Поправно-трудоуловий робітник. – 1929. – № 8.

23. Тихенко С.И. Убийцы // Поправно-трудоуловий робітник. – 1929. – № 9, 10, 11;

24. Тихенко С.І. Читання позбавлених волі рецидивістів // Записки кабінету по вивченню злочинності при Київських поправно-трудових установах. – 1930. – Вип. 1; Тихенко С.І. З робіт пенітенціарної секції (про зразкові правила внутрішнього розпорядку для позбавлених волі в поправно-трудої промколонії) // Записки кабінету по вивченню злочинності при Київських поправно-трудових установах. – 1930. – Вип. 1;

25. Тихенко С.И. Бандиты-рецидивисты // Учение о преступности и пенитенциарная практика. – 1931. – Вып. IV.

26. Тихенко С.И. Судебно-графическая экспертиза рукописных текстов: Дисс. ... канд. юрид. наук. – К., 1945.

27. Тихенко С.И. Борьба с хищениями социалистической собственности, связанными с подлогом документов: Дисс. ... докт. юрид. наук: Введение и раздел I. – [К., 1958].

28. Тихенко С.И. Советское уголовное законодательство в борьбе с хищениями социалистической собственности // Київський державний університет ім. Т.Г. Шевченка. Наукові записки. Том IX. – Юридичний збірник. – 1950. – № 4.

29. Тихенко С.И. Советское уголовное право. Часть особенная (Лекции, читанные в Киевском государственном университете). Вып. I. – К.: Изд-во Киевского гос. ун-та им. Т.Г. Шевченко, 1951.

30. Тихенко С.И. Борьба с хищениями социалистической собственности, связанными с подлогом документов. – К.: Изд-во Киевского гос-го ун-та им. Т.Г. Шевченко, 1959.

31. Тихенко С.І. Боротьба судово-слідчих органів з розкраданнями соціалістичної власності, зв'язаними з фальшуванням документів // Київський державний університет ім. Т.Г. Шевченка. Наукові записки. – Т. XVI, вип. VI. Юридичний збірник. – 1957. – № 9.

32. [Тихенко С.И.] Предварительный вариант [вступительного] выступления [на защите докторской диссертации] 28.IV.58 [г.] [машинопись с рукописными вставками чернилами и карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

33. [Тихенко С.И.] Предварительный вариант выступления [по поводу замечаний официальных оппонентов на защите докторской диссертации] 28.IV.58 [г.] [машинопись с рукописными вставками] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

34. Тихенко С., Юровський Д. Питання особливої частини проекту Кримінального кодексу УРСР // Радянське право. – 1958. – № 5.

35. Тихенко С. Питання про злочини проти соціалістичної власності в проекті Кримінального кодексу УРСР // Радянське право. – 1959. – № 3.

36. Тихенко С., Матишевський П. Відповідальність за злочини проти соціалістичної власності // Радянське право. – 1961. – № 4.
37. [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна [машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).
38. [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання соціалістичного майна в кримінальному порядку і перед судом громадськості [машинопис, 2-га редакція] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).
39. [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання державного та громадського майна [машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).
40. [Тихенко С.І.] Про відповідальність за дрібне розкрадання соціалістичного майна в кримінальному порядку і перед судом громадськості [машинопис, 2-га редакція] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).
41. [Тихенко С.І.] Кримінально-правова характеристика службового злочину по новому законодавству [машинопис, 20.VI.1964 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).
42. Тихенко С.І. Кримінально-правова характеристика службового злочину // Вісник Київського університету. Серія права. – 1965. – № 6.
43. Тихенко С.І. Кримінально-правова характеристика службового злочину за новим законодавством // Проблеми правознавства. Міжвідомчий науковий збірник. – 1965. – Вип. 1.
44. Тихенко С.І. О понятии должностного преступления: тезисы научного сообщения // Научная конференция «Проблемы уголовного права в период развернутого строительства коммунизма». – Л., 1963.
45. Тихенко С.І. Особенности Уголовного кодекса Украинской ССР // Особенности уголовных кодексов союзных республик: Сб. науч. статей. – М., 1963.
46. Тихенко С.І. Уголовная ответственность за должностные преступления / Под ред. П.П. Михайленко. – К.: МООН УССР, 1964.
47. Тихенко С.І., Матишевський П.С. Радянське кримінальне право (Частина Особлива). [Учб. посібник]. Вип. 2. – К.: Вид-во Київського ун-ту, 1966.
48. Тихенко С.І. Кримінально-правова характеристика злочинів проти правосуддя // Проблеми правознавства. Міжвідомчий науковий збірник. – 1966. – Вип. 3.
49. Тихенко С.І. Советское уголовное право (Часть особенная). Преступления против правосудия. – К.: Киевский ордена Ленина государственный университет им. Т.Г. Шевченко, 1970.
50. Тихенко С.І. Про кримінальну відповідальність за причетність до злочину // Вісник Київського університету. Серія права. – 1968. – № 9.

51. [Тихенко С.І., Матишевський П.С.] Питання кримінального права і боротьби з злочинністю в працях В.І. Леніна [машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

52. [Брайнін Я.М., Тихенко С.І.] Застосування давності до фашистських злочинців неприпустиме [машинопис, 15(20).ІІ.1965 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

53. [Тихенко С.І., Матишевський П.С.] Питання кримінального права і боротьби з злочинністю в працях В.І. Леніна [машинопис] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

54. [Тихенко С.І.] Доповідь на семінарі голів обл[асних] судів в М[іністерстві] Ю[стиції] УРСР [машинопис з рукописними вставками олівцем, 15 березня 1961 р.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

55. [Тихенко С.І.] Ответственность за преступления против социалистической собственности по новому Уголовному кодексу УССР [машинопись с рукописными вставками, 15 мая 1961 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

56. [Тихенко С.І.] [Из стенограммы научной конференции Сектора гос[ударства] и права АН УССР и юрид[ического] ф[акульте]та КГУ, посвященной методологическим вопросам юридической науки, 22/X – 1964 г.] [машинопись, 15 ноября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

57. [Тихенко С.І.] [Resumé моего выступления. 10 мин.] [рукопись карандашом, 22 октября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

58. [Тихенко С.І.] [Петр Емельянович Недбайло] [рукопись, 22 октября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

59. [Тихенко С.І.] [Из стенограммы научной конференции Сектора гос[ударства] и права АН УССР и юрид[ического] ф[акульте]та КГУ, посвященной методологическим вопросам юридической науки, 22/X – 1964 г.] [машинопись, 15 ноября 1964 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

60. [Тихенко С.І.] Стенограмма выступления в прениях на научной конференции Сектора государства и права АН УССР, которая состоялась 26-27.X – 1965 г. на тему «Формы и методы конкретных социологических исследований в юридической науке» [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1-ая редакция; сопроводительное письмо Сектора государства и права АН УССР № 126/588 от 2 ноября 1965 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

61. [Тихенко С.І.] Стенограмма выступления в прениях на научной конференции Сектора государства и права АН УССР, которая состоялась 26-27.X – 1965 г. на тему «Формы и методы конкретных социологических исследований в юридической науке» [машинопись с рукописными вставками чернилами, «27.XI – 65 г.», 2-ая редакция;

сопроводительное письмо за подписью С.И. Тихенко Сектору государства и права АН УССР (на исх. № 126/588 от 2 ноября 1965 г.) от 30 ноября 1965 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

62. [Тихенко С.И.] Стенограмма выступления в прениях на научной конференции Сектора государства и права АН УССР, которая состоялась 26-27.X – 1965 г. на тему «Формы и методы конкретных социологических исследований в юридической науке» [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1-ая редакция; сопроводительное письмо Сектора государства и права АН УССР № 126/588 от 2 ноября 1965 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

63. [Тихенко С.И.] Выступление на УченомСовете [Киевского государственного] у[ниверсите]та.XII – 1961 г. [машинопись с рукописными вставками карандашом, «XII – 1961 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

64. [Тихенко С.И.] [Тезисы выступления на УченомСоветеКиевского государственного университета «Задачи сов[ременной] кр[иминалисти]ки в свете реш[ени]й XXII Съезда КПСС». «XII. 1961 г.»][рукопись карандашом, «XII. 1961 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

65. [Тихенко С.И.] Доклад на открытомзаседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономического] ф[акультета] КГУ. 29.V.62 г. Основной экземпляр. Охрана соц[иалистической] собственности по новому угол[овному] з[аконодательств]у УССР [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

66. [Тихенко С.И.] Доклад на откр[ытом] заседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономического] ф[акультета] КГУ. 29.V.62 г. [Охрана социалистической собственности по новому уголовному законодательству УССР](2^{ой} экз[емпляр] с примерами [, материалами]) [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

67. [Тихенко С.И.] Доклад на открытом заседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономического] ф[акультета] КГУ. 29.V.62 г. Основной экземпляр. Охрана соц[иалистической] собственности по новому угол[овному] з[аконодательств]у УССР [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). –Арк. 3-4

68. [Тихенко С.И.] Доклад на откр[ытом]заседании Ученого Совета Юр[идико]-эк[ономического] ф[акультета] КГУ. 29.V.62 г. [Охрана социалистической собственности по новому уголовному законодательству УССР](2^{ой}экз[емпляр] с примерами [, материалами]) [машинопись с рукописными вставками карандашом, 29 мая 1962 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

69. [Тихенко С.И.] Мнение по вопросу 3: «Является ли користь, личная материальная выгода необходимым признаком получения взятки (ст. 168 УК УССР)?» [машинопись, 28 июня 1968 г.] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

70. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Преступные нарушения обязанностей по обороне СССР»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1954 г. // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

71. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Преступления против обороны СССР»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, «1955 г. (исправ[ленная] открытая лекция)»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

72. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Воинские преступления»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, «Открытая лекция XII.[19]57 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ). – 27 арк.

73. [Тихенко С.И.] [Лекция на темы «Преступления в области трудовых отношений» и «Хозяйственные преступления»] [машинопись с рукописными вставками карандашом; «Обзорная лекция на заочном отделе, январь 1956 г.»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

74. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Уголовно-правовая охрана социалистической собственности»] [машинопись с рукописными вставками карандашом, 1964 г.; «I Вариант (правленный)»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

75. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Уголовно-правовая охрана социалистической собственности»] [машинопись с рукописными вставками, «1964 [г.] (осень)»; «2 экз. окончат[ельный] вариант (не правленный)»] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

76. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Половые преступления»] [машинопись с рукописными вставками чернилами] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

77. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Имущественные преступления»] [машинопись с рукописными вставками карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

78. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Преступления против порядка управления»; «Посягательства на нар[одное] здоровье, на общ[ественную] безопасность и порядок»] [машинопись с рукописными вставками карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

79. [Тихенко С.И.] [Лекции на тему «Преступления против порядка управления [1. Понятие преступлений против порядка управления и служебная роль норм советского уголовного права по борьбе с этими преступлениями. 2. Нарушения избирательного закона. 3. Преступления против правильной деятельности государственного и общественного аппарата. 4. Преступления против

социалистического правосудия. 5. Посягательства на народное здоровье. 6. Посяг[ательства] на общественную безопасность и порядок. 7. Нарушения правил, действующих на транспорте. 8. Нарушения правил об отделении церкви от государства и школы от церкви]»][машинопись с рукописными вставками карандашом]»// Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

80. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Другие должностные преступления»] [машинопись с рукописными вставками чернилами и карандашом]// Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

81. [Тихенко С.И.] [Лекция на тему «Воинские преступления»] [машинопись с рукописными вставками карандашом] // Особистий архів С.А. Тарарухіна (Київ).

82. Томсинов В.А. Павел Исаевич Люблинский (1882-1938). Библиографический очерк // Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса / Под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2004.

83. Томсинов В.А. Российские правоведы XVIII-XX веков: Очерки жизни и творчества. В 2-х томах. – Том 2.

84. Украинская советская энциклопедия. – Том 11. – Кн. 1: «счисление-функционал». – К.: Глав. ред. Укр. сов. энц-ии, 1984.

85. Clayton W. The Theory of Emulsions and Their Thechnical Treatment. – 4th Ed. – Philadelphia: The Blakiston Co., 1943. – P. 321; Wendell M. Latimer. The Oxidation States of the Elements and Their Potentials in Aqueous Solutions. – New York: Prentice – Hall, Inc., 1938.

86. Tangentmeter / Vladimir J. Tihenko [Berkeley, Calif.], US Patent Application. Serial № 423,707 (27 January 1930). 4 Climes (Cl. 33-75) // Patented Nov. 7, 1933 / 1,933,880.

87. Tihenko V.J. Oxidation, Reduction and Catalytic Decomposition of Hydroxylamine. – Berkeley, 1930.

У статті висвітлюються основні напрями науково-педагогічної діяльності С.І. Тихенка, що пов'язані з наукою кримінального права. Визначається внесок цього вченого у розвиток вказаної науки на основі архівних джерел.

Ключові слова: кримінальне право, наука, наукова діяльність, історія розвитку, кримінальна відповідальність.

В статье освещаются основные направления научно-педагогической деятельности С.И. Тихенко, связанные с наукой уголовного права. Определяется вклад этого ученого в развитие указанной науки на основе архивных источников.

Ключевые слова: уголовное право, наука, научная деятельность, история развития, уголовная ответственность.

In the article light up basic directions scientific-pedagogical activity of S.I. Tikhenko, related to science of criminal law. The contribution of this scientist is determined to development of the indicated science on the basis of the archived sources.

Key words: *criminal law, science, scientific activity, history of development, criminal responsibility.*

**Волинець Руслан Анатолійович**

кандидат юридичних наук, доцент
кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Порушення бюджетного законодавства України:
особливості системного узгодження норм
адміністративного та кримінального законодавства**

Системне розкриття змісту ознак будь-якого складу злочину потребує не лише визначення його співвідношення із змістом складів інших злочинів, але й вироблення критеріїв відмежування від складів інших правопорушень. У літературі така ситуація пояснюється з огляду на те, що злочин, як правило, має спільні окремі ознаки складу, тому або конкурує, або утворює інше співвідношення, оскільки спільні ознаки мають місце при вчиненні кожного злочину [1, с. 122; 2]. Отже, для визначення такого «... іншого співвідношення», необхідного для визначення названих вище критеріїв відмежування, потрібно насамперед співставити зміст норм Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) та Кримінального кодексу (далі – КК), які закріплюють у своєму змісті різні ознаки (елементи) складів правопорушень бюджетного законодавства України. Проблеми, які з'являються при визначенні особливостей системного узгодження змісту вказаних складів правопорушень на рівні адміністративного та кримінального законодавства обумовлюють актуальність даного дослідження.

Водночас, визначаючи особливості такого системного узгодження, варто відзначити, що в сучасній юридичній літературі вони взагалі не розкривались, у зв'язку з чим автори при характеристиці проблем відмежування складів зазначених правопорушень між собою обмежуються вказівкою на певні кількісні характеристики (суми) бюджетних коштів як предмета правопорушення [3, с. 299]. На цій підставі метою даної статті є визначення особливостей системного узгодження змісту ознак (елементів) зазначених вище складів правопорушень бюджетного законодавства між собою, що в подальшому необхідно для визначення типових і нетипових варіантів співвідношення складів цих правопорушень й їх правильного відмежування один від одного.

У своїх попередніх дослідженнях мною були визначені п'ять форм діяння, передбаченого ст. 210 КК, а саме: 1) нецільове використання бюджетних коштів; 2) здійснення видатків бюджету без встановлених бюджетних призначень всупереч Бюджетному кодексу (далі – БК) чи закону про Державний бюджет України на

відповідних рік; 3) здійснення видатків бюджету з перевищенням бюджетних призначень всупереч БК чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік; 4) надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень, всупереч БК чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік; 5) надання кредитів з бюджету з перевищенням бюджетних призначень всупереч БК або закону про Державний бюджет України на відповідний рік. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства у кожній із цих форм настає лише у разі, якщо предметом цих діянь були бюджетні кошти у великих розмірах, тобто на суму, що в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – НМДГ) (п. 2 примітки до ст. 210 КК) [1, с. 46]. З урахуванням цього спробуємо проаналізувати зміст відповідних приписів КУпАП, що є достатнім для розкриття змісту діянь, які передбачено у ст. 210 КК, а також навести характеристику загального змісту передбачених КУпАП порушень бюджетного законодавства, поєднуючи такий підхід з розмежуванням таких діянь з відповідними формами злочину, передбаченого ст. 210 КК.

Передбачені в ч. 1 ст. 164-12 КУпАП форми порушення бюджетного законодавства «включення недостовірних даних до бюджетних запитів, що призвело до затвердження необґрунтованих бюджетних призначень або необґрунтованих бюджетних асигнувань», «порушення вимог БК при здійсненні попередньої оплати за товари, роботи та послуги за рахунок бюджетних коштів», «порушення порядку і термінів здійснення попередньої оплати за товари, роботи та послуги за рахунок бюджетних коштів», «здійснення платежів за рахунок бюджетних коштів без реєстрації бюджетних зобов'язань, за відсутності підтвердних документів чи при включенні до платіжних документів недостовірної інформації» та «порушення вимог БК при здійсненні витрат державного бюджету (місцевого бюджету) у разі несвоечасного набрання чинності законом про Державний бюджет України (несвоечасного прийняття рішення про місцевий бюджет) на відповідний рік» відповідають частині змісту загального поняття нецільового використання бюджетних коштів, що міститься у ст. 119 БК, а саме: «нецільовим використанням бюджетних коштів є їх витрачання на цілі, що не відповідають: 1) бюджетним призначенням, встановленим законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет); 2) напрямам використання бюджетних коштів, визначених у паспорті бюджетної програми (у разі застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі) або в порядку використання бюджетних коштів; 3) бюджетним асигнуванням (розпису бюджету, кошторису, плану використання бюджетних коштів)». Таким чином, зазначені вище форми порушення бюджетного законодавства, передбачені в ч. 1 ст. 164-12 КУпАП стосуються стадії виконання

бюджетів та порушують принцип цільового використання бюджетних коштів. Цей принцип відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 7 БК означає, що бюджетні кошти використовуються тільки на цілі, визначені бюджетними призначеннями та бюджетними асигнуваннями [3, с. 299]. Поняття бюджетного призначення наводиться у п. 8 ст. 2 БК і визначається як повноваження головного розпорядника бюджетних коштів, надане БК, законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет), яке має кількісні, часові та цільові обмеження і дозволяє надавати бюджетні асигнування. Відповідно до п. 6 ст. 2 БК бюджетне асигнування охоплює повноваження розпорядника бюджетних коштів, надане відповідно до бюджетного призначення, на взяття бюджетного зобов'язання та здійснення платежів, яке має кількісні, часові та цільові обмеження. Крім цього, у п. 7 ст. 2 БК міститься визначення бюджетного зобов'язання – будь-яке здійснення відповідно до бюджетного асигнування розміщення замовлення, укладення договору, придбання товару, послуги чи здійснення інших аналогічних операцій протягом бюджетного періоду, згідно з яким потрібно здійснити платежі протягом цього ж періоду або у майбутньому.

Викладене дозволяє зробити висновок, що форми порушення бюджетного законодавства, які наведені вище й передбачені в ч. 1 ст. 164-12 КУпАП, являють собою різновиди нецільового використання бюджетних коштів, тобто їх використання на цілі, які не відповідають встановленим бюджетним призначенням та асигнуванням. У зв'язку з цим можна констатувати, що зазначені у ч. 1 ст. 164-12 КУпАП форми порушення бюджетного асигнування відповідають змісту й передбаченій в ч. 1 ст. 210 КК такій формі порушення бюджетного законодавства, як «нецільове використання бюджетних коштів службовою особою» (ця форма має місце у випадках, коли бюджетні кошти використовуються на цілі, які взагалі не передбачені для використання цих коштів, або з перевищенням затверджених обсягів, що є порушенням БК, закону про Державний бюджет України на відповідний рік, рішень про місцеві бюджети, паспортів бюджетних програм, розпису бюджету кошторисів або планів використання бюджетних коштів одержувачами бюджетних коштів [3, с. 300]).

У ч. 1 ст. 164-12 КУпАП також передбачена форма порушення бюджетного законодавства – «безпідставна відмова у проведенні платежу органами, що здійснюють казначейське обслуговування бюджетних коштів». Зміст її стосується також стадії виконання бюджетів згідно з дотриманням принципу цільового використання бюджетних коштів. Отже, ці дії також посягають на порядок виконання Державного бюджету України та місцевих бюджетів. Проте, на відміну від попередніх форм порушення бюджетного законодавства України, які передбачені

у ч. 1 ст. 164-12 КУпАП, ці дії стосуються не лише використання бюджетних коштів всупереч їх цільовому призначенню, але й недотримання порядку проведення операцій з бюджетними коштами. Тобто, якщо визнавати нецільовим використанням бюджетних коштів їх витрачання на цілі, що не відповідають бюджетним призначенням, встановленим законом про Державний бюджет України чи рішенням про місцевий бюджет, виділеним бюджетним асигнуванням чи кошторису, то така форма порушення бюджетного законодавства, як «безпідставна відмова у проведенні платежу органами Державного казначейства України (далі – ДКУ)» стосується банківських операцій з бюджетними коштами. Так, в підпункті 1 п. 4 Положення про Державну казначейську службу України, затвердженого Указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 460/2011, передбачено, що ДКУ здійснює через систему електронних платежів НБУ розрахунково-касове обслуговування розпорядників, одержувачів бюджетних коштів та інших клієнтів, операцій з коштами бюджетів, спільних із міжнародними фінансовими операціями проектів. При цьому кошти, операції з якими забезпечуються ДКУ, можуть мати й інший правовий статус, ніж бюджетні кошти, зокрема, з тими, що помилково або надміру зараховані до бюджету (у таких випадках ДКУ здійснює повернення цих коштів за поданням органів, що контролюють справляння надходжень бюджету, - див. підпункт 7 п. 4 зазначеного Положення). Отже, платежі органами ДКУ можуть здійснюватись шляхом переказу до загального фонду державного бюджету як бюджетних коштів, так й коштів з іншим правовим статусом. В останньому випадку дії з такими коштами хоч і визнаються порушенням бюджетного законодавства, але не утворюють нецільового використання бюджетних коштів, передбаченого ст. 164-12 КУпАП або ст. 210 КК. У разі їх здійснення вчинене може за належних підстав кваліфікуватись за відповідною частиною ст. 164-12 КУпАП, а у разі, якщо сума таких коштів перевищує 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, то такі дії можуть за відповідних умов визнаватись службовою недбалістю і кваліфікуватись за ч. 1 або ч. 2 ст. 367 КК.

У ч. 3 ст. 164-12 КУпАП передбачені такі форми порушення бюджетного законодавства, як: взяття зобов'язань без відповідних бюджетних асигнувань або з перевищенням повноважень, встановлених БК чи законом про Державний бюджет України на відповідний рік; включення до складу спеціального фонду бюджету надходжень з джерел, не віднесених до таких БК чи законом про Державний бюджет України на відповідний рік; зарахування доходів бюджету на будь-які рахунки, крім єдиного казначейського рахунку (за винятком коштів, що отримуються установами України, які функціонують за кордоном), а також акумулювання їх на рахунках органів, що контролюють справляння надходжень бюджету; зарахування доходів бюджету до іншого, ніж визначено БК чи законом про Державний бюджет України

на відповідний рік, бюджету, в тому числі внаслідок здійснення поділу податків і зборів (обов'язкових платежів) та інших доходів між бюджетами з порушенням визначених розмірів; здійснення державних (місцевих) запозичень, надання державних (місцевих) гарантій з порушенням вимог БК; прийняття рішень, що призвели до перевищення граничних обсягів державного (місцевого) боргу чи граничних обсягів надання державних (місцевих) гарантій; розміщення тимчасово вільних коштів бюджету з порушенням вимог БК; створення позабюджетних фондів, порушення вимог БК щодо відкриття позабюджетних рахунків для розміщення бюджетних коштів; повернення кредитів до бюджету з порушенням вимог БК та/або встановлених умов кредитування бюджету; здійснення бюджетними установами запозичень у будь-якій формі або надання бюджетними установами юридичним чи фізичним особам кредитів з бюджету всупереч БК; порушення вимог БК щодо виділення коштів з резервного фонду бюджету. Враховуючи наведене вище визначення нецільового використання бюджетних коштів, що передбачене в ст. 119 БК, передбачені в ч. 3 ст. 164-12 КУпАП форми порушення бюджетного законодавства також слід визнавати різновидом (різнovidами) нецільового використання бюджетних коштів.

У ч. 5 ст. 164-12 КУпАП законодавець передбачив такі форми порушення бюджетного законодавства, як здійснення видатків, кредитування місцевого бюджету, які відповідно до БК мають проводитися з іншого бюджету; здійснення видатків бюджету всупереч БК чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік; нецільове використання бюджетних коштів; видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону; здійснення видатків на утримання бюджетної установи одночасно з різних бюджетів всупереч БК чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік. Відповідниками цим формам порушення бюджетного законодавства, передбаченим ст. 164-12 КУпАП, є перші дві форми діяння, передбачені ч. 1 ст. 210 КК. Такий висновок ґрунтується, зокрема, на тому, що здійснення видатків за змістом є використанням коштів, яке має здійснюватись у межах бюджетного призначення, що в свою чергу утворює межу видатків. У зв'язку з цим доцільно зупинитись на специфіці деяких характерних ознак обох форм аналізованого злочину, враховуючи те, що їх виділено в окремий вид бюджетного правопорушення, що передбачене п. 29 ст. 116 БК, а саме: здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК чи закону про Державний бюджет України.

У п. 31 ч. 1 ст. 2 БК під видатками бюджету розуміються кошти, спрямовані на здійснення програм і заходів, передбачених відповідним бюджетом. При цьому в

самій цій нормі зазначається, що до видатків бюджету не належать: погашення боргу, надання кредитів з бюджету, розміщення бюджетних коштів на депозитах, придбання цінних паперів, повернення надміру сплачених до бюджету сум податків і зборів (обов'язкових платежів) та інших доходів бюджету, проведення їх бюджетного відшкодування. Водночас слід зазначити, що однією із специфічних ознак, які виводять витрачання бюджетних коштів до розряду правопорушень, є те, що воно здійснюється стосовно: а) здійснення видатків: без бюджетного призначення або з його перевищенням; б) нецільового використання: з метою, що не відповідає бюджетним призначенням. Таким чином, зміст специфічної ознаки, яка обумовлює протиправність витрачання бюджетних коштів, є однаковим у вказаних формах адміністративного правопорушення та злочину, оскільки витрачання бюджетних коштів як у разі його здійснення без бюджетного призначення, так і у випадку його перевищення, є витрачанням, яке не відповідає бюджетним призначенням. Такі форми, як нецільове використання бюджетних коштів і здійснення видатків, однакові за змістом головної ознаки – ці форми є витрачанням бюджетних коштів і частково збігаються за змістом специфічної ознаки – невідповідність бюджетним призначенням (з його перевищенням або без нього). При цьому нецільове використання бюджетних коштів є ширшим поняттям, оскільки витрачання в цій формі набуває протиправності не лише через невідповідність бюджетному призначенню, а й через інші обставини, наприклад, невідповідність напрямам використання бюджетних коштів, визначених у паспорті бюджетної програми, або бюджетним асигнуванням.

У ст. 164-12 КУпАП окремою формою порушення бюджетного законодавства передбачається «надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч БК чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік». За змістом ця форма адміністративного правопорушення відповідає формі вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 210 КК, та позначає операції з надання коштів з бюджету на умовах повернення, платності та строковості, внаслідок чого виникають зобов'язання перед бюджетом (п. 31 ст. 2 БК).

З урахуванням наведеного вище системного узгодження положень ст. 164-12 КУпАП та ст. 210 КК слід навести наступні висновки:

1. Більшість із передбачених ст. 164-12 КУпАП та ст. 210 КК форм порушення бюджетного законодавства збігаються за змістом своїх ознак, а тому підхід, існуючий в літературі стосовно визнання розмежувальним критерієм цих форм адміністративного правопорушення та злочину певного розміру бюджетних коштів видається цілком слушним.

2. Можливим винятком із цього системного співвідношення слід очевидно вважати безпідставну відмову у проведенні платежу органами, що здійснюють казначейське обслуговування бюджетних коштів, що за необхідних підстав може кваліфікуватись або за відповідною частиною ст. 210 КК або ст. 367 КК.

Використані джерела:

1. Волинець Р.А. Кримінальна відповідальність за порушення бюджетного законодавства України (ст. 210 КК України): моногр. – К.: ВД «Дакор», 2012. – 184 с.
2. Фролова О.Г. Деякі питання кваліфікації злочинів, пов'язаних з банкрутством, та їх відмежування від суміжних складів злочинів // вісник прокуратури. – 2006. – № 10. – С. 83-89.
3. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. – Т. 2: Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с.

У статті розглядаються основні проблеми співвідношення різних форм порушень бюджетного законодавства, що визнаються адміністративними правопорушеннями та злочинами певних видів. Також досліджується основний зміст цих форм і визначаються критерії його розмежування.

Ключові слова: бюджет, нецільове використання, витрати, бюджетні кошти.

В статье рассматриваются основные проблемы соотношения различных форм нарушений бюджетного законодательства, которые являются административными правонарушениями и преступлениями определенных видов. Также исследуется основное содержание этих форм и определяются критерии его разграничения.

Ключевые слова: бюджет, нецелевое использование, расходы, бюджетные средства.

This article reviews the main problem of the relation of various forms of violations of budget legislation recognized administrative offenses and certain types of crimes. Also studied the basic content of the forms and the criteria of its division.

Keywords: budget, no-purpose use, charges, budgetary facilities.

**Задоя Костянтин Петрович**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Характеристика положень Кримінального
процесуального кодексу України 2012 року щодо
кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених
особами, які не є суб'єктами злочину**

Положення Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року (далі – КПК 1960 року) належним чином не унормовували особливості фіксації у процесуальних документах кримінально-правової оцінки суспільно небезпечних діянь осіб, які не є суб'єктами злочину, – неосудних осіб³³⁰ та осіб, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, у процесуальних документах. Зокрема, ст. 6 КПК 1960 року передбачала закриття кримінальної справи у випадку вчинення суспільно небезпечного діяння особою, що не досягла одинадцятирічного віку; ст. 7-3, 447, 448 даного Кодексу визначали процесуальні повноваження суб'єктів кримінального провадження та порядок вирішення справ, якщо суспільно небезпечне діяння було вчинено особою, що досягла одинадцятирічного віку, але не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність; а положення глави 34 КПК 1960 року окреслювали процесуальний порядок застосування примусових заходів медичного характеру до осіб, які вчинили суспільно небезпечні діяння, перебуваючи в стані неосудності. Однак при цьому жодне зі згаданих положень прямо не фіксувало: а) форми закріплення кримінально-правової кваліфікації відповідних суспільно небезпечних діянь у процесуальних документах (зауважимо, що в одній із своїх ухвал, постановлених, ще в період чинності КПК 1960 року, Верховний Суд України (далі – ВСУ) наголошував, що „постанова у справі про застосування примусових заходів медичного характеру має... крім вирішення питань, передбачених ст. 420 КПК України, містити в собі, зокрема, формулювання суспільно небезпечного діяння, визнаного судом установленим” [1]); б) особливості кримінально-правової кваліфікації зазначених діянь порівняно з кваліфікацією злочинів.

³³⁰

Використання у чинному кримінальному та кримінальному процесуальному законодавстві України терміну „діяння” по відношенню до осіб, що страждають на психічні розлади, які позбавляють їх здатності усвідомлювати значення своїх дій або контролювати їх, значною мірою має умовний характер.

Зауважимо, що першу із зазначених „прогалин” правозастосовча практика намагалась заповнювати, використовуючи у мотивувальних та резолютивних частинах ухвал (постанов) судів „шаблони” типу: а) „суспільно небезпечне діяння, передбачене [положенням Особливої частини КК]” (див., наприклад, [2]); б) „суспільно небезпечне діяння, що містить ознаки злочину, передбаченого [положенням Особливої частини КК]” (див., наприклад, [3]); в) „суспільно небезпечне діяння, передбачене [положенням Особливої частини КК], [із зазначенням конкретних ознак, передбачених положенням Особливої частини КК]” (див., наприклад, [4]); г) „суспільно небезпечне діяння, відповідальність за яке передбачене [положенням Особливої частини КК]” (див., наприклад, [5]); г) „неосудний вчинив суспільно небезпечне діяння, передбачене [положенням Особливої частини КК]” (див., наприклад, [6]) тощо.

Заради справедливості слід відзначити, що питанням кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечних діянь неосудних осіб та осіб, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, приділяється недостатня увага й у науковій та навчальній літературі. Насамперед звертає на себе увагу зорієнтованість науки кримінального права на кваліфікацію злочинів, про що свідчать хоча б навіть назви відповідних наукових та навчальних праць (див., наприклад, [7; 8]). Така тенденція має цілком логічне пояснення, зважаючи на питому вагу злочинів з-поміж усіх різновидів суспільно небезпечних діянь, які перебувають у сфері „реагування” норм кримінального права України. Тим не менш, це, на наш погляд, не виправдовує брак уваги до особливостей кваліфікації суспільно небезпечних діянь неосудних осіб та осіб, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, на сторінках наукових та навчальних праць.

Певним винятком із вищевказаної тенденції є роботи львівських науковців. Так, В.О. Навроцький у своєму навчальному посібнику окрему главу присвятив у кваліфікації діянь, вчинених за відсутності ознак складу злочину [9, с. 591-594], а С.В. Хилюк у розробленій нею програмі дисципліни „Проблеми теорії кримінально-правової кваліфікації” виділила окрему тему з подібною назвою [10]. Однак і такий підхід видається бездоганним, оскільки ані В.О. Навроцький, ані С.В. Хилюк не розглядають особливості кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених неосудними особами, а окрім того – В.О. Навроцький проблему кримінально-правової оцінки суспільно небезпечних діянь, вчинених особами, що не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, зводить до ситуацій, коли в силу вікових характеристик особи вчинене нею діяння у поєднанні з певними обставинами справи не може визнаватись злочином одного виду, але з іншого боку – це ж діяння у поєднанні з іншими обставинами справи може визнаватись злочином

іншого виду. Видається, що такий виклад особливостей кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених особами, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, є надто фрагментарним.

У Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року (далі – КПК 2012 року) особливості кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечних діянь неосудних осіб та осіб, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, зафіксовані більш виразно та системно, аніж у КПК 1960 року.

По-перше, у КПК 2012 року законодавець прямо вказує на важливість точної та правильної кваліфікації зазначених діянь. Якщо ст.ст. 424, 449 КПК 1960 року лише допускали можливість оскарження ухвали (постанови) суду про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру в апеляційному чи касаційному порядку, то положення КПК 2012 року прямо вказують на повноваження суду апеляційної інстанції: а) змінити ухвалу про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру в частині правової кваліфікації діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, у разі необхідності застосування статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, яка передбачає відповідальність за менш тяжке діяння (п. 1) ч. 2 ст. 408 КПК 2012 року); б) скасувати ухвалу про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру і постановити свою ухвалу у разі необхідності правової кваліфікації діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, як більш тяжкого (п. 1) ч. 3 ст. 420 КПК 2012 року); в) скасувати необґрунтовану ухвалу суду про відмову в застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру та закриття кримінального провадження щодо неосудного чи неповнолітнього з тих мотивів, що вони не вчинили діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, і постановити свою ухвалу (п. 3) ч. 3 ст. 420 КПК 2012 року).

Разом з тим, у КПУ 2012 року неоднозначно вирішено питання про можливість зміни чи скасування в касаційному порядку ухвали про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру у зв'язку із неточністю кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечного діяння. Відповідно до ч. 1 ст. 424 даного Кодексу вказані ухвали, а також судові рішення апеляційної інстанції, постановлені щодо них, можуть переглядатись у касаційному порядку, а п. 2) ч. 1 ст. 438 КПК вказує на неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність як на одну із підстав для скасування чи зміни судового рішення. Однак, з іншого боку, ч. 2 ст. 438 КПК 2012 року відсилає для розуміння підстав скасування чи зміни судового рішення в касаційному порядку до ст.ст. 412-414 цього ж Кодексу. Видається, що останні положення кримінального процесуального закону,

як впливає з їх системного тлумачення у поєднанні зі ст.ст. 408, 420 КПК 2012 року, в тій своїй частині, що стосується неналежного застосування матеріального закону (ст.ст. 413, 414 КПК 2012 року), не поширюються на суспільно небезпечні діяння неосудних осіб та осіб, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Таким чином, перегляд судових рішень, постановлених у провадженнях предметом яких були вказані діяння, формально можливий лише у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону (ст. 412 КПК 2012 року).

Окремо слід відзначити й те, що незважаючи на „абстрактність” положень КПК 1960 року в частині регламентації перегляду ухвал (постанов) про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру, суди вищих інстанцій ще в період чинності вищевказаного Кодексу скасовували ухвали (постанови) судів нижчих інстанцій у зв'язку з неправильною кваліфікацією суспільно небезпечних діянь неосудних осіб або осіб, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Наприклад, ухвалою ВСУ було змінено постанову суду першої інстанції у зв'язку з неправильним посиленням при кваліфікації суспільно небезпечного діяння особи, що не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність, на ч. 2 ст. 190 КК за ознакою „вчинення злочину повторно” [11]. Таким чином, можна констатувати, що положення КПК 2012 року, які вказують на важливість точної та правильної кваліфікації суспільно небезпечних діянь неосудних осіб або осіб, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, „побудовані” на основі усталених тенденцій правозастосовчої практики України,

Другою прикметною особливістю положень КПК 2012 року, порівняно з положеннями кодексу-„попередника”, є, принаймні, фрагментарне визначення процесуальних форм закріплення кримінально-правової кваліфікації діянь, вчинених неосудними особами або особами, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Зокрема, ч.ч. 1, 2 ст. 292 КПК 2012 року передбачають, що клопотання про застосування примусових заходів виховного (медичного) характеру має відповідати вимогам ст. 291 цього Кодексу, яка встановлює вимогу щодо змісту обвинувального акту. Останній повинен, у тому числі, містити виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення (п. 5) ч. 2 вказаної статті)³³¹. Екстраполюючи дане

³³¹ Відзначимо, що „виведення” законодавцем „викладу фактичних обставин справи” за межі „правової кваліфікації” видається нам неоднозначним, а „виведення” за межі „правової кваліфікації” „формулювання

положення кримінального процесуального закону на суспільно небезпечні діяння, вчинені неосудними особами або особами, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, можна говорити про те, що клопотання про застосування примусових заходів виховного (медичного) характеру має включати: а) виклад фактичних обставин, вчиненого суспільно небезпечного діяння; б) його правову кваліфікацію такого діяння; в) „аналог” формулювання обвинувачення. На жаль, питання про форми закріплення кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених неосудними особами або особами, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, не нашло свого відображення у тих положеннях КПК 2012 року, які регламентують зміст ухвали про застосування примусових заходів виховного та медичного характеру (ст.ст. 501, 513 Кодексу). Законодавець традиційно обмежився лише згадками про коло питань, які мають бути вирішені судом при постановленні вказаних ухвал.

З рештою, слід відзначити, що на рівні ч. 3 ст. 503 КПК вперше сформульовано особливі правила кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених у стані неосудності. Вітаючи такі новели, тим не менш слід відзначити, що: а) незрозуміло, чому законодавець не сформулював аналогічні правила щодо випадків вчинення суспільно небезпечних діянь особами, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Наприклад, ч. 3 ст. 503 КПК передбачає, що при кваліфікації суспільно небезпечного діяння, вчиненого в стані неосудності, не можна враховувати факт вчинення раніше кримінального правопорушення, але цілком можливі випадки, коли особа, вчинивши злочин у віці чотирнадцяти років (наприклад, крадіжку), у подальшому вчиняє суспільно небезпечне діяння, за яке не може підлягати кримінальній відповідальності в силу віку (наприклад, кримінальна відповідальність за шахрайство настає з шістнадцяти років). Очевидно, у такому разі при кваліфікації суспільно небезпечного діяння, вчиненого особою, що не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність, також не можна брати до уваги факт вчинення особою раніше кримінального правопорушення (у наведеному прикладі не можна орієнтуватись на ознаку „вчинення злочину повторно”, передбачену ч. 2 ст. 190 КК); б) наведений у ч. 3 ст. 503 КПК перелік правил кваліфікації було б доцільно доповнити та розширити. Наприклад, вказівкою на те, що при кваліфікації суспільно небезпечного діяння, вчиненого особою в стані неосудності, не повинен братись до уваги факт її „вземодії” з іншою особою (особами), яка (які) або є суб’єктом злочину, або також є неосудною на момент вчинення діяння, або не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність. Актуальність такої вказівки обумовлюється

обвинувачення” і розмежування „посилання на положення закону” і „посилання на статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність” – безумовно, є дуже сумнівними кроками з його (законодавця) боку.

численними помилками, яких припускаються суди, кваліфікуючи суспільно небезпечні діяння неосудних осіб чи осіб, що не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність, вчинені у „взаємодії”, наприклад, з суб’єктами злочину. Зокрема, у багатьох випадках суспільно небезпечні діяння кваліфікуються з урахуванням ознак „вчинення злочину групою осіб”, „вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” (див., наприклад, одну з ухвал ВСУ[12]).

З рештою, слід відзначити, що правил кваліфікації, передбачених ч. 3 ст. 503 КПК 2012 року, сучасна правозастосовча практика, на жаль, дотримується далеко не завжди. Зокрема, у цілому ряді ухвал судів першої інстанції суспільно небезпечні діяння, вчинені суб’єктами в стані неосудності, були кваліфіковані з посиланням на положення Особливої частини КК, які передбачають ознаку „вчинення злочину повторно” [13-16].

Підводячи підсумки, необхідно наголосити на наступному:

1) положення КПК 2012 року щодо кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених неосудними особами та особами, що не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, є більш конкретними, аніж положення КПК 1960 року;

2) тим не менш, вказані положення потребують подальшого вдосконалення, а головне – належного застосування органами судової влади;

3) належна реалізація положень КПК 2012 року щодо кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених неосудними особами та особами, що не досягли віку кримінальної відповідальності, потребує, у тому числі, й звернення на них уваги з боку науки кримінального права України. Зокрема, актуальним видається вироблення: а) вичерпного кола теоретичних правил кримінально-правової кваліфікації вищевказаних діянь; б) чітких орієнтирів щодо змісту форм закріплення такої кваліфікації.

Використані джерела:

1. Ухвала Верховного Суду України від 15 травня 2008 року у справі № 5-1322км08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1876993>. - Назва з екрана.

2. Постанова Диканського районного суду Полтавської області від 01 березня 2010 року у справі № 1-п-25 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8573623>. - Назва з екрана.

3. Постанова Городоцького районного суду Хмельницької області від 22 листопада 2010 року у справі № 1-184 /10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12450371>. - Назва з екрана.

4. Постанова Вознесенського міськрайонного суду Миколаївської області від 2 серпня 2010 року у справі № 1-Н-11/2010 10 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11248335>. - Назва з екрана.
5. Постанова Хотинського районного суду Чернівецької області від 17 жовтня 2011 року у справі № 1-Н-4/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18965400>. - Назва з екрана.
6. Постанова Козелецького районного суду Чернігівської області від 23 січня 2007 року у справі № 1-42/2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/422359>. - Назва з екрана.
7. Кузнєцов В.В. Кваліфікація злочинів: підручник / Кузнєцов В.В., Савченко А.В.; за заг. ред. Є.М. Мойсеєва та О.М. Джузи; наук. ред. І.А. Вартилицька. – 2-е вид., перероб. та допов. – К.: КНТ, 2007. – 300 с.
8. Кваліфікація злочинів: навч. посібник / Г.Є. Болдарь, М.К. Гнєтєв, Г.М. Зеленов та ін.; за ред. О.О. Дудорова та Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – 430 с.
9. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник / В.О. Навроцький. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
10. Хилюк С.В. Проблеми теорії кримінально-правової кваліфікації: програма навчальної дисципліни / С.В. Хилюк. – Львів, 2012. – 12 с. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://law.lnu.edu.ua/uploads/media/Problemi_teoriji_kriminalno-pravovoji_kvalifikaciji_prokuratura_.pdf. - Назва з екрана.
11. Ухвала Верховного Суду України від 26 квітня 2007 року у справі № 5-1461км07 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/768987>. - Назва з екрана.
12. Ухвала Верховного Суду України від 15 січня 2009 року у справі № 5-4359км08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2937409>. - Назва з екрана.
13. Ухвала Петриківського районного суду Дніпропетровської області від 14 серпня 2013 року у справі № 187/1108/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32972163>. - Назва з екрана.
14. Ухвала Центрального районного суду м. Сімферополя Автономної Республіки Крим від 20 вересня 2013 року у кримінальному провадженні № 124/8473/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33689515>. - Назва з екрана.
15. Ухвала Чернігівського районного суду Запорізької області від 8 жовтня 2013 року у справі № 329/828/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33966349>. - Назва з екрана.

16. Ухвала Єнакіївського міського суду Донецької області від 25 липня 2013 року у справі № 230/3119/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32652781>. - Назва з екрана.

У статті аналізуються положення нового Кримінального процесуального кодексу України щодо кваліфікації суспільно небезпечних діянь, вчинених особами, які не є суб'єктами злочину. Автор звертає увагу на недоліки цих положень, аналізує практику їх застосування.

Ключові слова: *правова кваліфікація; неосудність; вік, з якого настає кримінальна відповідальність; суспільно небезпечне діяння; правило кваліфікації.*

В статье анализируются положения нового Уголовного процессуального кодекса Украины относительно квалификации общественно опасных деяний, совершенных лицами, которые не являются субъектами преступления. Автор обращает внимание на недостатки этих положений, анализирует практику их применения.

Ключевые слова: *правовая квалификация; невменяемость; возраст, с которого наступает уголовная ответственность; общественно опасное деяние; правило квалификации.*

The article analyzes the provisions of the new Criminal Procedure Code of Ukraine about the qualification of socially dangerous acts committed by persons who are not subjects of the crime. The author draws attention to the shortcomings of these provisions, examines the practice of their application.

Keywords: *legal qualification; insanity; age of criminal responsibility; socially dangerous act; rules of legal qualifications.*



Рябухіна Ольга Анатоліївна

кандидат юридичних наук, доцент
кафедри правового регулювання підприємницької діяльності факультету
лінгвістики та права Міжнародного науково-технічного університету

Система кримінального процесуального законодавства

Вступ. Загальні положення Кримінального процесуального кодексу України встановлюють вимоги процесуальної діяльності всіх, без винятку, учасників кримінального провадження. Їх невірне та двозначне тлумачення однозначно призводить до помилок, що не лише здатні вплинути на належну правову процедуру, але й на права, свободи та законні інтереси особи.

Тому аналіз та наукове дослідження системи кримінального процесуального законодавства України та сфери його дії є актуальним та, навіть, нагальним.

Аналіз стану досліджень. Наукові дослідження з аналізу кримінального процесуального законодавства знаходимо у працях вітчизняних вчених Ю. Аленіна, С. Альперта, М. Бажанова, Т. Варфоломєєвої, Вл. Гончаренка, Ю. Грошевого, М. Костицького, Л. Лобойка, В. Маляренка, М. Михеєнка, В. Молдована, В. Нора, В. Попелюшка, В. Тертишника, О. Тертишника, О. Узунової, В. Шибіка, М. Шумила та інших. Однак, на нашу думку, прийняття Кримінального процесуального кодексу України потребує нового переосмислення досліджуваного питання у системному зв'язку із запропонованими Кодексом нововведеннями.

Метою статті є дослідження системи кримінального процесуального законодавства як загальної та основоположної правової категорії у процесуальній діяльності учасників кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу. Поняття кримінального законодавства, з точки зору його системного наповнення, встановлено імперативно у статті 1 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), згідно якої порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України. Кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, цього Кодексу та інших законів України [1]. Частина 5 ст. 9 КПК України встановлює, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини [1].

На думку Костицького М.В., кримінально-процесуальне законодавство – це система нормативних актів, якими регулюються суспільні відносини у сфері кримінального судочинства [2, с. 36].

Зміст нормативних актів, які варто відносити до кримінального процесуального законодавства, повинен бути аналогічний вимогам ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України і розкривати завдання кримінального провадження, а саме: захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також презуміювати забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура.

Суть кримінального процесуального законодавства полягає в тому, що кримінальне судочинство, як будь-яка процесуальна діяльність, спрямоване на забезпечення правильного та ефективного застосування норм матеріального права, в першу чергу кримінального, і, таким чином, на забезпечення захисту фізичних та юридичних осіб, суспільства та держави від кримінально караних посягань [3, с. 9].

Отже, згідно з Кримінальним процесуальним кодексом України, систему кримінального процесуального законодавства складають:

1. відповідні положення Конституції України;
2. відповідні положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;
3. Кримінальний процесуальний кодекс України;
4. інші закони України.

Під «відповідними положеннями Конституції України» варто розуміти норми Основного закону держави, які встановлюють основоположні та пріоритетні напрями правової політики держави в сфері регулювання суспільних відносин щодо виконання завдань кримінального судочинства. Вони бланкетного характеру, адже, встановлюючи нормативні засади формування та функціонування практично всіх сфер діяльності, в межах держави, потребують деталізації у конституційних та інших законах. До «відповідних положень Конституції України» варто віднести норми, передбачені ст.ст. 3, 6, 8, 9, 10, 19, 21-34, 41, 55 -59, 61-64, 68, 85, 92, 116, 121-131, 150 Конституції України.

«Відповідні положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» необхідно розуміти шляхом використання

запропонованого Узуною О.В. підходу: «для визнання міжнародного договору джерелом кримінально-процесуального права, норми якого підлягають прямому застосуванню, необхідне дотримання наступних умов: по-перше, Україна повинна бути учасником цього договору; по-друге, положення договору, згідно Закону України «Про міжнародні договори України», повинно бути роз'яснено й зрозуміло для правозастосувачів міжнародних норм – правоохоронних органів й інших учасників кримінального судочинства, зміст договору спроможний безпосередньо регулювати відносини за участю суб'єктів кримінально-процесуального права, породжувати їхні права й обов'язки; по-третє, міжнародний договір України повинен бути опублікований у встановленому порядку» [4, с. 8].

Таким чином, в Україні можуть застосовуватися і застосовуються як міжнародні норми загальновизнаних актів (звичайні норми), інкорпоровані в кримінально-процесуальне законодавство України, так і норми права міжнародних договорів України, укладених з іншими державами, ратифіковані органами законодавчої влади України. У кримінально-процесуальне законодавство України повинні включатися й конкретизуватися ті міжнародно-правові положення, зміст і значення яких оптимізує всі стадії кримінального судочинства, реально забезпечує інтереси особи, українського суспільства та держави в цілому [5, с. 186].

Кримінальний процесуальний кодекс України як кримінальне процесуальне законодавство – систематизоване зведення кримінальних процесуальних норм, які регулюють порядок досудового розслідування та судового провадження. У випадках, коли положення КПК не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади такого провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК (ч. 6 ст. 9 КПК) [6, с. 3].

Поняття «інші закони України» необхідно тлумачити з позиції, яка була викладена в окремій думці, суддею Конституційного суду України Савенком М.Д у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміна «законодавство») [7]. Тобто, якщо виходити з лексичного значення терміна «закон», то можна зробити висновок, що це лише закони (сукупність законів), які прийняв відповідний уповноважений орган – Верховна Рада України. Отже, під терміном «інші закони України» необхідно розуміти лише сукупність законів, прийнятих Верховною Радою України.

Вимоги щодо будь-якого кримінального процесуального закону не повинні суперечити вимогам, які ставляться до Кримінального процесуального кодексу України як нормативно-правового акту. Це, зокрема, вимоги передбачені ст.ст. 4-6, 9 КПК України.

Адаптувавши до кримінального процесуального закону, отримуємо:

1. Дія в просторі. Кримінальне провадження на території України здійснюється незалежно від місця вчинення кримінального правопорушення.

Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується також при здійсненні провадження щодо кримінальних правопорушень, вчинених на території дипломатичного представництва чи консульської установи України за кордоном, на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні.

Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, передбачено поширення юрисдикції України на особовий склад Збройних Сил України, який перебуває на території іншої держави, то провадження щодо кримінальних правопорушень, вчинених на території іншої держави стосовно особи з такого особового складу, здійснюється в порядку, передбаченому КПК України.

При виконанні на території України окремих процесуальних дій за запитом (дорученням) компетентних органів іноземних держав у рамках міжнародного співробітництва застосовуються положення глави 43 КПК України. На прохання компетентного органу іноземної держави під час виконання на території України таких процесуальних дій може застосовуватися процесуальне законодавство іноземної держави, якщо це передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, а за відсутності такого міжнародного договору України – за умови, що дане прохання не суперечить законодавству України.

2. Дія в часі. Процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно з положеннями кримінального процесуального закону, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення.

Допустимість доказів визначається положеннями кримінального процесуального закону, які були чинними на момент їх отримання.

3. Дія за колом осіб. Кримінальне провадження здійснюється щодо будь-якої особи, крім випадків, передбачених главою 37 КПК України.

Кримінальне провадження щодо особи, яка користується дипломатичним імунітетом, може здійснюватися лише за згодою такої особи або за згодою компетентного органу держави (міжнародної організації), яку представляє така особа, у порядку, передбаченому законодавством України та міжнародними договорами України.

4. Закони та інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, повинні відповідати КПК України. При здійсненні кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить КПК України.

У разі якщо норми КПК України суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України.

Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

У випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною 1 статті 7 КПК України [1].

Однак, назважаючи на прогресивний характер норм КПК України та відносну достатність часу на внесення змін до деяких законодавчих актів, у зв'язку з прийняттям КПК України, на сьогодні, існують суперечності між КПК України та «іншими законами». До прикладу, підтвердженням існуючої процесуальної нерівності сторін та не усунутої досі суперечності між правовими нормами є ст. 71 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»: проведення судово-медичної і судово-психіатричної експертиз призначається особою, яка проводить дізнання, слідчим, прокурором або судом у порядку, встановленому законодавством, для вирішення питань, що потребують спеціальних знань у сфері судової медицини або судової психіатрії [8].

Пункт 2.1. Інструкції про проведення судово- медичної експертизи, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.95 р. № 6 встановлює: «судово- медична експертиза проводиться згідно з постановою особи, що проводить дізнання, слідчого, прокурора, судді, а також за ухвалою суду» [9].

Даною Інструкцією не передбачено проведення експертизи за клопотанням захисника або на договірних умовах.

Зазначена норма суперечить змісту норми ч. 2 ст. 243 КПК України про залучення експерта на договірних умовах, в тому числі і для проведення обов'язкової експертизи, яка повністю є судово-медичною та/або судово-психіатричною і, відповідно, не дає реалізувати право на захист комплексно шляхом реалізації принципу процесуальної рівності сторін на засадах змагальності.

Звичайно, це не поодинокий випадок колізій норм права «інших законів» та КПК України, також існує значна кількість прогалин у самому КПК України, декларативних норм, механізм реалізації яких відсутній. Про це неодноразово наголошувалось науковцями у їх дослідженнях [10-14].

Втім, повертаючись до теми дослідження, зазначимо, що окрім перерахованої системи нормативно-правових актів, вплив на порядок кримінального провадження, на думку Нора В.Т., також мають:

1) Конституційний Суд України, який своїми рішеннями може визнати неконституційними окремі закони, інші нормативно-правові акти або їх окремі норми (положення);

2) рішення і викладені в них правові позиції Європейського суду з прав людини, в яких дається тлумачення Конвенції (Євроконвенції) про захист прав людини і основоположних свобод.

3) постанови Пленуму Верховного Суду України, прийняті ним до вступу в силу Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р., а зі вступом у силу останнього й постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

4) судові рішення Верховного Суду України, ухвалені ним після перегляду рішень судів у кримінальних справах, що набрали законної сили, але в яких міжнародна судова установа (Європейський суд з прав людини) встановила порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи (п. 2 ст. 445 КПК),

5) нормативні акти Кабінету Міністрів України, Генеральної прокуратури України, СБУ, МВС, Державної прикордонної служби України, Державної податкової адміністрації [15, с. 15-16].

Висновки. Підсумовуючи зазначимо, що система кримінального процесуального законодавства України містить вичерпний перелік законів як нормативно-правових актів, зазначених у ч. 2 ст. 1 Кримінального процесуального кодексу України, не включаючи до своєї структури судову практику, підзаконні нормативно-правові акти, видані органами державної влади на виконання та реалізацію Кримінального процесуального кодексу України тощо.

Таким чином, у КПК України використовується вузький підхід розуміння кримінального процесуального законодавства – це система всіх упорядкованих законів, що врегульовують порядок кримінального провадження на території України, а також міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України.

Рішення Європейського суду з прав людини, постанови Пленуму Верховного Суду України, судові рішення Верховного Суду України, ухвалені ним після перегляду рішень судів у кримінальних справах, нормативні акти Кабінету Міністрів України, Генеральної прокуратури України, СБУ, МВС, Державної прикордонної служби України, Державної податкової адміністрації слід вважати джерелами, які необхідно використовувати учасникам кримінального провадження, якщо у них

містяться норми права, котрі не суперечать кримінальному процесуальному законодавству і/або ліквідовують його прогалини.

Використані джерела:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
2. Костицький М.В. Про науку кримінального процесу, кримінальне процесуальне право і законодавство (філософський погляд) // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 31-37.
3. Ківалов С.В. Важливий етап реформи кримінальної юстиції: про нове кримінально-процесуальне законодавство України // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 58. – С. 7-17.
4. Узунова О.В. Міжнародно-правові договори України як джерела кримінально-процесуального права: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 / О.В. Узунова; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2008. – 19 с.
5. Узунова О.В. Значення міжнародно-правових актів, як джерел права, для кримінально-процесуального законодавства // Вісник Запорізького національного університету. – 2009. – № 2. – С.181-188.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2012. – Т. 1. – 768 с.
7. Окрема думка судді Савенка М.Д. до рішення 12-рп/1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=8835>
8. Основи законодавства України про охорону здоров'я. Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII // Відомості Верховної Ради України офіційне видання від 26.01.1993. – 1993 р., № 4. – стаття 19. (зі змінами та доповненнями)
9. Інструкція про проведення судово-медичної експертизи. Затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.95 р. № 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0254-95>
10. Азаров Ю.І. Новий кримінальний процесуальний кодекс України: здобутки та шляхи удосконалення / Ю.І. Азаров, С.О. Заїка // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 92-97.
11. Городовенко В. Новий Кримінальний процесуальний кодекс: особливості навчання суддів // Слово Національної школи суддів України. – 2012. – № 1. – С. 74-77.

12. Юрченко О.М. Проблеми нового Кримінального процесуального кодексу України щодо вирішення заяв і повідомлень громадян про кримінальні проступки/ О.М. Юрченко, І.В. Сервецький // Юридична наука. – 2012. – № 10. – С. 109-121.

13. Задоя К.П. Положення Кримінального процесуального кодексу України 2012 року як орієнтири при підготовці проекту Закону України про кримінальні проступки // Адвокат. – 2012. – № 10. – С. 16-18.

14. Соляр С. Проблеми практичного застосування окремих положень Кримінального процесуального кодексу України // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2013. – № 3. – С. 93-97.

15. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За загальною редакцією професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. – К.: Юстініан, 2012. – 1224 с.

У статті викладене авторське бачення системи кримінального процесуального законодавства України, що відображена у статті 1 Кримінального процесуального кодексу України. Проаналізовані наукові та науково-практичні джерела, що розкривають зміст та структуру кримінального процесуального законодавства. Наведено перелік кримінального процесуального законодавства та джерел, які впливають на кримінальне провадження.

Ключові слова: кримінальне процесуальне законодавство, Конституція України, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, Кримінальний процесуальний кодекс України, інші закони України.

В статье изложено авторское видение системы уголовного процессуального законодательства Украины, которое определено в статье 1 Уголовного процессуального кодекса Украины. Проанализированы научные и научно-практические источники, раскрывающие содержание и структуру уголовного процессуального законодательства. Приведен перечень уголовного процессуального законодательства и источников, влияющих на уголовное производство.

Ключевые слова: уголовное процессуальное законодательство, Конституция Украины, международные договора, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины, Уголовный процессуальный кодекс Украины, другие законы Украины.

The author's view of the Ukrainian criminal procedural legislation established in the Article 1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine is presented in this paper. Scientific, research and practice sources disclosed the criminal procedure law's content and structure

are analyzed. The list of criminal procedural law and sources affecting criminal proceedings are given.

Keywords: *criminal procedural legislation, the Constitution of Ukraine, international treaties ratified by the Supreme Council of Ukraine, the Criminal Procedure Code of Ukraine, and other laws of Ukraine.*

*Ленко Максим Олександрович*

здобувач кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Види типових слідчих ситуацій початкового етапу
розслідування терористичних актів, вчинених з
використанням саморобного вибухового пристрою
(за матеріалами СБ України)**

Постановка проблеми. Успішне розкриття злочинів та викриття винуватих у їх вчиненні значною мірою забезпечується своєчасним початком досудового розслідування, ефективною його організацією, швидким і якісним проведенням першочергових слідчих (розшукових) дій. Особливої актуальності це положення набуває у разі вчинення резонансних злочинів, що тянуть за собою значні людські жертви та завдають значних матеріальних збитків, якими, без сумніву, є терористичні акти.

Статистика свідчить, що, на жаль, випадки таких злочинів останнім часом в Україні є непоодинокими. Так, у період з 2001 року по 01.2014 р. у провадженні слідчих підроділів СБ України перебувала 61 кримінальна справа, порушена за різними частинами ст. ст. 258-258-5 КК України. Якщо у 2001-2010 р.р. кількість справ, порушених за рік не перевищувала 4-5 (виключеннями є 2004 та 2005 р.р., у яких кількість порушених справ становила 8 та 7 відповідно), то у 2011, 2012 та 2013 р.р. порушено 9, 19 та 16 кримінальних справ (проваджень) відповідно. Разом з тим, кількість кримінальних справ, направлених до суду з обвинувальним висновком становить 14 справ, що складає 22,9 % від загальної кількості. У провадженні слідчих підроділів СБ України залишаються 30 кримінальних проваджень (49,1 %). Варто зазначити також, що за результатами виивчення слідчо-судової практики, близько 70 % аналізованих злочинів вчинено організованою злочинною групою, що значно підвищує рівень небезпечності вказаних злочинів та ускладнює процес їх розслідування та розкриття.

Аналіз стану досліджень. Проблемам боротьби з терористичними актами присвячували свої наукові роботи такі вітчизняні та зарубіжні фахівці, як В. Ф. Антипенко, В. О. Глушков, О. Ф. Долженков, В. П. Ємельянов, А. В. Іщенко, В. В. Крутов, В. А. Ліпкан, В. В. Літвін, М. А. Погорецький, О. В. Сав'юк, Д. Б. Сергєєва, М. Є. Шумило та інші. Проте, більшість робіт з досліджуваної проблематики присвячені оперативно-розшуковому забезпеченню розкриття та розслідування терористичних актів (відповідно до законодавства, чинного до 2012 р.) та носять закритий характер.

Криміналістичне вчення про слідчі ситуації є предметом дослідження багатьох вчених-криміналістів, зокрема, В. П. Бахіна, О.М. Васильєва, С. В. Веліканова, І.Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкіна, А.В. Іщенко, О. Н. Колесніченка, В. С. Кузьмічова, Б.Є. Лук'янчикова, Є. Д. Лук'янчикова, Г. А. Матусовського, С. П. Мітрічева, М. О. Селіванова, Г.В. Щербакової, М. П. Яблокова та інших вчених. Проте, науково-обґрунтовані рекомендації криміналістичного характеру щодо розслідування терористичних актів в залежності від слідчих ситуацій, що складаються, відсутні.

Метою статті є виокремлення типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування терористичних актів, вчинених за допомогою саморобних вибухових пристроїв та їх класифікація.

Виклад основного матеріалу. Пошукова діяльність слідчого на початковому етапі розслідування терористичних актів, вчинених за допомогою саморобного вибухового пристрою, направлена на виявлення осіб, які його вчинили, по суті заснована на сприйнятті слідчим картини події злочину за допомогою виділення тих змін у навколишньому середовищі, які відобразились в ньому внаслідок підготовки, вчинення або приховання зазначеного злочину. Проте, отримані таким чином відомості, як відомо, не завжди дозволяють зробити правильний висновок про наявність або відсутність у тому, що відбулося, ознак терористичного акту.

Розв'язання даної задачі відбувається на початковому етапі діяльності з розкриття та розслідування терористичного акту, після проведення першочергових дій працівниками слідчо-оперативної групи, яка виїхала на місце події. На цьому етапі складаються найрізноманітніші ситуації, від характеру початкової інформації яких, по суті, і залежить напрям та зміст діяльності працівників слідчих підрозділів із подальшого розслідування терористичного акту.

У криміналістичній літературі можна виділити три напрями у визначенні слідчої ситуації. Одні науковці розглядають слідчу ситуацію як сукупність інформації, що характеризує стан слідства у справі без урахування обстановки, умов, у яких воно проходить (В.К. Гавло, О.М. Васильєв). Другі характеризують слідчу ситуацію переважно як обстановку, в якій здійснюється розслідування (Р.С. Белкін, В.І. Шиканов). Треті визначають її як сукупність доказової, тактичної, методичної, організаційної інформації, включаючи до її складу окремі елементи обстановки, в якій ведеться розслідування (І.Ф. Герасимов, М.О. Селіванов, М.П. Яблоков).

Отже, певні умови об'єктивної обстановки (місця, часу, навколишнього середовища, взаємозв'язків з іншими процесами й під впливом інших факторів, які інколи залишаються невідомими слідчому) й утворюють ту конкретну обстановку, яка у криміналістиці одержала загальну назву — криміналістична або слідча ситуація. Концептуальні основи криміналістичної (слідчої) ситуації детально

розглянуті в роботах В. П. Бахіна [1], С. В. Веліканова [2], А.В. Іщенко і Г.В. Щербакової [3], Є.Д. Лук'янчикова і Б.Є. Лук'янчикова [4], М.П. Яблокова [5] та інших вчених.

Типовими науковці і практики, як правило, вважають слідчі ситуації, найбільш часто повторювані, ті, що складаються, коли при розслідуванні злочину діють загальні закономірності механізму його вчинення, утворення джерел доказової інформації.

У розроблюваних криміналістами типових вихідних слідчих ситуаціях окремих видів злочинів зосереджені дані, що дозволяють виробити наукові рекомендації з найбільш ефективного висунення загальних та окремих версій у ході слідчої діяльності. Тому типізація саме вихідних слідчих ситуацій є надзвичайно важливим завданням, що сприятиме розробці ефективних методик розслідування терористичних актів, вчинених з використанням вибухових пристроїв, а також практичній діяльності із розслідування злочинів цього виду.

У криміналістичній літературі слідчі ситуації класифікуються за різними підставами. В якості підстав загальних і особливих класифікацій слідчих ситуацій використовуються їх різноманітні ознаки, а також зв'язки між даним об'єктом та іншими системними утвореннями.

Основним критерієм загальної класифікації слідчих ситуацій Л.Я. Драпкін обгрунтовано, на наш погляд, вважає їх складність, тому поділяє слідчі ситуації на прості і складні, визначаючи, що залежно від кількості, характеру і змісту формуючих факторів усі складні слідчі ситуації можна диференціювати на п'ять класифікаційних груп: проблемні, конфліктні, тактичного ризику, організаційно неупорядковані і комбіновані (змішані ситуації) [6, с. 98].

На основі вивчення вітчизняної оперативно-слідчої практики боротьби з даним видом злочинів (за період з 2001 р. по 01.2014 р.) та з урахуванням точок зору науковців та практиків, викладених в науковій літературі, можна виділити наступні типові слідчі ситуації початкового етапу розслідування терористичних актів, вчинених із використанням саморобного вибухового пристрою.

Залежно від характеру збереження початкової обстановки місця події можна виділити такі типові ситуації:

1) обстановка місця події частково або повністю збереглася. Така ситуація складається в тих випадках, коли терористичний акт був відвернений або його наслідки були незначними з погляду руйнування об'єкта й прилягаючих до нього конструкцій та територій. Формуванню цієї ситуації сприяє також якнайшвидше усунення наслідків вибуху. У цій ситуації, як правило, вдається виявити достатню кількість слідів злочину та злочинця, що, у свою чергу, дозволяє найефективніше

встановити подію злочину, особу виконавця та організатора вибуху, організувати їх пошук та затримання;

2) обстановка місця події не збереглася. Ця ситуація складається у випадку, коли наслідки вибуху вибухового пристрою проявляються у вигляді повного руйнування об'єкта, на який спрямований терористичний акт. У цій слідчій ситуації інколи навіть не вдається виявити місце установки вибухового пристрою, його тип та вид, а якщо одним з наслідків була пожежа, то неможливо встановити джерело загоряння.

Значний вплив на формування типових ситуацій, які виникають на початковому етапі, здійснює факт наявності інформації про злочинця, його затримання. Залежно від цього, необхідно виділити такі типові слідчі ситуації:

1) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою загинула, її особа встановлена;

2) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою загинула, особистість її не відома.

Ці слідчі ситуації зазвичай виникають у випадку використання терористами так званих “поясів смертника” або “поясів шахіда”, або у випадку проведення антитерористичної операції, внаслідок якої настала смерть терориста (терористів). В Україні випадків вчинення терористичних актів за допомогою вибухових пристроїв, розміщених на тілі, одязі терриста не зареєстровано;

3) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою не затримана, однак слідчий володіє інформацією, яка дозволяє організувати її розшук (переховується від правоохоронних органів у зв'язку із вчиненням раніше злочином або перебуває в розшуку за раніше вчинений злочин);

4) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою, не затримана, відомостей про її особистість у розпорядженні правоохоронних органів немає або майже немає.

Ця типова слідча ситуація є найбільш несприятливою для розслідування, характеризується інформаційною невизначеністю, у якій доводиться працювати слідчому. У зв'язку з цим у разі її виникнення, висувається та перевіряється досить широке коло слідчих версій.

Так, наприклад, в ході розслідування терористичних актів, вчинених на у 2002-2003 р.р. у м. Вінниці було висунуто і перевірено наступні слідчі версії:

- 1) злочини вчинено на ґрунті конкуренції між перевізниками;
- 2) злочини вчинено особами, які брали участь у бойових діях;
- 3) злочини вчинено психічно хворим з вираженими ознаками піроманії;

4) злочини вчинено особами з числа криміногенного елементу з метою залякування водіїв приватних таксі, змушення платити гроші кримінальним співтовариствам та інші.

З метою відпрацювання висунутих версій проведено низку слідчих дій та оперативно-розшукових заходів (за кримінально-процесуальним законодавством, чинним до 2012 р.): за наданими формалізованими завданнями від негласного апарату отримано та перевірено 1870 оперативних інформацій; дактилоскоповано 15272 особи, у 20864 осіб відібрано зразки почерку; відібрано та направлено в НДЕКЦ 7125 зразків машинописного тексту, виконаного за допомогою друкарських машинок «Москва» та «Башкирія»; проведено 873 криміналістичних дослідження знарядь зламу; за допомогою УОС перевірено 866 осіб, які представляли оперативний інтерес; відпрацьовано 3316 багатоквартирних будинків (46076 квартир) та 39423 приватних будинки; відпрацьовано 230 квартир, які наймаються мешканцями м. Вінниці та інших регіонів; відпрацьовано водіїв та власників мікроавтобусів маршруту № 35; відпрацьовано 37 членів організованих злочинних груп, які діяли на території Вінницької області, та їх зв'язки; опитано з використанням поліграфа 11 осіб та ін.

Проведений науковий аналіз кримінальних справ та оперативних матеріалів дав підстави для висновку, що у конкретному випадку розслідування слідчо-оперативною групою в цілому виконано значний обсяг оперативно-розшукової та слідчої роботи, але в її організації та провадженні мають місце суттєві недоліки, які обумовлюються, на наш погляд, у тому числі й відсутністю науково обґрунтованих криміналістичних рекомендацій щодо дій слідчого у типових слідчих ситуаціях розслідування злочинів цього виду;

5) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою, затримана на місці злочину або після його вчинення.

Слід зазначити також, що у криміналістиці розроблена та широко використовується класифікація слідчих ситуацій залежно від обсягу, характеру та ступеню визначеності вихідної інформації на початковому етапі розслідування. Ці ситуації умовно поділяють на два види: прості або сприятливі для розслідування і складні або несприятливі для розслідування, ті, що мають проблемний характер.

Перші характеризуються тим, слідчий в своєму розпорядженні має інформацію про злочин і особу злочинця, який вчинив терористичний акт з використанням саморобного вибухового пристрою, обстановка місця події частково або повністю збереглася.

У несприятливих слідчих ситуаціях слідчий володіє інформацією про злочин, але не має інформації про особу злочинця, або ж особа встановлена, але її місцезнаходження невідоме, обстановка місця події не збереглася.

Слідча ситуація, у якій особа злочинця, який вчинив терористичний акт з використанням вибухового пристрою, невідома, носить гостро виражений складний та проблемний характер, тому всі зусилля слідчий зосереджує на встановленні особи злочинця. Ці ситуації є найбільш невизначеними в інформаційному відношенні й найбільш важкими для вирішення.

У випадках, коли особа злочинця встановлена, але місцезнаходження його не відоме, також має місце складна слідча ситуація. Її проблемність полягає у тому, що місце, де переховується злочинець невідоме, дані про його можливі подальші дії відсутні, що, у свою чергу, утрудняє проведення заходів щодо його затримання.

Виникненню проблемних ситуацій під час розслідування досліджуваної категорії злочинів, на наш погляд, сприяють такі фактори, як вчинення злочину групою осіб, законспірованість злочинної групи та її членів, ієрархічна структура злочинної групи, в якій виконавці вибуху не знають виготовлювачів вибухового пристрою, організаторів вибуху тощо, ідеологічна (релігійна) мотивація здійснення терористичного акту та інші.

Отже, представлена класифікація типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування терористичних актів, вчинених за допомогою використання саморобного вибухового пристрою, повинна бути основою для розробки типових слідчих версій та алгоритму дій слідчого у кожній з них, оскільки від характеру початкової інформації, якою характеризується кожна типова слідча ситуація, по суті, і залежить напрям та зміст діяльності працівників слідчих підрозділів із подальшого розслідування терористичного акту, зокрема, вчиненого за допомогою саморобного вибухового пристрою.

Висновки. Отже, під слідчою ситуацією слід розуміти певні умови об'єктивної обстановки (місця, часу, навколишнього середовища, взаємозв'язків з іншими процесами й під впливом інших факторів, які інколи залишаються невідомими слідчому), що утворюють ту конкретну обстановку, що складається на певний момент розслідування. Типовими є слідчі ситуації, найбільш часто повторювані, ті, що складаються, коли при розслідуванні злочину діють загальні закономірності механізму його вчинення, утворення джерел доказової інформації.

Залежно від характеру збереження початкової обстановки місця події пропонуємо виділити такі типові ситуації 1) обстановка місця події частково або повністю збереглася, 2) обстановка місця події не збереглася. Залежно від наявності інформації про злочинця, його затримання, необхідно виділити такі типові слідчі

ситуації 1) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою затримана, її особа встановлена, 2) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою не затримана, однак слідчий володіє інформацією, яка дозволяє організувати її розшук (переховується від правоохоронних органів у зв'язку із вчиненням раніше злочином або перебуває в розшуку за раніше вчинений злочин); 3) особа, підозрювана у вчиненні терористичного акту з використанням вибухового пристрою, не затримана, відомостей про її особистість у розпорядженні правоохоронних органів немає або майже немає та інші.

Використані джерела:

1. Бахин В.П. Следственные ситуации как основа разработки конкретных методик расследования преступлений // Вопросы криминалистической методологии, тактики и методики расследования преступлений: Матер.конф. — М.: Всесоюз.коорд.бюро по пробл.криминалист., 1973. — С. 94-95.
2. Веліканов С.В. Питання розв'язання складних слідчих ситуацій у методиці розслідування злочинів // Актуальні проблеми криміналістики: Матер.конф. — Харків: Гриф, 2003. — С. 140-143.
3. Іщенко А.В., Щербакова Г.В. Висвітлення слідчих ситуацій при викладанні криміналістики // Актуальні проблеми криміналістики: Матер.конф. — Харків: Гриф, 2003. — С. 41-44.
4. Лук'янчиков Б.Є., Лук'янчиков Є.Д. Типові слідчі ситуації і шляхи їх розв'язання в окремих позавидових методиках розслідування // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. — 2001. — № 1. — С. 261-268.
5. Яблоков Н.П. Следственные ситуации в методике расследования преступлений // Актуальные направления развития криминалистической методики и тактики расследования: Матер.засед.учен.совета. — М.: ВИИПИРМПП, 1978. — С. 21-26.
6. Драпкин Л.Я. Основы теории следственных ситуаций / Л. Я. Драпкин. — Свердловск: Изд-во Уральск. ун-та, 1987. — 163 с.

На підставі представлених у криміналістичній літературі точок зору вчених та практиків на поняття слідчої ситуації, а також на підставі результатів аналізу матеріалів практики розслідування слідчими підрозділами СБ України терористичних актів, вчинених за допомогою саморобного вибухового пристрою, виокремлені типові слідчі ситуації початкового етапу розслідування злочинів цього виду, запропонована їх класифікація.

Ключові слова: терористичний акт, вибух, саморобний вибуховий пристрій, початковий етап розслідування, типова слідча ситуація.

На основании представленных в криминалистической литературе точек зрения ученых и практиков на понятие следственной ситуации, а также на основании результатов анализа материалов практики расследования следственными подразделениями СБ Украины террористических актов, совершенных с помощью самодельных взрывных устройств, выделены типичные следственные ситуации начального этапа расследования преступлений этого вида, предложена их классификация.

Ключевые слова: террористический акт, взрыв, самодельное взрывное устройство, начальный этап расследования, типичная следственная ситуация.

On the basis of the points of view of scientists and practical workers presented in criminalistics literature on the concept of investigation situation, and also on the basis of results of analysis of materials of practice of investigation consequence subdivisions of Security Service of Ukraine of assassinations, accomplished by home-made explosive devices, the typical consequence situations of the initial stage of investigation of crimes of this kind are selected, their classification is presented.

Keywords: assassination, explosion, home-made explosive device, initial stage of investigation, typical investigation situation.

***Дудоров Олександр Олексійович***

доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права
Луганського державного університету внутрішніх справ
імені Е.О. Дідоренка, заслужений діяч науки і техніки України

***Старовойтова Юлія Геннадіївна***

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права
Луганського державного університету внутрішніх справ
імені Е.О. Дідоренка

Рецензія на друге видання монографії П.С. Берзіна «Київська школа кримінального права (1834-1960 роки): історико-правове дослідження»

*Хто керує минулим, той керує
майбутнім, хто керує сьогоднішнім,
той керує минулим.*

Джордж Оруелл

Не викликає сумніву та обставина, що чимало засадничих положень сучасної вітчизняної кримінально-правової науки є результатом плідної праці багатьох поколінь вчених дореволюційного і радянського періодів. Виконання повноцінного кримінально-правового дослідження у наш час неможливе без звернення до наукової думки, сформульованої у минулому. Інша річ, що ця думка може або підтримуватися, доповнюватися і розвиватися, або, навпаки, відкидатися, заперечуватися, критикуватися, що у будь-якому разі дозволяє вести мову про наступність науки кримінального права.

Чому ж так важливо звертатися до ідей минулого? Адже життя суспільства постійно змінюється, з'являються нові задачі, виникають нові проблеми, які потребують вироблення сучасних підходів щодо їх вирішення. І кримінально-правова наука не може залишатися осторонь цих процесів. Вивчення ідей попередників відіграє важливу роль у формуванні наукового підґрунтя для вирішення правових проблем сьогодення, зокрема у науково-дослідній, законотворчій і правозастосовній діяльності, в обранні теоретично і практично значущих напрямів наукових розвідок.

Минуле – досвід, без осмислення якого людство блукатиме у сутінках власних помилок та необачності, переживатиме кризи і врешті-решт занепад.

Разом з тим сліпе, некритичне запозичення накопиченого правового досвіду без урахування історичних передумов та обставин, за яких він формувався, позбавлене сенсу. Виривання окремих теорій, поглядів, позицій тощо з певного історичного контексту при здійсненні сучасних правових досліджень не сприяє науковості останніх, здатне призвести до хибних результатів.

З огляду на сказане, дослідникам у сфері права завжди будуть у нагоді якісні історико-правові дослідження, і кримінальне право у цьому аспекті – не виняток. Викладене засвідчує своєчасність появи рецензованої праці [1], видання якої не могло залишитись поза увагою фахівців із кримінального права, історії держави та права, всіх тих, хто цікавиться історією розвитку української науки.

Автор книги – доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка Павло Сергійович Берзін – добре відомий серед наукової спільноти своїми численними, цікавими і змістовними публікаціями, присвяченими висвітленню життєвого шляху і творчих здобутків представників вітчизняної кримінально-правової доктрини. Підготувавши за результатами п'ятирічної праці друге видання своєї монографії, яке утричі (!) перевищує обсяг її першого видання, П.С. Берзін не лише у черговий раз продемонстрував такі якості справжнього вченого, як велика працездатність, наполегливість і літературний хист, а і свідомо уникнув кон'юнктури, нерідко притаманної сьогоднішнім науковим дослідженням у галузі юриспруденції, та зміг сказати вагоме слово про життєві перипетії і творчий доробок тих, хто пішов у Вічність. Будемо називати речі своїми іменами: хоч автор позначає свою роботу як друге, доповнене і перероблене видання монографії, яка побачила світ у 2008 р. [2], є всі підстави говорити про написання ним повністю нової книги. Визнає це і сам Павло Сергійович, коли пише, що «не певному етапі своїх пошукових робіт я став чітко розуміти, що перше видання книги мною фактично переписане заново» (с. 27).

Після ознайомлення з цією фундаментальною працею читача неодмінно охоплює почуття здивування від того, який великий пласт невідомого приховується за тими положеннями і постулатами, які вважаються звичними, усталеними для тих, хто наразі вивчає, викладає чи застосовує кримінальне право. У своїй книзі автор ніби виводить із темряви відомих та не зовсім відомих носіїв кримінально-правової думки, становлення і розвиток якої так чи інакше були пов'язані зі стінами Київського університету з моменту його заснування (Імператорського університету Святого Володимира і Київського державного університету ім. Т.Г. Шевченка), надаючи їм нове життя у пам'яті нащадків.

Будучи людиною самокритичною, П.С. Берзін зауважує, що за формальними ознаками його книга могла б бути названа і хрестоматією (с. 15). Справді, значне місце в історико-правовому дослідженні Павла Сергійовича займає виклад вдало підібраних фрагментів найважливіших публікацій представників Київської школи кримінального права близько до тексту відповідних першоджерел і в органічному поєднанні з біографічними відомостями про конкретного дослідника і спогадами сучасників подій того чи іншого періоду. Книга буквально насичена посиланнями на важкодоступні першоджерела, які не можуть не викликати особливого інтересу у сучасних дослідників із кримінального права. Тим більше, що ці публікації нерідко належать перу високоосвічених людей, які знали кілька іноземних мов, проходили тривалі стажування у провідних зарубіжних університетах, впевнено орієнтувались у законодавстві і наукових течіях інших країн.

При цьому автор рецензованої праці свідомо уникає надмірного аналізу відповідних першоджерел, цілком справедливо зазначаючи, що оцінка кримінально-правового доробку кожного з науковців, згаданих у книзі, може стати об'єктом самостійного наукового дослідження (с. 22). П.С. Берзін викладає унікальний матеріал, подає факти та описує хронологію подій так, щоб кожен читач зміг скласти власне уявлення про те, що називається Київською школою кримінального права.

Для зручності сприйняття інформації автор вдається, зокрема, до прийому систематизації. Так, висвітлюючи основні напрями кримінально-правових досліджень представників зазначеної школи, П.С. Берзін розподілив ці дослідження за трьома напрямками залежно від особливостей пізнання правових явищ з точки зору констатації, класифікації і систематизації юридичних норм, правових інститутів, правопорядків – історичним (історико-порівняльним або історико-догматичним), класичним і соціологічним (с. 63–64).

Чільне місце у монографії відводиться людям – науковцям, викладачам Київського університету, деяких інших навчальних закладів та науково-дослідних установ, які зробили свій внесок у формування та розвиток Київської школи кримінального права. Характеризуючи в другому (так би мовити, основному) розділі книги окремі персоналії, П.С. Берзін не лише описує їх трудовий шлях та наукові досягнення, а і звертає значну увагу на їх біографії, особисті якості, світогляд, переконання.

Наприклад, у підрозділі, присвяченому О.Ф. Кістяківському – людині, як пише автор, від чийого імені почався новий відлік часу у розвитку юридичних наук, наводяться спогади про нього одного з його послідовників Л.С. Білогіриць-Котляревського, після ознайомлення з якими стає відомо, що О.Ф. Кістяківський мав не лише видатні наукові заслуги, а і відзначився у публіцистичній та громадській

діяльності, був безкорисливою, гуманною, чесного та цільного складу переконань людиною (с. 287). Інший представник школи Ю.П. Новицький, доля якого склалася трагічно, крім зайняття науково-педагогічною роботою, обіймав посаду судового слідчого однієї з дільниць Київської судової палати, а згодом виявив бажання служити Православній Церкві, що на початку 20-х років XX століття прирівнювалось до скоєння злочину (с. 661, 667–668).

Багато цікавого можна відшукати і в біографіях інших представників школи, дбайливо наведених П.С. Берзіним на сторінках своєї книги. Складаючи воєдино образ кожної персоналії, автор провів копітку, без перебільшення, велетенську роботу, намагаючись не пропустити навіть дрібниці, виходячи з того, що саме з дрібниць складається цілісне уявлення про особистість. Прагнучи нікого не забути та зберегти для нащадків ту інформацію, яку ще можна відновити, Павло Сергійович згадує і тих діячів школи, про яких відомо лише їх прізвище і статус у Київському університеті (професорський стипендіат юридичного факультету Смирнов, кандидат на допущення до викладацької діяльності Зайцев (с. 101, 102–103) тощо).

Гортаючи сторінки книги П.С. Берзіна, неодноразово ловили себе на думці про те, що у наших попередників можна повчитись, крім всього іншого, науковій принциповості і мистецтву ведення аргументованої полеміки. В цьому контексті взірцем для сучасних дослідників можуть слугувати, наприклад, критична оцінка, яку О.Ф. Кістяківський дав головній праці С.О. Богородського «Нарис історії кримінальних законодавств в Європі з початку XVIII століття» (с. 236–245), а також твору В.В. Сокольського «Про порушення монетних статутів», поданому на здобуття наукового ступеня доктора кримінального права (с. 352–354).

Другий та третій розділи монографії присвячені внеску школи в діяльність київських науково-дослідних установ та громадських об'єднань. І тут так само в центрі уваги автора, для якого «юридична сторона» є другорядною, – люди зі своїми ідеями, переконаннями, долею.

Пізнавальне значення рецензованої праці полягає і в тому, що вона дає читачеві уявлення про вищу освіту у досліджуваній період. Так, у першій главі другого розділу на основі чотирьох загальних статутів імператорських російських університетів (1804 р., 1835 р., 1863 р., 1884 р.) автор відстежує зміни, які стосувались статусу цих навчальних закладів, градації вчених ступенів, вимог до кандидатів на отримання того чи іншого вченого ступеня.

Трепетне ставлення до історії навчального закладу, в якому нині працює автор монографії, та велика повага до своїх попередників простежується на кожній сторінці рецензованої книги. Так, дослідник не лише називає кафедри Київського університету, на яких здійснювалося викладання кримінального права, а і наводить їх

персональний склад із зазначенням посади, вченого звання та періоду, протягом якого людина обіймала певну посаду (с. 79–82, 106–107). Працюючи з першоджерелами, автор знайшов навіть інформацію про розклад лекцій і практичних занять з історії кримінального та цивільного права професора М.Ф. Владимирського-Буданова в осінньому семестрі 1888–1889 та 1890–1891 навчальних років (С. 92).

Для зручності наприкінці книги читачеві пропонуються додатки, в яких узагальнено довідкову інформацію про: практику нагородження російськими орденами представників Київської школи кримінального права періоду 1834–1917 років; сумну практику застосування заходів кримінально-правового впливу до представників цієї школи періоду 1917–1960 років; вчених-криміналістів, обраних почесними членами і докторами Київського університету до 1919 року; біографічні дані представників інших шкіл кримінального права чи інших наук, які були сучасниками подій, описаних у книзі.

Щодо побажань на майбутнє, то хотіли б зазначити, що належність праці П.С. Берзіна до монографічної літератури і визначення об'єкта дослідження як «виявлення закономірностей формування та становлення Київської школи кримінального права періоду 1834–1960 років» (с. 17) вимагали від автора не лише систематизованого викладення основних наукових доробків представників цієї школи, а і більш докладного висвітлення елементів наступності у кримінально-правових дослідженнях відповідних вчених. Адже саме цю наступність П.С.Берзін обґрунтовано визнає однією з підстав виокремлення Київської школи кримінального права як такої.

Книга П.С. Берзіна, будучи фундаментальним і комплексним науковим дослідженням, водночас відкриває неосяжні горизонти для подальших наукових пошуків.

Насамкінець традиційно побажаємо Павлу Сергійовичу продовжити (не на шкоду дослідженням, плідно здійснюваним ним в інших напрямках) проведення історичних екскурсів у галузі вітчизняного кримінального права. Адже на юридичному факультеті Тарасового університету і після 1960 р. працювали і працюють вчені, чії імена є знаковими для української кримінально-правової науки і постаті та творчі здобутки яких цілком заслуговують на увагу і прискіпливе вивчення.

Використані джерела:

1. Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834–1960 роки): історико-правове дослідження. Монографія. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К.: «ВД «Дакор», 2013. – 1144 с.

2. Берзін П.С. Київська школа кримінального права (1834–1960 р.р.): історико-правове дослідження: Монографія. – К.: КНТ, 2008. – 436 с.

У статті аналізується монографічне дослідження, присвячене становленню і розвитку Київської школи кримінального права у період з 1834 р по 1960 р. Своєрідність праці вбачається у поглибленому вивченні персоналій вчених, належних до вказаної школи, поєднаному з викладом фрагментів найважливіших публікацій цих вчених.

Ключові слова: кримінальне право, історико-правове дослідження, наука, школа, наступність.

Дудоров А., Старовойтова Ю. Фундаментальное исследование киевской школы уголовного права.

В статье анализируется монографическое исследование, посвященное становлению и развитию Киевской школы уголовного права в период с 1834 г. по 1960 г. Своеобразие работы усматривается в углубленном изучении персоналий ученых, принадлежащих к данной школе, соединенном с изложением фрагментов наиболее важных публикаций этих ученых.

Ключевые слова: уголовное право, историко-правовое исследование, наука, школа, преемственность.

Dudorov A., Starovoytova Y. Fundamental Research of Kiev School of Criminal Law.

Manuscript research devoted to the formation and development of Kiev School of Criminal Law during the period from 1834 to 1960 is analyzed in the article. Originality of the paper is observed in advanced study of the personalities of scientists who belong to this School and connected to covering fragments of these scientists' most important publications.

Key words: criminal law, historical legal research, science, school, succession.

Над випуском працювали:

*Відповідальний секретар:
Олександр Москалюк*

*Комп'ютерна верстка:
Павло Залізник*

*Дизайн обкладинки:
Інна Бондаренко*

*На обкладинці використано фото Прес-центру
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*