

Електронне видання

2014 - №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 №5 від 24.03.2014 р.)

Редакційна колегія

Головний редактор

Заступник головного редактора

Заступник головного редактора

Відповідальний секретар

ГРИЦЕНКО Іван Сергійович д-р юрид. наук

БЕРЗІН Павло Сергійович д-р юрид. наук, проф.

МІРОШНИЧЕНКО Анатолій Миколайович д-р юрид. наук, проф.

МОСКАЛЮК Олександр Володимирович канд. юрид. наук, доц.

АНДРУШКО Петро Петрович канд. юрид. наук, проф.

ЗАЙЧУК Олег Володимирович д-р юрид. наук, проф.

ІНШИН Микола Іванович д-р юрид. наук, проф.

КОПИЛЕНКО Олександр Любимович д-р юрид. наук, проф.

КОТЮК Іван Ілліч д-р юрид. наук, проф.

КРАСНОВА Марія Василівна д-р юрид. наук, проф.

МАЙДАНИК Роман Андрійович д-р юрид. наук, проф.

МАЛИШЕВ Борис Володимирович д-р. юрид. наук, доц.

ПОГОРЕЦЬКИЙ Микола Анатолійович д-р юрид. наук, проф.

ПОГРЕБНЯК Станіслав Петрович д-р юрид. наук, доц.

ПРИШВА Надія Юріївна д-р юрид. наук, проф.

ФУРСА Світлана Ярославівна д-р юрид. наук, проф.

ЩЕРБИНА Валентин Степанович д-р юрид. наук, проф.

СУМСКОЙ Дмитро Олександрович (РФ) д-р юрид. наук, проф.

ВИННИЧЕНКО Олег Юрійович (РФ) д-р юрид. наук, проф.

КЕЛЛІ Крістофер (США) д-р юрид. наук, проф.

ПОЛЛІНЗ Марк (США)

Комп'ютерна верстка

ЗАЛІЗНЯК Павло Мар'янович

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: lawandcivilsociety@gmail.com, <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.

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ЯК УКРАЇНСЬКІ СУДИ БАЛАНСУЮТЬ РЕЛІГІЙНУ СВОБОДУ: АНАЛІЗ У КОНТЕКСТІ СВІТСЬКОСТІ - Вовк Д.О. - 4

ПРАВОВИЙ МОНІТОРИНГ: ТЕХНІКА ПРОГНОЗУВАННЯ - Онищук І.І. - 38

ДЕРЖАВОТВОРЧІ НОВАЦІЇ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ 1918 р.: ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЗАРУБІЖНИХ ТА ВІТЧИЗНЯНИХ ІСТОРИКІВ ПРАВА - Чубата М.В. - 49

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

ФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ЗАСАД ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ В ХVІІІ - НА ПОЧ. ХХ СТ. - Лютюк О.С. - 62

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

ПОНЯТТЯ ІНТЕРЕСУ В СІМ'Ї ТА У СІМЕЙНИХ ВІДНОСИНАХ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ - Дякович М.М. - 77

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ МАКСИМАЛЬНОЇ МЕЖІ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ШТРАФУ У ВИПАДКУ ЗАСУДЖЕННЯ ОСОБИ ЗА ОДИНИЧНИЙ ЗЛОЧИН - Задоя К.П. - 87

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

ОЗНАКИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ДОГОВОРУ, ЩО ВИКОРИСТОВУЄТЬСЯ У ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ - Ілюшик О.М. - 97

КРИМІНАЛЬНИЙ, ЦИВІЛЬНИЙ І ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН - Кухнюк Д.В., Геведзе Т.Л. - 108

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА ФУНКЦІЯ ЗАХИСТУ: ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТУ - Гловюк І.В. - 120

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАЛУЧЕННЯ ЕКСПЕРТА СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ - Малахова О.В. - 130

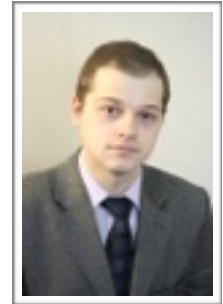
ЯК УКРАЇНСЬКІ СУДИ БАЛАНСУЮТЬ РЕЛІГІЙНУ СВОБОДУ: АНАЛІЗ У КОНТЕКСТІ СВІТСЬКОСТІ

Вовк Дмитро Олександрович

кандидат юридичних наук

доцент кафедри теорії держави і права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого



Вступ

Бурхливі соціальні зміни, що сталися в Україні внаслідок розпадку СРСР, мали одним з наслідків свого роду релігійний ренесанс. Релігія швидко і впевнено повернулася до формально атеїстичного за радянських часів українського суспільства. Це проявилось у відродженні традиційних церков, появі нових релігійних рухів, різкому збільшенні кількості релігійних організацій та посиленні їх впливу на суспільне і політичне життя¹. З'явилися або були легалізовані політичні партії, які проголосили орієнтацію на релігійні (християнські) цінності. Представники цих партій домоглися згадки про «відповідальність перед Богом» у преамбулі Конституції України 1996 р. І немає сумнівів, що йшлося саме про християнського Бога і про християнську релігію, що, на думку цих депутатів, становить фундамент української культури. Однак, парадокс полягає у тому, що Бог у преамбулі сусідить з доволі жорсткою моделлю автономії держави і церкви, закладеною у статті 35 Конституції і розвинутою у чинному Законі України «Про свободу совісті і релігійні організації» 1991 р. Цей закон далекий від визнання якоїсь історичної ролі і привілейованого положення традиційних церков (як в аналогічному російському законі 1997 р.), містить вельми складну процедуру реєстрації релігійних організацій і доволі жорстко сепарує церкви від публічної влади і освіти (хоча практика у цій сфері є не такою однозначною).

¹ Див., наприклад, про відносини між основними політичними силами і українськими церквами та про роль останніх у становленні новітньої української державності: Єленський В. Велике повернення: релігія у глобальній політиці та міжнародних відносинах кінця XX – початку XXI століття [текст] / В. Єленський. – Львів: Видавництво Українського католицького університету, 2013. – 504 с. – С. 369-463; Plokhly S. State politics and Religious Pluralism in Russia and Ukraine: Comparative Perspective // Protecting the Human Rights of Religious Minorities in Eastern Europe / Peter G. Danchin and Elizabeth A. Cole (eds.). – New York: Columbia University Press, 2002, – P. 304-314.

Релігійний ренесанс потягнув за собою, звичайно, ускладнення і урізноманітнення релігійних відносин, а так само і появу релігійних конфліктів: усередині релігійних громад та церков, між різними громадами (особливо на тлі зміни конфесійної підпорядкованості і користування храмами, переданими державою церквам), між церквами і державою, а так само і між релігійними особами та їх об'єднаннями та невіруючими. Визначна роль у розв'язанні цих конфліктів відведена судам. Верховенство права вимагає, щоб суб'єктові, чий права порушені, була надана можливість судового захисту, включаючи спори між приватними особами і державою. Розв'язуючи загадані спори, суди мають зважувати релігійну свободу з конкуруючими цінностями: іншими правами, публічним порядком, суспільною мораллю тощо.¹

У цій статті я хочу розглянути, наскільки вдало українські суди балансують релігійну свободу з іншими правовими цінностями. Моя гіпотеза полягає у тому, що суди в цілому розуміють і сприймають ідею пропорційності і балансування у сфері релігійних відносин, але, так само як і український законодавець, часто не розуміють сутності світськості як складовою держави, що керується верховенством права.

Проблеми зі світськістю – типові для країн транзитивного типу. Однак в Україні ці проблеми нагадують поганого акробата, який, рухаючись по дроту під куполом цирку, постійно хитається у різні сторони, не тримаючи рівновагу. В окремих справах суди займають радикально світську позицію, нехтуючи потребами віруючих людей. В інших справах суди, навпаки, замість захисту релігійної свободи починають захищати певну релігію чи церкву. А оскільки світськість і релігійна нейтральність держави є підґрунтям, відправною точкою для балансування, то і встановлений судами баланс різних цінностей через це часто є хибним.

Я не стверджую, що названа проблема пронизує усю юриспруденцію українських загальних судів. Однак, нижче я покажу, що у найбільш складних справах, зокрема, і тих, що пов'язані з оцінкою пропорційності державного втручання, українські судді досить часто не складають тест на світськість.

Структура статті зумовлена наведеною метою. Визначивши цінності, що балансуються, я покажу, як українські суди балансують свободу релігії різних релігійних громад, релігійну свободу та інші права людини (свободу слова,

¹ Єдиний реєстр судових рішень, що функціонує в Україні з 2006 року, і охоплює рішення і процесуальні акти судів загальної юрисдикції усіх ланок, на запит «свобода віросповідання» видає 3 892 документи; на запит «релігійна свобода» – 17 454 документи; на запит «релігійна організація» – 27 695 документів. Це свідчить про достатньо велику кількість справ, що стосуються релігійних прав людини, зокрема, і в сфері адміністративної юстиції.

трудові права), релігійну свободу та публічний порядок і окремо світськість. Я також торкнуся проблем пропорційності дій Української держави у сфері релігії у зв'язку з війною, що сьогодні триває на Донбасі.

I. Цінності, що балансуються

Роберт Алексі пише, що розумне застосування конституційних прав вимагає аналізу пропорційності, який включає в себе балансування¹. У свою чергу дослідження того, як балансуються фундаментальні права, потребує визначення цінностей, що покладено на протилежні шальки терезів при балансуванні.

Конституція України у статті 35 гарантує кожному свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність. Здійснення цього права може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей. Крім того, у статті 64 Конституції право на свободу релігії і світогляду віднесено до прав, які можуть бути обмежені в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Аналогічні підстави легітимного обмеження свободи релігії з деякими текстуальними відмінностями закріплює і стаття 3 Закону України «Про свободу совісті і релігійні організації», де окремо вказується, що підстави обмеження свободи релігії мають бути встановлені законом і відповідати міжнародним зобов'язанням України.

Наведені конституційні і законодавчі положення корелюють з підставами обмеження права на свободу релігії, закладеними у статті 9 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних прав (далі – ЄКПЛ), що була ратифікована в Україні у 1997 році, а також з тестом на пропорційність, що ним користується Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ). Зокрема, це стосується і права суду за статтею 9, яка, зазначає М. Макайвор, часто відсилає до ідеї пропорційності, балансування конкуруючих інтересів, які підлягають зважуванню у кожній справі за цією статтею². При цьому ЄСПЛ підкреслює, що перелік обмежень свободи віросповідання є вичерпним, такі обмеження мають чітко тлумачитись, і лише переконливі та нездоланні підстави можуть

¹ Алексі Р. Розумність права [текст] / Р. Алексі // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 2. – С. 229-239 – С. 237.

² McIvor M. Carnal Exhibitions: Material Religion and the European Court of Human Rights // Ecclesiastical Law Journal. – 2015. – Vol. 17. – P. 3-14. – P. 13.

виправдовувати застосування таких обмежень¹. Варто також підкреслити, що прецедентне право ЄСПЛ визнається в Україні джерелом права (ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» 2006 р.), а отже підлягає обов'язковому застосуванню судами під час здійснення правосуддя.

Ці підстави обмеження дозволяють судам оцінити пропорційність державного втручання у релігійну свободу², а так само і дотримання державою балансу між правими різних осіб у справах, що безпосередньо з державою не пов'язані. В аспекті балансування ЄСПЛ зазначив про це у справі «Евейда та інші проти Сполученого королівства»:

«Суд вважає, що відмова Британських авіаліній між вереснем 2006 і лютим 2007 років дозволити заявниці перебувати на своєму робочому місці з візуально помітним хрестом на одязі становила втручання у її право сповідувати власну релігію. Оскільки втручання не стосувалося безпосередньо Держави, Суд повинен дослідити, чи виконали державні органи за всіх наведених обставин їхній позитивний обов'язок, що впливає зі статті 9; іншими словами, чи було право міс Евейда на вільне сповідання релігії належним чином захищено внутрішнім правопорядком і чи було дотримано справедливого балансу між її правами та правами інших осіб»³.

II. Релігійна свобода і права людини

1. Потреба у балансуванні фундаментальних прав

Ідея балансування відштовхується від того, що фундаментальні права не утворюють застиглу ієрархію, в якій певні права поступаються іншим чи домінують над ними. Іспанський філософ Хуан Руїз Манеро у своєму аналізі партикуляристських підходів до балансування конституційних прав пише, що

¹ Application no. 77703/01, *Svyato-Mykhaylivska parafiya v. Ukraine*, Judgment of 14 June 2007, para. 114.

² Конституція України прямо не згадує про принцип пропорційності, хоча містить положення щодо пріоритету прав людини у діяльності держави (стаття 3), визнання принципу верховенства права (стаття 8), обов'язку органів публічної влади діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (стаття 19), заборони дискримінації (стаття 24) тощо. Принцип пропорційності згадується у низці рішень Конституційного Суду України (від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004, від 20.06.2007 р. № 5-рп/2007 та ін.). Крім того, у статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України, який регламентує порядок розгляду справ в адміністративних судах, закріплюється, що у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони, у тому числі, пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія). Усе це дає підстави багатьом українським теоретикам права і конституціоналістам стверджувати, що принцип пропорційності прийнятий правовою системою України (Див: Погребняк С. Основоположні принципи права [текст] / С. Погребняк. – Х.: Право, 2009. – С. 197 і уся глава 2.3. «Принцип пропорційності».

³ Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida and others v. United Kingdom*, Judgment of 15 January 2013, para. 91.

усі основні права без винятку поступаються іншим або, навпаки, переважають над ними залежно від набору загальних обставин¹. Доводи щодо необхідності забезпечення свободи релігії не переважають аргументів доводів щодо важливості гарантування свободи слова чи навпаки, хоча ми розуміємо, що у багатьох конфліктах цих прав перевага буде на боці свободи слова. Однак це не свідчить про заздалегідь відому «перемогу» свободи слова у цій ситуації, що підтверджується відомими справами «Інститут Отто-Премінгер проти Австрії»², «Вінгроу проти Сполученого Королівства»³ тощо. Це лише означає, що у багатьох, але не усіх ситуаціях доводи на користь свободи слова будуть більш вагомими. Крістоф Енгель вдало описує цей момент:

«Право бере до уваги той факт, що усі нормативні аргументи повністю відносні. Неможливо, наприклад, довести, що економічне зростання більш важливе, ніж покращення жахливої долі нужденних. Тим не менше, конституційне право не задовольняється лише створенням процедури для боротьби політиків. Наприклад, Основний Закон Німеччини одночасно гарантує, з одного боку, свободу торгівлі і власності, і, з іншого боку, зобов'язує уряд забезпечити, щоб у кожної людини були принаймні належні умови для існування. У принципі, це прокладає певну розмежувальну лінію для законодавця. ... Ті самі методи можуть бути використані, щоб збалансувати свободу однієї релігії щодо іншої, свободу віросповідання і свободу вибору не бути релігійними, свободу віруючого і автономію його релігійної організації, свободу віросповідання і конкурентні свободи, які також отримали конституційний захист, чи забезпечити баланс свободи віросповідання і об'єктивних цілей, що мають конституційний статус»⁴.

Тим самим балансування забезпечує, з одного боку, від порушення фундаментальних прав особи, а з іншого боку, від зловживання правами.

Далі я розгляну, як українські суди балансують релігійну свободу різних осіб, а також балансують релігійну свободу з іншими фундаментальними правами (наприкладі свободи слова і трудових прав)⁵.

¹ Манеро Х. Р. Два партикуляристських підходи до балансування конституційних принципів [текст] / Х. Р. Манеро // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 250.

² Application no. 13470/87, Otto-Preminger-Institute v. Austria, Judgment of 20 September 1994.

³ Application no. 17419/90, Wingrove v. The United Kingdom, Judgment of 25 November 1996.

⁴ Engel Ch. Law as a Precondition for Religious Freedom / Ch. Engel // Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. – 2011. – № 6 at: <http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2011_06online.pdf>.

⁵ Більше про балансування релігійної свободи і фундаментальних прав див., зокрема: Zucca L. Law v. Religion / L. Zucca // Law, State, Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas / L. Zucca and C. Ungureanu (eds). Cambridge: Cambridge University Press, 2012. – P. 140-145.

2. Балансування релігійної свободи

Мою увагу привернула низка судових справ, пов'язаних з проведенням релігійних маніфестацій. Звичайно, подібні справи стосуються не лише балансування релігійної свободи різних осіб, але і здійснення права на свободу зібрань і охорони громадського порядку як підстави обмеження права на свободу релігії. Однак у цих справах мене передусім цікавить саме те, як суди зрозуміли і збалансували конкуруючі релігійні потреби різних громад, що бажали провести маніфестацію.

Перша справа стосувалася демонстрації, яку Благодійний фонд «Міжнародна допомога «Добрий самаритянин» протестантської Одеської народної церкви вирішив провести 3 травня 2013 року в Одесі. У відповідності до вимог українського законодавства Фонд повідомив про свій намір Виконавчий комітет Одеської міської ради. Зокрема, представник Фонду у повідомленні зазначив, що підчас проведення демонстрації здійснюватимуться публічне богослужіння і костюмована Пасхальна постановка за євангельським сюжетом. Отримавши повідомлення, Виконавчий комітет Одеської міської ради звернувся до Одеського окружного адміністративного суду із позовом про обмеження Фонду у праві на мирне зібрання у названий день. Позов було мотивовано тим, що своїми діями Фонд може загрожувати громадському порядку і спровокувати порушення прав і свобод інших громадян.

Постановою Одеського окружного адміністративного суду від 25 квітня 2013 року у позові було відмовлено. Суд апеляційної інстанції вказане рішення скасував, задовольнивши позов Виконавчого комітету (постанова від 20.04.2013 р. № 815/3294/13-а¹).

Мотивуючи своє рішення, Апеляційний суд вказав на незначні процедурні порушення Фонду (відсутність письмово погодження повідомлення про проведення демонстрації з різними відділами Одеської міської ради). Крім того, суд послався на лист митрополита Одеського та Ізмаїльського Української православної церкви Московського патріархату (далі – УПЦ МП) Агафангела. У цьому листі митрополит найбільшої і найвпливовішої релігійної громади в Одеській області зазначив, що публічне богослужіння і костюмована постановка відбудеться у Страсну п'ятницю, коли «Господь наш Ісус Христос приніс себе у жертву за гріхи людства». Через це Агафангел вважав неприпустимим проведення демонстрації Фонду.

¹ Тут і далі цитуються рішення українських судів за даними Єдиного державного реєстру судових рішень. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/>.

Апеляційний суд погодився з православним митрополитом і вказав, що демонстрація і пасхальна постановка у страсну п'ятницю може викликати обурення православної громади і призвести до конфліктів між віруючими різних церков. Апеляційний суд також додав, що «кожен православний віруючий знає, що 3 травня 2013 року у страсну п'ятницю необхідно «мовчати усякій людській плоті»¹, а тому проведення зазначеного заходу є образою релігійних почуттів віруючих людей». Далі суд з посиланням на українське законодавство і Сіракузькі принципи тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права² констатував, що маніфестація Благодійного фонд «Міжнародна допомога «Добрий самаритянин» загрожує публічному порядку і громадській безпеці, а отже право Фонду на мирне зібрання має бути обмежено.

Це рішення можна критикувати з позиції балансування прав на свободу релігії і мирне зібрання і публічного порядку та громадської безпеки. ЄСПЛ у справі «Платформа «Лікарі за життя» проти Австрії» вказав, що хоча до обов'язків держав – учасників ЄКПЛ і входить вжиття розумних і належних заходів для забезпечення мирного характеру дозволених законом демонстрацій, вони не можуть дати абсолютних гарантій у цьому відношенні, хоча і мають широку дискрецію при обранні такого роду заходів³. За певних обставин держава вправі заборонити демонстрацію, якщо є підстави вважати, що її мирний характер не буде забезпечено, а учасники зібрання ризикують зазнати насильницьких актів на свою адресу.

У той же час, в аналізованому рішенні Одеського апеляційного адміністративного суду не наведено жодних доводів на користь подібного висновку. Власне, єдине чим керувався апеляційний суд – це невдоволення православної громади демонстрацією на страсну п'ятницю. Немає жодної інформації про наявність у матеріалах справи доказів протидії планованій демонстрації (наприклад, повідомлення про контрдemonстрацію, скарги православних віруючих, рапорти органів правопорядку тощо).

У згаданій вище справі Платформи «Лікарі за життя» ЄСПЛ також вказав, що будь-яка демонстрація може дратувати чи ображати тих, хто виступає проти ідей чи вимог, на підтримку яких вона проводиться⁴. Відповідно саме лише невдоволення чи образа православних віруючих від факту проведення

¹ Суд має на увазі православний гімн «Нехай мовчить всяка плоть людська».

² U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).

³ Application no. 10126/82, Plattform “Ärzte für Das Leben” v. Austria, Judgment of 21 June 1988, para. 34.

⁴ Ibid, para. 32.

демонстрації та інсценування євангельського сюжету не є достатнім для рішення про обмеження права на мирне зібрання. Це дає підстави припустити, що Апеляційний суд Одеської області не забезпечив належний баланс між релігійною свободою протестантів, що вирішили провести демонстрацію, і публічним порядком і громадською безпекою.

Однак що призвело до такого непропорційного рішення? Я вважаю, що у даному випадку суд приховано балансував також право на свободу релігії різних релігійних громад – православної і протестантської церков і невинувато дискримінував останню. Релігійна свобода православної церкви виявилась для апеляційного суду більш вагомою з суто релігійних міркувань – обов'язку зберігати тишу на Страсну п'ятницю і образи у зв'язку з цим почуттів православних віруючих. Тим самим суд визначив законність релігійних вірувань, що суперечить праву на свободу релігії (справи ЄСПЛ «Хасан і Чауш проти Болгарії»¹, «Фернандез Мартінез проти Іспанії»²). Апеляційний також суд не пояснив, чому релігійно мотивоване негативне ставлення православних до протестантської маніфестації важить більше ніж бажання протестантів таку маніфестацію провести, хоча насправді ці два конкуруючих інтереси мають розглядатися як рівні. Висновок про образу почуттів православних також є сумнівним, оскільки жодних доказів провокативності протестантської демонстрації, брутального знущання з православних цінностей, як це мало місце у дотичних справах ЄСПЛ, наведено не було.

Отже можна побачити, що непропорційне втручання у релігійну свободу і право на мирне зібрання прихожан Одеської народної церкви відбулося внаслідок порушення Апеляційним судом Одеської області від вимоги релігійної нейтральності, як складової принципу світськості. Якщо б суд відкинув релігійні доводи, то залишилися би лише дрібні порушення процедури повідомлення про маніфестацію, що самі по собі не є підставою для обмеження прав.

Прикладом, на перший погляд, більш збалансованого і світського підходу стали інші дві судові справи, пов'язані з Одеською єпархією УПЦ МП. Одеський окружний адміністративний суд двома рішеннями (постанови від 20.06.2011 р. у справах № 2а-2а/1570/4574/2011 та № 2а-2а/1570/4575/2011) заборонив Одеській єпархії УПЦ МП і Одеській Римо-католицькій громаді проведення хресної ходи за співпадаючим маршрутом з очікуваної кількістю учасників до 5000 парафіян кожної церкви. Судом було враховано, що

¹ Application no. 30985/96, Hasan and Chaush v. Bulgaria [GB], Judgment of 26 October 2000, para. 62, 78.

² Application no. 56030/07, Fernández Martínez v. Spain [GB], Judgment of 12 June 2014, para. 129.

перетинання маршрутів представників різних конфесії може призвести до порушення громадського порядку (про це йшлося у наданому судові листі Одеського міського управління Міністерства внутрішніх справ України). Крім того, вулиці, по яких мали проходити обидві маніфестації, на думку суду, не були розраховані на пересування такої великої кількості людей. Усе це, зробив висновок суд, унеможлиблює проведення запланованих католиками і православними маніфестацій. Суд також підкреслив, що заборона проведення хресної ходи не стосується інших частин міста. Слід відмітити, що одна з названих постанов переглядалася Вищим адміністративним судом України за скаргою Римо-католицької громади і була залишена у силі (постанова від 25.11.2014 р. у справі № К/9991/51441/11).

Юридично ці рішення виглядають достатньо коректними. Застосування передбаченої законом (ст. 182 Кодексу адміністративного судочинства України) заборони обох маніфестацій за наявності реальної загрози громадському порядку чи правам інших осіб є пропорційною.

У той же час, соціальний контекст цих судових справ дозволяє, на мій погляд, говорити про проблеми зі світськістю і у цих випадках. Римо-католики є релігійною меншиною в Одеському регіоні і в Україні у цілому¹. Проведення їхньої процесії навколо власного храму було традиційним заходом святкування Свята Тіла і Крові Христових, здійснюваним вже довгий час (за повідомленням ЗМІ – сім останніх років), і жодного разу не заборонялося місцевою владою чи судом, про що представник Римо-католицької громади зазначав під час судового розгляду. Православні московського патріархату є релігійною більшістю в Одесі. Місцева влада сприяє і навіть спонсорує її діяльність, не підтримуючи аналогічним чином жодну іншу релігійну громаду, а митрополит Агафангел був довгий час депутатом Одеської обласної ради від Партії регіонів України, представники якої очолювали обласну і міську владу у регіоні. Їх хресна хода не була пов'язана із жодним значущим православним святом, жодних відомостей, чому дата і маршрут православної ходи співпали з традиційною процесією католиків, судова справа не містить. Представник Одеської єпархії УПЦ у судовому засіданні визнав позов і підтримав заборону своєї ж маніфестації, що дозволяє сумніватися у важливості цього заходу для православної громади.

¹ Відповідно до Звіту про мережу церков і релігійних організацій України 2013 р., що його підготувало Міністерство культури України, в Одеській області діє 596 організацій і громад, що належать до УПЦ МП, і 26 римо-католицьких організацій і громад. В Україні загалом УПЦ МП – найбільша церква (34,8% від зареєстрованих релігійних організацій), тоді як католики є релігійною меншиною (3% від кількості зареєстрованих організацій). Звіт Міністерства культури доступний за посиланням: <http://www.irs.in.ua/files/statistic/2013.01.01_zvit_fl_irs.in.ua.pdf>.

З огляду на це припустити, що *de jure* рівне ставлення суду до православної і католицької громад (заборона обох маніфестацій) призвело до *de facto* переваги релігійної більшості над меншістю і унеможливлення святкування католиками їх важливого свята. Чи міг суд уникнути такої ситуації і ухвалити інше рішення? Це було б досить важко. У даному випадку йдеться не просто про світськість держави, але і про взаємну толерантність релігійних громад, якою, здається, нехтує релігійна більшість (Одеською мітрополією УПЦ МП).

При чому це не проблема певної конфесії чи регіону, де ця конфесія домінує. Це проблема українського суспільства у цілому. Щоб це довести, звернимось до постанови Львівського окружного адміністративного суду від 16.11.2013 р. у справі № 813/8645/13-а. У цій справі суд розглядав позов Виконавчого комітету Львівської міської ради до Контемплативно-адораційного монастиря Сестер Василіанок під покровом Святого пророка Іллі, Місії «Центр військового капеланства» Української Греко-католицької Церкви (далі – УГКЦ), Громадської організації «Союз християнських матерів» та їх керівників про встановлення обмеження права на проведення масових заходів. Позов був мотивований тим, що відповідачі, які мають різне бачення історії християнства, збираються проводити в одному і тому ж місці (біля храму УГКЦ) масові заходи за участі духівництва і віруючих. Врахувавши, що попередні подібні заходи, попри залучення великої кількості правоохоронців, призводили до сутичок між учасниками, суд вирішив заборонити проведення зборів, мітингів, походів, демонстрацій усім суб'єктам окрім Місії «Центр військового капеланства». Останній було дозволено проводити маніфестації, оскільки вона є власником храму, біля якого мали намір збиратися відповідачі.

Обмеження, застосоване Львівським окружним адміністративним судом, має законодавчі підстави (стаття 182 Кодексу адміністративного судочинства України) і спирається на легітимну мету (захист громадського порядку). Загроза насильства з боку демонстрантів чи контрдемонстрантів може стати підставою для обмеження права на зібрання. Однак, чи правий був суд, забороняючи публічні акції усім крім релігійної організації – власника храму? Мені знається, що ні. Заявки на проведення публічних заходів були подані усіма сторонами одночасно, отже ніхто не має пріоритету. ЄСПЛ у справі Платформи «Лікарі за життя» окремо вказав на заборону і демонстрації, і контрдемонстрації як на

довід на користь обґрунтованості позиції держави і відсутності порушення статті 11 ЄКПЛ¹.

Варто також зауважити, що УГКЦ – домінуюча конфесія у Львівському регіоні, а отже такого роду судові рішення роблять, як і у випадку з православними і католиками в Одесі, релігійну більшість ще сильнішою, а релігійні меншини та їх голоси – слабшими. Це загрожує тим, що релігійна свобода більшості («сильних») набуватиме абсолютного характеру, що, як казав Ісайя Берлін, несумісно зі свободою слабих², якими у даному випадку є релігійні меншини. Тому, коли держава не здатна гарантувати мирний характер зібрань, то їх заборона буде пропорційною, якщо стосуватиметься усіх без винятку релігійних громад і організацій.

3. Свобода релігії і свобода слова

Трагедія у редакції Charlie Hebdo сколихнула нову хвилю дискусій щодо можливості балансування свободи слова і свободи релігії. Те саме було і після скандалу з карикатурами на пророка Мухаммеда³ та вбивства нідерландського режисера Тео ван Гога.

Існують різні підходи до ідеї балансування релігійної свободи і свободи слова. Один з таких підходів виражений у практиці ЄСПЛ, який у низці справ визнав пропорційними дії держави, спрямовані на попередження ображення релігійних почуттів («Інститут Отто-Премінгер проти Австрії», «Вінгроу проти Сполученого Королівства») чи притягнення до відповідальності осіб, винних у таких діях («І. А. проти Туреччини»⁴). У справі Інститут Отто-Премінгер, де йшлося про заборону австрійською владою демонстрації фільму, в якому непристойно зображувалися і висміювалися Бог, Христос і Діва Марія, ЄСПЛ зазначив:

«Наклавши арешт на фільм, австрійська влада діяла в інтересах релігійного миру ... і для того, що в окремих людей не склалося відчуття, що їх релігійні уявлення стали об'єктом необґрунтованих і образливих нападок»⁵.

¹ Plattform “Ärzte für Das Leben” v. Austria, para. 37.

² Берлін І. Філософія свободи [текст] / І. Берлін; пер. с англ. – М.: Новое литературное обозрение, 2014. – С. 8.

³ Черговий трагічний епізод стався 14 лютого 2015 року у Копенгагені, коли на семінарі «Мистецтво, богохульство і свобода слова» було відкрито стрілянину. Вважається, що основною мішенню був шведський Ларс Вілкс, відомий карикатурами на ісламського пророка.

⁴ Application no. 42571/98, I. A. v. Turkey, Judgment of 13 September of 2005.

⁵ Otto-Preminger-Institute v. Austria, para. 56.

Джордж Летсас заперечує існування окремого права не бути ображеним у релігійних почуттях. На його думку, обмеження свободи слова можливе стосовно не лише релігійно образливих речей, але і стосовно будь-яких висловлювань, що ймовірно приведуть до неминучого насильства. Таким чином обмеження допускаються виключно з метою уникнути насильства, а не для захисту свободи релігії¹. Існують також думки, що захист релігії від критики і нападок, навіть образливих, у світському суспільстві не повинен виходити за межі храмів і церковних споруд, так би мовити легітимної релігійної території. За такої логіки панк-молебєн Pussy Riot порушив права віруючих, бо відбувався на території Храму Христа Спасителя у Москві. Натомість карикатури на Пророка чи Христа у Charlie Hebdo – ні, бо вони не вторгались у релігійний простір.

Я думаю, що тут важливо враховувати декілька моментів. Передусім, немає жодних сумнівів, що насильство у відповідь на богохульство чи подібні дії неприпустиме. Жодні світоглядні суперечки не вирішуються за допомогою автомата, жодна віра не насаджується за допомогою бомби. І тому ніяких виправдань для вбивць журналістів з Charlie не існує.

Журналісти виконують важливу суспільну функцію. І тому ЄСПЛ визнає за ними право вдаватися до певної дози перебільшення та виклику, та використовувати вислови, які можуть бути полемічними і навіть заходити надто далеко в особистому плані.

У той же час, толерантність і повага до різноманіття, як складова світського демократичного суспільства, є також і взаємною повагою між віруючими і невіруючими. Юрген Габермас пише:

«Лише концепція однакових свобод для усіх і встановлення області толерантності, що переконує усіх, кого це стосується, у рівній мірі здатна витягнути з толерантності жало нетерпимості. Ті, кого це стосуються, зобов'язані за можливістю враховувати точки зору інших учасників, якщо їм доводиться разом об'єднуватися на умовах, за яких вони будуть виявляти взаємну толерантність, оскільки усі заслуговують на однакову повагу»².

¹ Letsas G. Is there a Right not to be Offended in one's Religious Beliefs? / G. Letsas // Law, State, Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas / Lorenzo Zucca and Camil Ungureanu (eds.). – Cambridge: Cambridge University Press, 2012. – P. 257.

² Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. Философские статьи / Ю. Хабермас; пер. с нем. М. Б. Скуратова. – М.: Издательство «Весь мир», 2011. – 336 с. – С. 237.

Вже вказувалося, що фундаментальні права не утворюють застиглої ієрархії. Це стосується і прав на свободу слова і свободу релігії, про що наголошувалося, зокрема, на Експертному семінарі щодо зв'язків між статтями 19 і 20 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права «Freedom of Expression and Advocacy of Religious Hatred that Constitutes Incitement to Discrimination, Hostility or violence» (Женева, 2-3 жовтня 2008 р.). Право не захищає релігію від критики і прискіпливої суспільної уваги. Воно лише гарантує релігійну свободу¹. Однак з цього не випливає, що захист від брутальних знущань не підпадає під дію права на свободу релігії. Відповідно слід говорити не про конфлікт між свободою слова і релігійною свободою, де одна з них (скажемо прямо – перша) має перемогти, а про пошук необхідного балансу між ними.

У практиці українських судів є низка справ, присвячених балансуванню свободи слова і свободи релігії. У листопаді 2011 року Жовтневий районний суд Дніпропетровська задовольнив позов релігійної громади «Вогонь пробудження» та її пастора до газети «Дніпро вечірній» про спростування недостовірної інформації (рішення від 29.11.2011 р. у справі № 2-2935/11). Газета надрукувала результати журналістського розслідування діяльності керівників вказаної релігійної організації, де йшлося про експлуатацію дитячої праці, насильство над дітьми, а також містилися оцінки богослужіння, що проводив пастор «Вогня пробудження». Відчуття від богослужіння автор статті порівнював із «зубним болем» та ефектом «нюхання клею».

Апеляційний суд Дніпропетровської області переглянув це рішення і скасував його. Апеляційний суд розмежував фактичні і оціночні судження журналіста і вказав, що порівняння релігійної церемонії з зубним болем чи наркотичним сп'янінням відноситься до другого виду суджень, на які автор статті має право (рішення від 22.05.2012 р. у справі № 2-2935/11).

Захист релігійних почуттів віруючих був також предметом розгляду у справі за позовом віруючих УПЦ МП до Державного комітету телебачення і радіомовлення України (органу, що видає дозволи на публічну демонстрацію фільмів) про заборону демонстрації на території України фільмів «Омен» та «Код да Вінчі». Православна громада посилялась на образу своїх релігійних почуттів через спотворено зображення християнських символів, а також на те, що у складі експертної комісії відповідача відсутні представники релігій, а отже

¹ Див. про розмежування релігії і релігійної свободи у контексті місця релігії у публічному просторі: Ferrari S. Law and Religion in a Secular World: A European Perspective / S. Ferrari // Ecclesiastic Law Journal. – 2013. – Vol. 14. – P. 367-370.

відповідач не здатний об'єктивно оцінити можливість демонстрації названих фільмів. Позивачі також відмічали, що вони намагалися урегулювати спір до суду і звернулися до згаданого органу з пропозицією скасувати дозволи на прокат фільмів. Відповідач у своїй відповіді зазначив, що поділяє стурбованість віруючих, однак вважає, що скасування дозволів на прокат лише посилить суспільну увагу до фільму.

Як відомо, твори Дена Брауна, за романом якого поставлено «Код да Вінчі», а так само і сам фільм неодноразово наражався на критику християн різних конфесій. Аналогічні проблеми були і в «Омена», особливо у православному середовищі.

Справа розглядалась неодноразово. Крапку поставив Вищий адміністративний суд України (далі – ВАСУ), який у позові відмовив (постанова від 01.11.2012 р. у справі № К-59/10). ВАСУ послався на те, що заборона прокату цих фільмів з релігійних мотивів може розглядати як форма цензури, що заборонена Конституцією України. ВАСУ також зазначив, що відповідач, чий повноваження видавати прокатні посвідчення встановлені законом, зважив на те, що фільми містять сцени насильства, і присвоїв фільмам індекс, що передбачає їх демонстрацію для аудиторії старше 16 років. ВАСУ відкинув довід щодо відсутності представників релігії, пославшись на світський характер органів державної влади і відокремлення церкви від держави.

У розглянутих справах можна побачити класичний ліберальний підхід, що передбачає майже необмежену свободу слова і творчості і охороняє ці цінності від цензури. Балансуючи свободу слова журналістів і релігійної свободи громади «Вогонь пробудження», суд надав перевагу свободі слова авторів статті, що має право на різкі і навіть провокативні порівняння, досліджуючи суспільно важливе питання. Оцінюючи бажання православних віруючих не дивитися спірні чи навіть образливі з їх точки зору фільми і рішення держави дозволити прокат цих фільмів, суд обґрунтовано став на сторону держави, визнавши її дії пропорційними.

Дещо інший підхід було запропоновано українськими судами у справі за позовом двох приватних осіб до газети «Лица» про визнання недостовірною розміщеної газетою інформації. Інформація, зокрема, стосувалася обвинувачень позивачів у розкраданні активів комерційного банку, ухиленні від сплати податків та причетності до фірм, які займаються незаконними фінансовими операціями. Окремо позивачі, євреї за національністю та віросповіданням, вимагали спростування інформації про те, що згадані вище дії вчинялися виключно євреями, а також тверджень, що Мойсей – законодавець єврейського

народу, пророк іудейської, християнської і мусульманської релігій – «заривав у пустелях чуже добро», а сучасні євреї обкрадають український народ. Позивачі прямо наголошували, що ображення Мойсея і єврейського народу завдає шкоди їх релігійним почуттям.

Рішенням Кіровського районного суду міста Дніпропетровська від 11.06.2014 р. позов було повністю задоволено, зобов'язано відповідача спростувати вказану вище інформацію. Це рішення було залишено без змін Апеляційним судом Дніпропетровської області (ухвала від 22.07.2014 р.) і ВССУ (ухвала від 03.12.2014 р.).

Аналіз наведених рішень дає певні підстави припустити, що стаття у газеті «Лица», яка стала підставою для позову, має антисемітське забарвлення. Національність і віросповідання позивачів вплітається в оцінку їх бізнесової діяльності, подається як причина порушень закону чи зловживань, а потім узагальнюється до оцінки усього єврейського народу. Подібні твердження можна було, наприклад, розглядати як такі, що розпалюють релігійну ворожнечу (відповідальність за що передбачена статтею 161 Кримінального кодексу України).

Однак чи має суд при цьому оцінювати істинність чи хибність тверджень, які стосувалися не позивачів, а їх релігії і їх пророка? Думається, що ні, бо у такому випадку суд захищає не релігійну свободу позивачів, а саму їхню релігію. У будь-якому випадку твердження, що Мойсей заривав у пустелях чиєсь добро навряд чи можна порівняти з слабоумним Богом у справі Інституту Отто-Премінгера чи еротичними фантазіями Святої Терези над тілом розіп'ятого Христа у справі Вінгроу. Відповідно обмеження свободи слова у частині оцінок постаті Мойсея у даному випадку видається незбалансованим. У цій частині суд мав би залишити позов без задоволення.

4. Релігійна свобода і трудові права

Балансування релігійної свободи і трудових прав пов'язане в українських судах з двома категоріями справ: щодо трудових відносин між особою і релігійною організацією і щодо свободи працівника на робочому місці. У першому випадку суди балансують автономію релігійних організацій врегульовувати відносини зі священником відповідно до внутрішніх правил і право на професійну діяльність останнього, яку ЄСПЛ розглядає у контексті права на повагу до приватного життя («Фернандез Мартінез проти Іспанії»¹). У

¹ Fernández Martínez v. Spain [GB], Judgment of 12 June 2014, para. 110.

другому випадку баланс має бути забезпечено між трудовими обов'язками працівника та його релігійними переконаннями.

23 січня 2014 року Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) розглянув спір між особою, що обіймала посаду священика, і Єпархіальним управлінням та парафіяльною радою Української православної церкви Київського патріархату (далі – УПЦ КП) с. Раковець Івано-Франківської області. Спір стосувався поновлення заявника на роботі.

Заявник посилався на те, що між ним і згаданою парафіяльною радою УПЦ КП було укладено трудовий договір, відповідно до якого він виконував обов'язки настоятеля храму у с. Раковець. У відповідності до українського законодавства у трудовій книжці заявника було зроблено запис про прийом на роботу. Через певний час заявника було звільнено з його посади з підстав вчинення ним поведінки, що не відповідає моральним і християнським вимогам священицької поведінки, з посиланням на церковне законодавство. Заявник оскаржив своє звільнення спочатку до районного, а потім апеляційного суду, які у позові відмовили. У зв'язку з цим заявник звернувся до суду касаційної інстанції, яким є ВССУ.

Стаття 25 Закону України «Про свободу совісті і релігійні організації» передбачає право релігійних організацій приймати на роботу громадян, у тому числі на посаду священнослужителя. Трудові договори з такими громадянами підлягають державній реєстрації. Судами нижчих інстанцій було встановлено, що трудовий договір із заявником не реєструвався, що стало підставою для відмови у позові. ВССУ підтримав таку позицію і вказав, що між заявником і парафіяльною радою УПЦ КП не виникли трудові обов'язки у розумінні законодавства про працю, а відносини між священнослужителем і церквою мають регулюватися виключно внутрішніми правилами самої церкви (її статутом, нормами церковного права), на підставі яких його і було заборонено у служінні. Тим самим ВССУ відмовився від балансування взагалі, не визнавши за заявником-священником статусу працівника.

Позиція ЄСПЛ у дотичних справах є іншою. У справі «Профспілка «Добрий пастир» проти Румунії» ЄСПЛ зазначив, що особливістю праці священнослужителів є те, що вона має і духовну мету і виконується у межах церкви, яка користується певною автономією. Таким чином, священнослужителі приймають на себе обов'язки особливого характеру: вони пов'язані високим особистим обов'язком лояльності, який, у свою чергу, заснований на

особистому і, у принципі, безвідкличному обов'язку, що приймає на себе кожен клірик¹.

У справі «Обст проти Німеччини» ЄСПЛ вказав на особливий характер професійних вимог, що пред'явлені заявникові – європейському директору із суспільних зв'язків Церкви Мормонів, якого було звільнено за перелюб, у зв'язку з тим, що вони (професійні вимоги) висунуті роботодавцем, чиї етичні норми засновані на релігії і переконаннях. Обов'язки, покладені на заявника, були визнані Страсбурзьким судом прийнятними у тому, що вони були спрямовані на підтримку довіри до Церкви².

У справі «Шют проти Німеччини», де досліджувалося питання звільнення заявника з посади органіста і хормейстера у католицькому приході через адюльтер, ЄСПЛ констатував порушення права на повагу до приватного життя, вказавши:

«Якщо, у відповідності до Конвенції, роботодавець, етичні принципи якого засновані на релігії чи філософських переконаннях, має право накладати особливі обов'язки на співробітників, то рішення про звільнення на підставі порушення таких обов'язків не може ухвалюватися від імені такого незалежного роботодавця, при обмеженому судовому розгляді, здійсненому судом з трудових спорів компетентної юрисдикції, якщо не береться до уваги посада, яку обіймає заявник, і якщо не проведено вивчення інтересів, що зачіпаються у відповідності з критерієм співмірності»³.

Отже, ЄСПЛ виходить з того, що між священиком і релігійною організацією виникають специфічні трудові відносини. Церква, як організація, заснована на певних етичних принципах, вправі вимагати від священнослужителя дотримання цих принципів і припиняти трудові відносини у випадку їх порушення. Однак, автономія церкви у цьому питанні не є безмежною, і суд має враховувати посаду, яку обіймає особа у церковній ієрархії (це впливає з рішення у справі Шюта).

Вирішуючи питання законності звільнення православного священика, ВССУ та нижчі суди мали би врахувати етичні вимоги, закріплені у статуті церкви, а так само і факт порушення священиком цих вимог. При цьому, суди не повинні були заперечувати трудову природу відносин, що виникли між церквою

¹ Application no. 2330/09, Sindicatul “Pastorul cel bun” v. Romania [GC], Judgement of 9 July 2013, para. 144.

² Requête no. 425/03, Affaire Obst c. Allemagne, Arrêt 23 Septembre 2010, para. 51.

³ Application no. 1620/03, the Schüth v. Germany, Judgment of 23 September 2010, para. 69.

і священником, і полягали у постійній, оплатній праці останнього на посаді настоятеля храму.

Натомість суди, пославшись на відсутність реєстрації трудового договору з священником, взагалі відмовились вважати ці відносини трудовими. Однак невиконання обов'язку з державної реєстрації трудового договору є правопорушенням роботодавця, а не працівника. Тому роботодавець не може посилається на це як на підставу відмови у позові, а суд приймати такий довід. Відмова ж визнати наявність трудових відносин між церквою і священником має наслідком його цілковиту залежність від волі (і сваволі) керівництва церкви.

Таким чином, хоча рішення ВССУ і нижчих судів про відмову у позові про поновлення на роботі було правильним, однак мотивація була цілком хибною. За інших обставин справи, коли клірика було б усунуто з посади не через порушення етичних норм, а, скажемо, через особисту неприязнь з боку керуючого єпископа, згадана мотивація судів призвела би до порушення прав такого клірика.

Відмова від балансування у цій справі зумовлена, на нашу думку, також з проблемами з розумінням світськості українськими судами. Але на відміну від справ про церковні маніфестації, тут маятник качнувся в інший бік. Адже у даному випадку йдеться про світськість, навіть скоріше атеїстичність радянського штибу, сприйняття церкви як цілком відокремленого від решти світу утворення. За такої логіки церковна освіта не є освітою у власному сенсі, а праця у церкві не є виконанням трудових обов'язків у розумінні трудового законодавства (хоча це прямо суперечить цитованій раніше статті 25 Закону України «Про свободу совісті і релігійні організації»). Натомість здорова світськість не означає, що врегулювання відносин між церквою і священником має здійснюватися на основі лише внутрішніх церковних правил, а тільки змушує враховувати специфіку посади і характер діяльності священнослужителя.

Балансування трудових обов'язків працівника і його релігійних переконань стало предметом розгляду у справі про відмову з релігійних мотивів актриси Дніпропетровського академічного театру опери і балету від виконання ролі «Бісовки» у музичній казці «Ай, да Балда» за твором видатного російського поета Олександра Пушкіна. Відмова актриси, про яку вона заявила 9 грудня 2006 р., була мотивована тим, що виконання ролі Бісовки суперечить її релігії. 17 січня 2007 року роботодавець наклав на актрису дисциплінарне стягнення (догану), яке вона оскаржила у суді.

Рішенням Дніпропетровського районного суду від 25.05.2007 р. у позові було відмовлено через те, що релігійні переконання заявниці не є підставою для відмови від виконання трудових обов'язків. Апеляційний суд Дніпропетровської області це рішення скасував (ухвала від 12 вересня 2007 р.) через те, що дисциплінарне стягнення на працівницю було накладено з порушенням місячного строку, передбаченого статтею 148 Кодексу законів про працю України¹. Верховний суд України (далі – ВСУ) відмовився переглядати цю ухвалу апеляційного суду за касаційною скаргою театру через необґрунтованість останньої (ухвала ВСУ від 16.01.2008 р. у справі № 6-25553с07).

Рішення вищих судів є правильними, але, так би мовити, надто стислими в частині мотивації. Роботодавець, дійсно, наклав стягнення з порушенням строку, що є підставою для скасування догани. Однак Апеляційний суд і ВСУ не надали оцінки доводам щодо можливості відмови від виконання ролі бісовки через релігійні переконання актриси, що було важливо для розвитку судової практики у цій категорії справ.

Згадані питання є доволі складними, і не лише в українському праві. Стосовно англійського права сер Теренс Езертон пише:

«Однією з найбільш складних і спірних сфер нашого права сьогодні є розв'язання спорів, які виникають з конфлікту між, з одного боку, релігійними переконаннями індивіда і, з іншого боку, діями, які вимагаються від цього індивіда, незалежно від того, чи ця вимога висувається органом влади, приватним роботодавцем чи іншим індивідом»².

Парламентська Асамблея Ради Європи у Резолюції № 2036 від 29.01.2015 р. «Tackling intolerance and discrimination in Europe with a special focus on Christians» наголошує на необхідності підтримувати свободу совісті на робочому місці, забезпечуючи при цьому доступ до послуг, передбачених правом, і відсутність дискримінації інших осіб³. ЄСПЛ у цій ситуації звертає увагу на добровільний характер вибору місця роботи і можливість її полишити.

¹ Стаття 148 ухваленого ще за радянських часів Кодексу законів про працю України передбачає, що дисциплінарне стягнення застосовується власником або уповноваженим ним органом безпосередньо за виявленням проступку, але не пізніше одного місяця з дня його виявлення.

² Etherton T., *Religion, the Rule of Law and Discrimination* / Sir T. Etherton // *Ecclesiastical Law Journal*. – 2015. – Vol. 15. – P. 265.

³ The PACE Resolution «Tackling intolerance and discrimination in Europe with a special focus on Christians» № 2036 (2015) // <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21549&lang=en>.

Ніколас Братца, колишній президент ЄСПЛ, коментуючи справи щодо носіння працівниками релігійних символів під час професійної діяльності, відмічає, що:

«Органи, сформовані на підставі ЄКПЛ традиційно дотримуються погляду, що немає втручання у сповідування релігії чи вираження поглядів, якщо особа добровільно погоджується на обіймання посади, де наявні обмеження на вільне віросповідання і де працівник може звільнитися для того, щоб дотримуватися тих релігійних обрядів, яких він чи вона бажає»¹.

Значущим є характер професійної діяльності. Акторська праця може вимагати виконання дуже різних за своєю природою ролей і перевтілення як у героїв, так і негідників, як у ангелів, так і демонів. Особа, яка добровільно погоджується на цю працю, має усвідомлювати, що їй може випасти грати персонажа, чий етичні міркування або вчинки суперечать її релігії чи світогляду. Не можна сказати, що з цього випливає цілковита зневага переконаннями артиста, і тому у театрах може існувати інститут згоди на роль. Відомі також випадки відмови артистів від ролей у зв'язку з такого роду конфліктами. Наприклад, відомий російський актор Олег Борисов, який був глибоко віруючою людиною, відмовився від ролі Федора Достоєвського у фільмі «Двадцять шість днів з життя Достоєвського» через антирелігійність інтерпретування постаті письменника, зокрема, через епізод, в якому режисер просив актора «розстріляти поглядом ікону». Однак подібні випадки є радше виключеннями.

У розглядуваній справі немає підстав стверджувати, що запропонована актрисі роль виходила за межі звичайної акторської праці. Варто також зазначити, що Дніпропетровський академічний театр опери і балету є установою, що фінансується за державні кошти та кошти місцевої громади, а отже він має зважати на вимогу світськості. Ці аргументи, на мою думку, дозволяють говорити про відсутність порушення релігійної свободи актриси у даному випадку. Якщо внутрішні правила театру і трудовий контракт актриси

¹ Bratza N. The 'Precious Asset': Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights / N. Bratza // Ecclesiastical Law Journal. – 2012. – Vol. 14. – P. 261.

не передбачав можливості відмовитись від ролі через релігійні переконання, дисциплінарне провадження щодо неї було правомірним¹.

III. Баланс релігійної свободи і публічного порядку та громадської безпеки

Вже зазначалося, що українські суди при визначенні терміну «публічний порядок» часто посилаються на Сіракузькі принципи тлумачення обмежень і відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. Останні трактують публічний порядок як сукупність норм, що забезпечують життєдіяльність суспільства або як низку основоположних принципів, на яких побудовано суспільство. Повага до прав людини є складовою публічного порядку. Елементом публічного порядку є світськість Української держави (ст. 35 Конституції) і відмова від визнання будь-якої ідеології у суспільстві як обов'язкової (ст. 15 Конституції).

В українському законодавстві також використовуються близькі за значенням терміни «національна безпека» і «громадська безпека». Вони розуміються як стан захищеності інтересів людини, суспільства й держави від суспільно небезпечних діянь і негативного впливу у різних сферах суспільних відносин².

Українські суди стикаються з балансування релігійної свободи і публічного порядку та громадської безпеки у різних справах. У межах цієї статті я детальніше розгляну дві категорії таких справ: 1) справи щодо реєстрації релігійних організацій і об'єднань; 2) справи про хіджаб.

У лютому 2012 року Окружний адміністративний суд міста Києва розглянув справу за позовом релігійної громади «Церква саєнтології Києва» у Дарницькому районі міста Києва до Управління у справах релігії Київської міської державної адміністрації. Релігійна громада оскаржувала відмову у державній реєстрації. Відмова була мотивована проведеною Державним

¹ У свою чергу, прикладом непропорційного втручання у релігійну свободу працівника стали вимоги до зовнішнього вигляду працівника секретаріату Кабінету Міністрів України, затверджених наказом Міністра Кабінету Міністрів від 30.09.2010 р. № 155. У цих вимогах не рекомендувалося носити хрест поверх одягу, оскільки це «порушення традицій православного християнства». Ці вимоги не оскаржувалися до суду, не в останню чергу через незрозумілу природу згаданого наказу, який рекомендував, але не зобов'язував працівників до дотримання певного дрес-коду. Однак сам факт появи урядового документу, де надається перевага носінню хреста, прийнятому у православ'ї, є проявом прямої підтримки певної релігії з боку держави всупереч її світському характеру. Одночасно з цим мені не видається, що носіння релігійних символів працівником державного органу як таке є порушенням свободи релігії інших осіб чи вимоги релігійної нейтральності держави. Див. про це: Maclure J. Secularism and Freedom of Conscience / Maclure J., Ch. Taylor. – Cambridge, MS: Harvard University Press, 2011. – P. 42-48.

² Див.: ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки», ст. 1 Закону України «Про особливості забезпечення громадського порядку та громадської безпеки у зв'язку з підготовкою та проведенням футбольних матчів».

комітетом у справах національностей і релігії експертизою, в якій містились негативні оцінки діяльності Церкви саєнтології у світі. Зокрема, вказувалось на практику примусового збору пожертвувань у церкві, її негативний вплив на своїх adeptів, сама церква порівнювалась з комерційним культом, побудованим за принципом мережевого маркетингу.

Позов релігійної громади Церкви саєнтології було задоволено (постанова від 22.02.2012 р. № 2а-11740/11/2670). Суд зазначив, що висновки експертизи щодо діяльності Церкви Саєнтології стосуються саме материнської церкви, розташованої у США та її різних відділень по всьому світу. Статут релігійної громади «Церква Саєнтології Києва» у Дарницькому районі міста Києва не містить даних про зв'язки громади з материнською церквою чи підпорядкування їй. Жодних даних про порушення законодавства України саме позивачем або про невідповідність статуту позивача встановленим вимогам відповідач не надав. Тому, зробив висновок суд, відмова зареєструвати позивача як релігійну організацію є протиправною.

У травні 2014 року ВАСУ розглянув касаційну скаргу релігійної громади «Асоціація Святого Духа за об'єднання світового християнства¹ (у Оболонському районі м. Києва)» у справі про відмову релігійній громаді у реєстрації. Як і у випадку з Церквою Саєнтології, тут також йшлося про деструктивний Церкви Об'єднання і невідповідність статуту законодавству України. Рішеннями нижчих судів позов релігійної громади було залишено без задоволення.

ВАСУ підтримав позиції нижчих судів (ухвала від 29.05.2014 року у справі № К/9991/17105/12), акцентувавши увагу на трьох аргументах на користь такої позиції:

По-перше, ВАСУ вказав на те, що утворена релігійна громада складається з християн різних конфесій, хоча Закон України «Про свободу совісті і релігійні організації» дозволяє об'єднуватися у релігійні громади тільки громадянам однієї конфесії (стаття 8). У свою чергу реєстрація такої громади створила би небезпеку «некваліфікованої діяльності служителів церкви»;

По-друге, ВАСУ врахував скарги громадян на діяльність релігійної громади, що надходили до Управління у справах релігії Київської міської державної адміністрації;

По-третє, ВАСУ при викладенні обставин справи відмітив, що правилами Церкви Об'єднання (йдеться про материнську церкву) передбачено укладення

¹ Повна назва материнської церкви – «Асоціація Святого Духа за об'єднання світового християнства – Церква об'єднання».

шлюбу між адептами церкви з використанням спеціального шлюбного обряду і тільки за благословення лідера церкви Муна, що суперечить сімейному праву України, побудованому на принципі добровільної згоди на шлюб і неприпустимості свавільного втручання у сімейні відносини інших осіб (статті 5, 7, 24 Сімейного кодексу України).

Порівняльний аналіз цих двох справ, які закінчилися протилежними рішеннями, може бути корисним. І Церква Саєнтології, і Церква Об'єднання є новими релігійними рухами з доволі поганою репутацією. Існують країни в яких вони заборонені або їх діяльність обмежена (наприклад, у Киргизстані Церква Саєнтології зареєстрована як господарська організація). Отже, діяльність осередків цих церков або релігійних громад, що підтримують їх віровчення, гіпотетично може розглядатися державою як загроза публічному порядку і громадській безпеці, а так само і правам прихильників цих релігій та інших осіб, тобто наявна легітимна мета обмеження релігійної свободи. Слід дослідити, чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві.

Передусім зазначу, що з подальшого аналізу я виключаю аргумент про різну конфесійну приналежність віруючих, що об'єдналися в Асоціацію Святого Духа за об'єднання світового християнства (у Оболонському районі м. Києва). Мені здається, що ця вимога Закону України «Про свободу совісті і релігійної організації» не є пропорційною, оскільки держава тим самим оцінює законність релігії і втручається в автономію релігійної громади. Однак це питання саме законодавчого регулювання, а не правосуддя, адже суди у даному випадку слідують прямо встановленому законодавчому припису (щоправда, вони не позбавлені права звернутися з цього питання до Конституційного Суду України).

Те саме стосується «некваліфікованості» служителів церкви, бо не справа релігійно нейтральної держави оцінювати кваліфікацію тих, хто навчає вірі. Навіть у тих європейських країнах, де існує навчання релігії у державних школах і священики отримують за це за роботу платню від держави (наприклад, в Іспанії), визначення кваліфікації релігійного вчителя є питанням самої церкви, а не держави.

Оцінюючи ж інші ж аргументи судів, думаю, що відмова у реєстрації у такому випадку може вважатися непропорційним втручанням держави. Аргумент щодо деструктивного характеру материнських церков міг би зважуватися, якщо статuti передбачали би віросповідну, організаційну чи іншу підпорядкованість київських релігійних громад цим церквам, що з матеріалів справи не випливає. Аргумент про наявність скарг на діяльність релігійних

об'єднань має значення, якщо відбувся розгляд цих скарг, адже скарги можуть бути як обґрунтовані, так і безпідставні. Натомість, з постанови ВАСУ не вбачається, що за наслідками розгляду цих скарг було встановлено якісь правопорушення.

Окремо слід звернути увагу на аргумент щодо недобровільного шлюбу. Автономією релігійного об'єднання охоплюється і право мати власні етичні уявлення про людину, сім'ю, шлюб тощо. Ці уявлення можуть виливатися у певні релігійні практики укладення шлюбу (як вінчання у християнстві). Світська держава вправі не визнавати юридичних наслідків таких шлюбних церемоній і припиняти практики, в яких порушуються права особи (наприклад, особу змушують взяти шлюб). Однак право держави на підставі існування не реєструвати релігійне об'єднання є сумнівним. Урешті-решт, канонічне право християнських церков так само містить певні перепони для укладення шлюбу, однак навряд чи через це хтось поставить під сумнів правомірність державної реєстрації цих церков.

Тому в обох розглядуваних справах реєстраційний орган діяв непропорційно. Втручання у релігійну свободу не мало необхідного у демократичному суспільстві характеру.

Справи про носіння ісламськими жінками у публічних місцях хіджабу відбулися у багатьох країнах Європи. В Україні було декілька справ, за позовами мусульманок, які бажали фотографуватися на паспорт та водійське посвідчення у хіджабі, але отримали відмову від органів внутрішніх справ, які були вповноважені видавати паспорти і водійські посвідчення (оскаржувалися і самі відмови і нормативно-правовий акт, що став підставою для відмови). В усіх випадках позови були відкинуті (див.: ухвали ВАСУ від 12.11.2012 р. у справі № К/9991/49551/12, від 19.09.2013 р. у справі № К/9991/27492/11). Ці відмови ВАСУ мотивував тим, що зображення на фотокартці особи без головного убору обумовлено перш за все необхідністю відображення в документі максимальної кількості ідентифікаційних ознак громадянина. Окремо варто підкреслити, що аргументи світськості (як це було у справі ЄСПЛ «Лейла Сахін проти Туреччини»¹ чи у «affaire foulard» у Франції) у названих справах не наводились.

Втручання держави у релігійну свободу заявниць відбулося на підставі закону. Паспорт і водійське посвідчення є в Україні документами, що посвідчують особу. Положення про порядок видачі посвідчень водія та допуску громадян до керування транспортними засобами, затверджене постановою

¹ Application no. 44774/98, Lelya Şahin v. Turkey [GC], Judgment of 10 November 2005.

Кабінету Міністрів України від 20.05.2009 р. № 511, не містить спеціальних норм щодо фотографування, тому суди застосовують у цьому випадку правила фотографування на паспорт.¹ Застосування судами аналогії закону дозволяється статтею 9 Кодексу адміністративного судочинства України. Ці правила передбачають, що особа має фотографуватися без головного убору.

Відмова у фотографуванні у хіджабі мала легітимну мету. Можливість ідентифікації особи сприяє громадській безпеці і попередженню правопорушень. Тим самим ВАСУ балансував релігійну свободу і громадську безпеку і надав перевагу останній. При чому у справі № К/9991/27492/11 позивачка також вказувала на те, що коли їй виповнилося 16 років (вік отримання паспорту в Україні) вона отримала паспорт з фотокарткою у хіджабі.

Оцінюючи необхідність державного втручання, слід встановити значення фотографування для ідентифікації особи. Очевидно, що фотокартка є зручним, але не єдиним способом ідентифікації особи, особливо зараз, коли з'являється видача документів, що містять біометричні дані. Фотокартки у паспорт вклеюються з певною періодичністю (у 16, 25, 45 років), а водійське посвідчення видається на 30 років. У проміжках між вклеюванням фотокарток чи під час дії водійського посвідчення індивід може достатньо сильно змінитися. Він може погладшати чи схуднути, зазнати травму, відростити волоси чи змінити їх колір, відпустити бороду чи вуса тощо. Якщо керуватися логікою законодавця, це впливає на його ідентифікованість менше ніж фотографування у хіджабі, хоча насправді навпаки. Крім того, у низці мусульманських країн жінки фотографуються на документи у хіджабі, і немає даних, що це якимось чином впливає на безпеку.

Слід також згадати, що правила фотографування передбачають, що особи, які постійно носять окуляри, фотографуються в них. Це робиться для того, щоб фотографія якомога повно відповідала вигляду особи у повсякденному житті. Однак і жінки, які бажають фотографуватися, носять його завжди, однак вимушені знімати під час фотографування.

Ці доводи якщо не спростовують вказані вище рішення суду, то достатньо суттєво їх підважують. Я думаю, що суди у справах про платки мали б більш ретельно поставитись до питання балансування релігійної свободи і громадської безпеки у цих випадках. Натомість вони формально відкинули релігійний обов'язок мусульманських жінок носити хіджаб на підставі

¹ На момент розгляду вказаних справ діяли правила, затверджені наказом Міністра внутрішніх справ від 15.06.2006 р. № 600. Зараз діють правила, затверджені наказом Міністра від 13.04.2012 р. № 320. У частині фотографування ці правила є ідентичними.

неочевидної аксіоми про важливу роль фотографування без головного убору для ідентифікації особи.

Звичайно, як пише К. Гриневольт, юридична рівність вимагає, щоб «ставлення зі сторони закону, базові можливості у суспільстві і повага до індивідів не залежать від їх статі, раси, національного і етнічного походження, сексуальної орієнтації і релігії»¹. Однак, говорить Роджер Трігг, визнання рівності не тягне за собою однакове ставлення². Загальновідомим є випадок з сікхами у Великій Британії, яким було надано право не одягати захисний шолом для їзди на мотоциклі через їхню вимогу носити тюрбан. Хіба це не схожий випадок? Я думаю, що достатньо схожий.

IV. Проблеми балансування свободи релігії в умовах антитерористичної операції на Сході України

Узимку 2013 – 2014 років Україну охопили масові протести проти режиму президента Віктора Януковича (так званий «Євромайдан»). Ці протести переросли у повстання, яке закінчилося втечею Януковича до Росії і різким загостренням відносин України з цією державою. Під гаслами про «антиконституційний фашистський переворот в Україні» та потребу у захисті російськомовного населення відбулася анексія Російською Федерацією української автономної республіки Крим. Одночасно з цим за російської фінансової, організаційної і військової підтримки було розгорнуто сепаратистський рух у Донецький і Луганській областях України (регіон, що отримав історичну назву «Донбас»). За підтримки чи навіть прямого керівництва Кремля було проголошено так звані «народні республіки», на що український уряд відповів проведенням антитерористичної операції, яка фактично вже перетворилася на військову.³

Війна⁴ створює додаткові обмеження і загрози для прав людини. Йдеться і про загрозу непропорційного втручання держави у права людини на тлі

¹ Greenawalt K. Religion and equality // Christianity and human rights: an introduction / ed. by J. Witte, jr and F. S. Alexander. – Cambridge: Cambridge University Press, 2010. – P. 237.

² Trigg R. Equality, Freedom, and Religion. – Oxford: Oxford University Press, 2012. – P. 9.

³ Офіційно Москва заперечує будь-яку військову допомогу сепаратистам, і тим більше присутність російських військових підрозділів на Сході України, як, до речі, до цього заперечувала присутність російських військ у Криму, що згодом було визнано російським президентом Владимиром Путіним. Однак ці твердження ставляться під сумнів багатьма незалежними експертами. Зокрема, відомий американський історик Тімоті Снайдер прямо каже про Russian «invasion of Ukraine» (Snyder T. While Stalin was Hitler's Ally / T. Snyder // <http://evroforum.com/?p=1743>). Аналогічної думки дотримується і фахівець зі Східної Європи John Besemeres (Besemeres J. Russian disinformation and Western misconceptions / J. Besemeres // <http://insidestory.org.au/russian-disinformation-and-western-misconceptions>).

⁴ Я вважаю використання цього терміну вже є можливим, хоч цю війну зараз називають гібридною, такою що поєднує військове протистояння з інформаційним, економічним, фінансовим, політичним і геополітичним тощо.

військових подій, і про нездатність держави захистити права людей, що опинилися у зоні бойових дій. Щодо останнього, то Інститут релігійної свободи – неурядова правозахисна організація, що моніторить стан дотримання релігійних прав в Україні – повідомляє про факти залякування віруючих, що належать до релігійних меншин Донбасу, викрадення і примусове утримання протестантських і католицьких пасторів, закриття релігійних споруд та заборону релігійної діяльності тощо¹. Українська влада, яка не контролює ці території, не здатна забезпечити дотримання прав віруючих.

Щодо проблеми пропорційності обмеження релігійної свободи, слід зазначити, що судова практика у цій сфері на сьогодні не є значною. Правосуддя, особливо у кримінальних справах, може бути достатньо тривалим процесом, а отже повноцінний аналіз ще попереду. Зараз же я хочу розглянути два випадки конфлікту релігійної свободи з іншими цінностями, що прямо чи опосередковано пов'язані з війною на Сході України. Один випадок стосується кримінальної справи, яку нещодавно розглянув український суд. Другий випадок стосується адміністративного акту Київської міської ради, що має шанс бути оскарженим до адміністративного суду незабаром.

13 листопада 2014 року Новомосковський районний суд Дніпропетровської області ухвалив рішення у кримінальній справі № 183/6316/14 проти члена релігійної громади «Свідки Єгови», який був звинувачений в ухиленні від мобілізації до Збройних Сил України (стаття 336 Кримінального кодексу України). Він отримав повістку про мобілізацію до армії, однак звернувся з проханням про проходження альтернативної (невійськової) служби, посилаючись на свої релігійні переконання, у чому йому було відмовлено. Після цього стосовно вказаної особи була порушена кримінальна справа. Виправдовуючи підсудного, суд вказав, що право на альтернативну службу гарантовано Конституцією, заявник довів існування релігійних переконань, несумісних зі службою у збройних формуваннях, а отже склад злочину, передбаченого статтею 336 Кримінального кодексу України відсутній. 26 лютого 2015 року Апеляційний суд Дніпропетровської області відхилив апеляційну скаргу прокуратури і залишив рішення від 13.11.2014 р. у силі.

Ця справа є цікавою з точки зору пропорційності ще й тому, що законодавство України чітко гарантує право на альтернативну службу у мирний час (стаття 35 Конституції України, стаття 1 Закону України «Про військовий

¹ Див.: Васін М. Донбас і Крим: нові виклики для релігійної свободи / М. Васін // http://www.irf.in.ua/eng/index.php?option=com_content&view=article&id=424%3A1&catid=36%3Acom&Itemid=55.

обов'язок і військову службу»), однак не містить прямого припису про це у Законі України «Про мобілізаційну підготовку і мобілізацію».

Мобілізація, зумовлена необхідністю відновлення конституційного порядку, становить легітимну втручання у права людини. Однак призов осіб, чії щирі переконання не дозволяють службу зі зброєю в руках, а так само накладення на цих осіб кримінальних санкцій за ухилення від мобілізації не є необхідним у демократичному суспільстві. ЄСПЛ у низці справ, про які згадав Новомосковський районний суд Дніпропетровської області, наголосив, що несприйняття військової служби через релігійні переконання та інші погляди поширюються гарантії статті 9 ЄКПЛ. Притягнення його до кримінальної відповідальності за ухилення від призову є втручанням в свободу особи сповідувати свою релігію.

Проте у даному випадку суд мав би звернути увагу на ще одну обставину. ЄСПЛ вказує, що формулювання «відповідно до закону» у частині 2 статті 9 ЄКПЛ передбачає *inter alia*, що національне законодавство має бути достатньо передбачуваним у своєму формулюванні, аби надати особам належні вказівки щодо обстави і умов, за яких влада уповноважена застосовувати засоби, які зачіпають їхні права, гарантовані Конвенцією¹. Законодавство України, що містить суперечливе регулювання права на альтернативну службу, не відповідає критерію передбачуваності. Особа, яка належить до «Свідків Єгови», могла розумно розраховувати на дотримання свого права на альтернативну службу на підставі статті 35 Конституції, яка має найвищу юридичну силу і є актом прямої дії. Натомість їй було відмовлено у цьому праві з посиланням на Закон про мобілізацію. І вже це є підставою для визнання втручання держави у релігійну свободу непропорційним.

Друга справа, яка поки що лише може бути передана до суду, стосується оподаткування діяльності релігійних організацій. Законодавство України передбачає, що місцева влада може встановлювати для релігійних організацій пільги зі сплати земельного податку. 28 січня 2015 року депутати Київська міська рада запровадили вказану пільгу для усіх релігійних організацій, крім УПЦ МП². Під час ухвалення такого рішення окремі депутати не приховували, що це зумовлено канонічним зв'язком УПЦ МП з Російською православною церквою, підтримкою окремими священиками цієї церкви російської агресії у Криму та на Донбасі і т.п., хоча тональність закидів свідчила скоріше про особисту неприязнь, ніж про оперування реальними фактами. Київський мер

¹ Fernández Martínez v. Spain [GB], Judgment of 12 June 2014, para. 117.

² У березні 2015 р. аналогічне рішення ухвалила і Тернопільська міська рада.

Віталій Кличко зупинив це рішення і скерував на повторний розгляд Ради, про що повідомила прес-служба мера. Для повторного ухвалення такого рішення за нього мають проголосувати 2/3 від складу Київської міської ради. Якщо депутати це зроблять, то мерові і УПЦ МП залишиться звернення до адміністративного суду.

Яким має бути рішення суду? Я думаю, суд має скасувати рішення Київської міської ради як дискримінаційне. Якщо релігійна організація порушує права людини чи вимоги законодавства, то вона може бути ліквідована за рішенням суду (стаття 16 Закону України «Про свободу совісті і релігійні організації»). Якщо такі дії вчиняють священиками певної церкви, то вони можуть притягатися (залежно від характеру вчинку) до кримінальної чи адміністративної відповідальності. Скасування ж податкової пільги якійсь церкві, коли усі інші церкви та громади право на таку пільгу отримали, є прихованим способом покарати релігійну організацію, протиправний характер діяльності якої судом не встановлений, і обмежити віруючих в їх правах шляхом покладання на їхню церкву додаткового матеріального тягаря¹.

Навряд чи цей висновок є оригінальним, однак наведена історія з податковими пільгами є ще одним прикладом крихкості цінності світськості в українському суспільстві і політичній системі. Вже згадувалося, що в Одесі, де митрополит Агафангел з тієї ж церкви був впливовим політиком, місцева влада ексклюзивно допомагала православним будувати храми. У Києві, де на тлі війни посилюються антиросійські настрої, православна громада, яку пов'язують з традицією російського православ'я, зазнає дискримінації. Однак проблему становлять обидві ситуації, бо світська держава не має робити ні першого, ні другого.

Висновок

Суди є частиною того, суспільства, в якому вони діють. Це, звичайно, трюїзм, але він дозволяє прояснити, чому однакові правові інститути і процедури можуть мати дуже різний ефект у різних суспільствах². Українське суспільство має досить малий досвід світськості, що будується на взаємній автономії держави і релігії. Ані імперський, ані комуністичний періоди (попри

¹ При цьому відмова у допомозі (наприклад, фінансуванні) окремим релігійним організаціям можлива. Однак вона також має бути легітимною (наприклад, відмова через дискримінаційні практики певної релігії). Див. про це: Dworkin R. Religion without God / R. Dworkin. – Cambridge, MS: Harvard University Press, 2013. – P. 126, 136; Kent Greenawalt, Religion and Equality. – P. 250.

² Мартин Крігер блискуче пише про це на прикладі верховенства права. Див.: Krygier M. Why the Rule of Law is too important to be left to lawyers / M. Krygier // Prawo i Więź. – numer 2 (2). – zima 2012. – P. 34.

їх, на перший погляд, протилежність у питанні релігії) в історії українських земель такої світськості не передбачали. Радянська атеїстичність взагалі була формою альтернативного вірування зі своїм культом, святими і сакральними місцями.

Тому українському суспільству і сьогодні бракує відчуття реальної світськості. Десь воно схильне до державної підтримки релігії і поблажливо ставиться до ідеї церковної освіти у державних школах, десь навпаки надто радикально відкидає претензії віруючих на виключення із загальних правил (згадаємо справи з хіджабом). Це відбивається і на діяльності судів, що, як було показано вище, хитаються від захисту релігії (а не релігійної свободи) до оцінки законності релігійних вірувань. І в цьому ключ до розуміння, чому українські суди, сприймаючи ідею балансування прав, часто балансують релігійну свободу неправильно. Проблема не у надзвичайній релігійності українського соціуму чи навпаки його релігійній нечутливості, проблема саме у бракуванні світськості – рівноваги, яку має тримати акробат, про якого я згадував напочатку.

Зміцнення світськості виправлятиме ситуацію з балансуванням. Але, як відомо, це набагато більш складне завдання, ніж ухвалення нових законодавчих норм, що формально охороняють світськість, чи закріплення обов'язку суддів слідувати рішенням ЄСПЛ. Вирішення цього завдання ще попереду.

Список використаної літератури:

1. Application no. 10126/82, Plattform “ärzte für Das Leben” v. Austria, Judgment of 21 June 1988.
2. Application no. 13470/87, Otto-Preminger-Institute v. Austria, Judgment of 20 September 1994.
3. Application no. 1620/03, the Schüth v. Germany, Judgment of 23 September 2010.
4. Application no. 17419/90, Wingrove v. The United Kingdom, Judgment of 25 November 1996.
5. Application no. 2330/09, Sindicatul “Pastorul cel bun” v. Romania [GC], Judgement of 9 July 2013.
6. Application no. 30985/96, Hasan and Chaush v. Bulgaria [GB], Judgment of 26 October 2000.
7. Application no. 42571/98, I. A. v. Turkey, Judgment of 13 September of 2005.
8. Application no. 44774/98, Lelya Şahin v. Turkey [GC], Judgment of 10 November 2005.

9. Application no. 56030/07, Fernández Martínez v. Spain [GB], Judgment of 12 June 2014.

10. Application no. 77703/01, Svyato-Mykhaylivska parafiya v. Ukraine, Judgment of 14 June 2007.

11. Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida and others v. United Kingdom, Judgment of 15 January 2013.

12. Besemeres J. Russian disinformation and Western misconceptions / J. Besemeres // <http://insidestory.org.au/russian-disinformation-and-western-misconceptions>.

13. Bratza N. The 'Precious Asset': Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights / N. Bratza // Ecclesiastical Law Journal. – 2012. – Vol. 14. – P. 256-271.

14. Dworkin R. Religion without God / R. Dworkin. – Cambridge, MS: Harvard University Press, 2013. – 180 p.

15. Engel Ch. Law as a Precondition for Religious Freedom / Ch. Engel // Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. – 2011. – № 6 at: <http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2011_06online.pdf>.

16. Etherton T., sir. Religion, the Rule of Law and Discrimination / Sir T. Etherton // Ecclesiastical Law Journal. – 2015. – Vol. 15. – P. 265-282.

17. Ferrari S. Law and Religion in a Secular World: A European Perspective / S. Ferrari // Ecclesiastic Law Journal. – 2013. – Vol. 14. – P. 355-370

18. Greenawalt K. Religion and equality // Christianity and human rights: an introduction / ed. by J. Witte, jr and F. S. Alexander. – Cambridge: Cambridge University Press, 2010. – P. 236-252.

19. Krygier M. Why the Rule of Law is too important to be left to lawyers / M. Krygier // Prawo i Więż. – numer 2 (2). – zima 2012. – P. 30-52.

20. Letsas G. Is there a Right not to be Offended in one's Religious Beliefs? / G. Letsas // Law, State, Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas / Lorenzo Zucca and Camil Ungureanu (eds.). – Cambridge: Cambridge University Press, 2012. – P. 239-260.

21. Maclure J. Secularism and Freedom of Conscience / J. Maclure, Ch. Taylor. – Cambridge, MS: Harvard University Press, 2011. – P. 42-48.

22. McIvor M. Carnal Exhibitions: Material Religion and the European Court of Human Rights // Ecclesiastical Law Journal. – 2015. – Vol. 17. – P. 3-14.

23. Plokhly S. State politics and Religious Pluralism in Russia and Ukraine: Comparative Perspective // Protecting the Human Rights of Religious Minorities in

Eastern Europe / Peter G. Danchin and Elizabeth A. Cole (eds.). – New York: Columbia University Press, 2002, – P. 297-315.

24. Requête no. 425/03, Affaire Obst c. Allemagne, Arrêt 23 Septembre 2010, para. 51.

25. Snyder T. While Stalin was Hitler's Ally / T. Snyder // <http://evroforum.com/?p=1743>

26. The PACE Resolution «Tackling intolerance and discrimination in Europe with a special focus on Christians» № 2036 (2015) // <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21549&lang=en>.

27. Trigg R. Equality, Freedom, and Religion. – Oxford: Oxford University Press, 2012. – 186 p.

28. Zucca L. Law v. Religion / L. Zucca // Law, State, Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas / L. Zucca and C. Ungureanu (eds). Cambridge: Cambridge University Press, 2012. – P. 137-159.

29. Алексі Р. Розумність права [текст] / Р. Алексі // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 2. – С. 229-239.

30. Берлин И. Философия свободы [текст] / И. Берлин; пер. с англ. – М.: Новое литературное обозрение, 2014. – 537 с.

31. Васін М. Донбас і Крим: нові виклики для релігійної свободи / М. Васін // http://www.irf.ua/eng/index.php?option=com_content&view=article&id=424%3A1&catid=36%3Acom&Itemid=55.

32. Єленський В. Велике повернення: релігія у глобальній політиці та міжнародних відносинах кінця XX – початку XXI століття [текст] / В. Єленський. – Львів: Видавництво Українського католицького університету, 2013. – 504 с.

33. Манеро Х. Р. Два партикуляристських підходи до балансування конституційних принципів [текст] / Х. Р. Манеро // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 248-259.

34. Погребняк С. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) [текст] / С. Погребняк. – Х.: Право, 2008. – 240 с.

35. Хабермас Ю. Между натурализмом и религией. Философские статьи / Ю. Хабермас; пер. с нем. М. Б. Скуратова. – М.: Издательство «Весь мир», 2011. – 336 с.

У статті досліджується, як українські суди балансують релігійну свободу з іншими правовими цінностями (правами людини, публічним порядком, громадською безпекою). Показуються підходи українських загальних судів до

вирішення конфліктів між свободою релігії різних осіб, свободою релігії і свободою слова, а також трудовими правами. Балансування свободи релігії і публічного порядку та громадської безпеки показано на прикладі справ щодо реєстрації релігійних організацій і об'єднань, про хіджаб. Також приділяється увага проблемі захисту релігійної свободи в умовах війни на Сході України.

Проблеми з балансування релігійної свободи в українських судах зумовлені тим, що суди при ухваленні рішень не завжди дотримуються вимог світськості та релігійної нейтральності. При чому ці проблеми не є однорідними. В окремих випадках суди захищають певну релігію (а не свободу релігії осіб). В інших випадках суди демонструють радикальну світськість, залишаючись нечутливими до релігійних переконань. Ця специфіка юриспруденції українських судів на більш загальному рівні показує складнощі зі сприйняттям світськості українським суспільством у цілому. І саме це показує, що фундаментальною умовою встановлення судами належного балансу у релігійних відносинах є зміцнення світськості Українських держави і суспільства.

Ключові слова: пропорційність, балансування, релігійна свобода, права людини, публічний порядок, світськість.

В статье исследуется, как украинские суды балансируют религиозную свободу с другими правовыми ценностями (правами человека, публичным порядком, общественной безопасностью). Показываются подходы украинских судов общей юрисдикции к разрешению конфликтов между свободой религии различных лиц, свободой религии и свободой слова, а также трудовыми правами. Балансирование свободы религии и публичного порядка и общественной безопасности показано на примере дел о регистрации религиозных организаций и объединений и о хиджабе. Кроме того внимание уделено проблеме защиты религиозной свободы в условиях войны на Востоке Украины.

Проблемы с балансированием религиозной свободы в украинских судах обусловлены тем, что суды при принятии решений не всегда соблюдают требования светскости и религиозной нейтральности. Эти проблемы неоднородны. В ряде ситуаций суды защищают определенную религию (а не свободу религии индивидов). В других делах суды демонстрируют радикальную светскость, оставаясь нечувствительными к религиозным убеждениям. Это специфическая черта практики украинских судов в такого рода делах на более общем уровне показывает сложности с восприятием светскости, которые

испытывает украинское общество в целом. В связи с этим укрепление светскости Украинского государства и общества является фундаментальным основанием для установления судами справедливого баланса между конкурирующими ценностями в религиозных отношениях.

Ключевые слова: пропорциональность, балансирование, религиозная свобода, права человека, публичный порядок, светскость.

The paper investigates how Ukrainian courts balance religious freedom against other legal values (human rights, public order and safety). The author shows the approaches of Ukrainian courts to resolving conflicts between religious freedom of different persons, between freedom of religion and freedom of expression, and labor rights. Balancing freedom of religion against public order and safety is exemplified with the cases about state registration of religious organization and associations and the cases about Islamic headscarves. The attention is also paid to protection of religious freedom in the context of war in Eastern Ukraine.

Ukrainian courts do not always comply with the requirements of secularity and religious neutrality which causes problems with balancing religious freedom. These problems are not homogenous. In some cases courts protect a certain religion (rather than freedom of religion). In others courts manifest radical secularity remaining insensitive to religious convictions. This means that strengthening of secularity of the Ukrainian state and society is the essential prerequisite for courts adequately balancing in the sphere of religious freedom.

Key words: proportionality, balancing, religious freedom, human rights, public order, secularity.

ПРАВОВИЙ МОНІТОРИНГ: ТЕХНІКА ПРОГНОЗУВАННЯ

Онищук Ігор Ігорович

кандидат юридичних наук

в.о. доцента кафедри теорії та історії держави і права

Івано-Франківського університету права

імені Короля Данила Галицького



Постановка проблеми. Актуалізація теоретичних і прикладних аспектів правового прогнозування обумовлена його послідовним впровадженням у нормотворчу діяльність органів державної влади, в процес проведення правового моніторингу. Все це логічно призводить до необхідності наукової розробки питання техніки правового прогнозування. Наукове передбачення має стати основою політики держави взагалі та правової політики, зокрема.

На жаль, багато наукових розробок в сфері правового прогнозування виявилися незапитаними практикою сучасного законотворення. Розробки в галузі правового моніторингу ще не доведено до стадії практичних рекомендацій, а їх виконання не обов'язкове в правотворчому процесі. Крім того, нормативно не врегульоване питання науково-правової експертизи проектів нормативно-правових актів, зокрема прогнозна оцінка доцільності їх прийняття та соціальної ефективності.

Стан дослідження. Правовий моніторинг і, зокрема техніка прогнозування – нові явища в юридичній теорії та практиці. Тому науковці проявляють великий інтерес до дослідження його проблематики. Розробкою теоретичних і прикладних проблем даного явища, орієнтованих на створення впорядкованої системи засобів, способів і методики правового прогнозування займаються, зокрема Ю. Арзамасов, А. Гатилова, І. Закоморний, Ю. Тіхоміров, Н. Черногора. До когорти українських учених-дослідників прогнозування як складової правового моніторингу відносять В. Андріюка, Ю. Градову, О. Зайчука, В. Косович, О. Копиленка, В. Нагребельного та ін.

Мета наукової статті полягає у дослідженні питання техніки прогнозування як важливого елемента правового моніторингу та розкриття поняття, функції, правил застосування засобів, прийомів і способів правового прогнозування.

Виклад основних положень. Правознавцям вдалося досягти певних результатів в частині формування теоретичного знання про техніку прогнозування в процесі правового моніторингу. У меншій мірі можна говорити про успіхи в напрямку розробки та впровадження у практику державних органів елементів правового прогнозування.

Техніка правового прогнозування – складова правового моніторингу, система професійних юридичних правил, засобів, прийомів і методів планування прогностичної діяльності, отримання необхідної інформації, її фіксації, узагальнення, аналізу та оцінки, оформлення та оприлюднення, а також реалізація її результатів.

Подальше проведення теоретично-прикладних досліджень даного явища, оснащення суб'єктів юридичної діяльності науково-обґрунтованими рекомендаціями щодо складання правових прогнозів потребує розмежування техніки правового прогнозування і його методології. Розробка тільки методології правового прогнозування не дозволяє охопити всього обсягу проблематики, яка відноситься до даної теми і не може задовольнити повною мірою потреби практики нормотворення у масштабах держави [1, с. 13-24].

Прогнозування в загальнотеоретичному розумінні є процесом наукового передбачення, який характеризується специфічними ознаками та сконструйований на знанні закономірностей розвитку природи, суспільства, мислення. Дефініція прогнозування є, здебільшого, пізнавальною, академічною конструкцією, що пояснює це явище.

Правове прогнозування є різновидом юридичної діяльності та підпорядковане загальним закономірностям її функціонування. Це особливе духовно-матеріальне виробництво, яке необхідно відповідним чином організувати та спланувати. У цій сфері є необхідні виробники, споживачі тощо [2, с. 32].

Юридичне прогнозування – це важливий елемент правового моніторингу [3, с. 213].

Сучасна практика соціального прогнозування виділяє наступні найбільш актуальні проблеми:

- 1) *прогнозування входження України у світове економічне співтовариство, її місце і роль в процесі глобалізації;*
- 2) *прогнозування глобальних процесів, зокрема розвитку екологічних та демографічних ситуацій, глобальні економічні, екологічні та техногенні кризи і катастрофи;*

- 3) створення системи глобального управління прогнозування змін у державі й праві;
- 4) прогнозування тенденції розвитку міжнародного публічного права, значення міжнародних організацій (зокрема, ООН);
- 5) прогнозування зміни політичних режимів і шляхів розвитку держав під впливом тероризму;
- 6) прогнозування міжнародних та внутрішніх політичних конфліктів і війн тощо [4, с. 46].

Правове прогнозування – складна юридична діяльність, що складається з дослідження майбутнього стану державно-правових процесів, темпів їх перебігу та конкретних термінів їх здійснення. Проводиться систематично і безперервно спеціально створеними для цієї мети колективами висококваліфікованих фахівців (експертів) на основі принципових положень загальної теорії права, галузевих юридичних дисциплін, загальних положень соціальної прогностики. Правове прогнозування здійснюється з використанням системного підходу, моделювання, математичних, статистичних та інших методів, і, завершується науково обґрунтованим логічним висловлюванням про майбутній стан об'єкта дослідження – юридичним прогнозом [4, с. 46].

Техніці юридичного прогнозування притаманні такі риси:

- 1) являє собою частину соціального прогнозування як більш широкої сфери, що вивчається суспільними науками;
- 2) це форма пізнання майбутнього стану держави і права;
- 3) результат юридичного прогнозування – юридичний прогноз, об'єктивно має ймовірнісний і багатоваріантний характер;
- 4) оптимальний термін наукового передбачення при цьому виді прогнозування складає 15-20 років, тобто найближче майбутнє;
- 5) являє собою ланцюг міркувань (послідовних операцій), вихідним моментом яких є різні раніше встановлені наукові положення та емпіричні факти;
- 6) техніка правового прогнозування супроводжується перенесенням інформації про минулий та сучасний стан об'єкта на його можливий майбутній стан [4, с. 46].

На сьогодні питання визначення правових, економічних та організаційних засад моделювання і прогнозування суспільного розвитку України, окремих секторів і галузей економіки та окремих адміністративно-територіальних одиниць залишаються вкрай актуальними. Ще 23 березня 2000 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про державне прогнозування та розроблення

програм економічного й соціального розвитку України», з метою вирішення питань встановлення загального і побудованого на єдиних принципах порядку розроблення, затвердження та виконання вказаних прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку [5]. На думку В. Нагребельного, даний нормативно-правовий акт, на жаль, як показує практика, не виконує функцій законодавчого акта, що регламентує порядок державного прогнозування соціальних та економічних процесів [6, с. 19].

Об'єктами техніки прогнозування в процесі правового моніторингу є: *правова система; методи правового регулювання; принципи права; процес розвитку конкретних галузей права; розвиток юридичних інститутів, що входять до галузі, та окрема правова норма; розвиток юридичної науки; правові наслідки дефектів законів розвитку судової системи.*

Що стосується методів, то в техніці правового прогнозування в основному використовуються наступні розроблені й успішно апробовані соціальною прогностикою методи: *узагальненого сценарію опитування експертів; математичні; аналізу соціально-економічних і соціально-політичних чинників* [4, с. 46].

Так, до спеціальних технік в правовому прогнозуванні відносять:

- 1) *дослідження можливих варіантів розвитку прогнозованого об'єкта з метою визначення найбільш оптимального рішення;*
- 2) *проведення розрахунку позитивних і негативних наслідків вирішення проблеми по кожному з можливих варіантів;*
- 3) *прогнозування ефективності пропонованого рішення;*
- 4) *вивчення громадської думки;*
- 5) *перевірка пропонованого законодавчого рішення на корупційність, а також на повноту регулювання з метою недопущення прогалин у законі тощо* [2, с. 32].

В якості основного елемента техніки правового прогнозування виділяють «стратегічний компонент», зміст якого складають: мета, завдання, принципи правового прогнозування та плани його проведення. Ядро стратегії правового прогнозування складаються з визначення цілі, принципів і питань планування даної діяльності. Конструюється своєрідна модель державно-правових процесів і явищ, тому юридичне прогнозування розглядають також як один із способів моделювання [4, с. 47].

При аналізі процесу розвитку соціального прогнозування, а також процесу розвитку правового прогнозування представляється, що правове прогнозування йде в певних напрямках, а саме:

- 1) використання готових прогнозів, створених неюридичними науками;*
- 2) спільна розробка прогнозів юридичною та іншими науками;*
- 3) самостійна розробка юридичною наукою власних юридичних прогнозів* [4, с. 47].

Найважливішим завданням юридичного прогнозування залишається дослідження комплексу явищ і процесів, що відбуваються в державно-правовій практиці. У процесі цієї діяльності неминуче будуть з'являтися нові концепції про державне управління, сутність і структуру норм права, правотворчий процес тощо. Іншими словами, жодна велика державно-правова категорія і проблема не залишаться без уваги і кожна з них буде відчувати на собі вплив юридичної прогностичної інформації.

Техніка правового прогнозування охоплює такі види: 1) державно-відомче прогнозування; 2) правове прогнозування, яке своїм об'єктом дослідження вважає право; 3) кримінологічне прогнозування; 4) галузеве юридичне прогнозування; 5) локальне юридичне прогнозування; 6) прогноз індивідуальної поведінки в правовій сфері, що має особливий індивідуальний об'єкт; 7) прогнозування соціально-економічних та інших наслідків реалізації законопроекту; 8) прогнозування правових наслідків дефектів закону; 9) прогнозування наслідків порушення умов договорів; 10) прогнозування розвитку судової системи [4, с. 47-48].

Правовому прогнозуванню, в теоретичному плані, властивий ряд функцій, аналогічних функціям теорії права: *1) пізнавальна (гносеологічна); 2) теоретична; 3) практична; 4) напрямна; 5) попереджувальна* [7, с. 32].

Юридичний прогноз завжди спирається на поняття загальної концепції майбутнього, що характеризує стан економіки і політичної сфери, тобто глобальні тенденції розвитку. Дії та операції в техніці правового прогнозування відіграють неоднакову роль. Їх можна поділити на :

- *пізнавальні (правове прогнозування передбачає вивчення об'єкта прогнозування – системи законодавства, правозастосовної практики та ін.);*
- *аналітичні (дії, пов'язані з аналізом зібраної інформації, виявлених факторів і тенденцій у розвитку об'єкта прогнозування тощо);*
- *організаційно-комунікативні. Вони в свою чергу можуть бути поділені на власне комунікативні, організовані дії та операції з планування прогностичної діяльності, її координація, методичний супровід та ін.)* [2, с. 34].

Важливе місце в техніці правового прогнозування займають правила застосування засобів, прийомів і способів. За допомогою цих правил визначають послідовність етапів (стадій), здійснення певних дій та операцій.

Виділяють, наприклад, сім етапів: вихідний, підготовчий, робочий, верифікаційний, етап застосування шуканого результату прогнозування в правотворчості та правозастосуванні, композиційно-синтезуючий і науково-абстрактний етапи. Існують ще й інші точки зору щодо етапів правового прогнозування [8, с. 214-215].

Міжнародний досвід підтверджує ефективність техніки прогнозування в процесі правового моніторингу. Так, законотворення штату Мен (США) починається з того, що експерти комітетів і комісій вивчають тему, яку потрібно представити у вигляді доповіді. Складений звіт часто супроводжується прогнозуванням щодо проектів законів, які можуть забезпечити оптимальну модель врегулювання певного питання суспільних відносин. Звіти про дослідження опубліковуються і є доступними на сайті <http://www.state.me.us/legis/lawlib/pubns.htm>. Свої законодавчі прогнози та комплексне дослідження конкретних проблем можуть здійснювати різні громадські і приватні колективи держави та інших держав [9, с. 7-8].

В Інструкції з правотворчості Ради сенату США з питань законодавства наголошується на тому, що законопроект або поправка до законопроекту повинні бути добре організовані (рекомендовано використовувати короткі, прості речення, а не комплексні і складні, завжди використовувати теперішній час), а матеріали заносяться в систему правової інформації [10, с. 4].

Федеральним міністерством юстиції Німеччини рекомендовано заносити в систему правової інформації (Juris) тексти всіх чинних федеральних законів і постанов з метою запобігання небажаного дублювання нормативних приписів та єдиного вживання термінів і понять. Що й покращує прогностичну функцію правового моніторингу [11, с. 12].

Наведені вище окремі риси юридичного прогнозування дають уявлення про нього і його місце в загальній теорії права, тобто показують теоретичний аспект правового прогнозування. Всі ці риси детерміновані розвитком в теоретичному і практичному плані юридичного прогнозування та теорії права. Видається, що в міру подальшого розвитку і поглиблення теорії та практики юридичного прогнозування стане можливим виділення все нових і нових їх спільних рис і більш детальне пізнання сутності їх взаємодії.

Юридичне прогнозування, виступаючи в ролі принципу державного управління, настільки тісно пов'язане з іншими принципами державного управління, що жоден з них не можна визнати повним, якщо порушено зв'язок між ними. Серед принципів державного управління правове прогнозування виконує основну або допоміжну роль. Основну роль принцип правового

прогнозування виконує в системі функціональних принципів державного управління. Зовні це виражається в тому, що, керуючись прогностичною інформацією, можна правильно проектувати й програмувати управлінські процеси та приймати управлінські рішення.

В системі функцій державного управління прогнозування взаємопов'язане з функціями проектування, програмування та планування. Проектування являє собою попередню розробку певної ідеї, спрямованої в майбутнє і має ймовірний характер. Програмування – це короткий, науково сформульований виклад основних завдань, що стоять перед органами державного управління [7, с. 36].

Функції прогнозування і планування державного управління мають такі загальні риси: спрямованість у майбутнє, що створює основу для майбутніх дій; являють собою безперервний процес, що спонукає суб'єкта державного управління пристосовувати управлінські дії відповідно до мінливих факторів і ситуацій.

Суб'єктами реалізації функції прогнозування в сфері державного управління виступають, як правило, органи виконавчої влади. Наприклад, Міністерство внутрішніх справ розробляє довгострокові та оперативні прогнози розвитку криміногенної ситуації. З аналізу заходів щодо попередження злочинів і правопорушень видно, що проводиться комплексний аналіз і прогнозування оперативної обстановки, виявляються криміногенні чинники і забезпечується з їх урахуванням підготовка та проведення комплексних і цільових оперативно-профілактичних заходів (операцій) з попередження злочинів у найбільш криміналізованих галузях економіки [7, с. 37].

Орган державного управління забезпечує виконання функції прогнозування і не має права передоручати здійснення цієї функції іншим суб'єктам. Однак у процесі реалізації функції прогнозування орган державного управління цілком може залучати до її здійснення науково-дослідні інститути. Таке залучення принесе особливу користь у тому випадку, коли в апараті органу державного управління є прогностичний сектор (група, бюро), що входить до відділу планування, а тим більше – самостійний відділ прогнозування.

Правове прогнозування покликане відшукати шляхи і засоби досягнення цілей суспільства у правовій площині. В основі правового прогнозування лежить складніша ідея, ніж при перспективному. Адже якщо при перспективному прогнозуванні досить лише провести екстраполяцію в майбутнє тенденцій розвитку досліджуваного об'єкта, то від правового прогнозування вимагається здійснити вибір найкращого варіанту розвитку подій за наперед заданими критеріями. При цьому правовий прогноз будується

на базі інформації про загальні тенденції розвитку досліджуваного об'єкта, яка одержується з перспективного прогнозу [12].

Важливою вимогою методології юридичного прогнозування є визначення часових характеристик прогностичного дослідження та класифікація юридичних прогнозів в залежності від часового інтервалу, в основу якої покладена комплексна кількісна та якісна характеристика досліджуваного об'єкта державно-правової дійсності, що в поєднанні з типологією юридичних прогнозів за цільовим критерієм дозволить ефективніше формувати та застосовувати методологічний інструментарій правового прогнозування [13, с. 17].

Функції державного управління важливі для суб'єктів державного управління та зазвичай відображаються в компетенції органу управління, тобто в сукупності взаємопов'язаних прав і обов'язків.

Функція прогнозування в сфері державного управління, маючи в своїй сутності запровадження елемента майбутнього в чинну державну й правову систему, визначає особливості формулювання в нормативно-правових актах повноважень органів державного управління. Так, якщо орган державного управління повинен займатися питаннями дослідження, наприклад потреб, ресурсів тощо, а також можливостей їх змін і наслідків, то перспективне вивчення названих потреб і тенденцій передбачає не тільки формулювання повноважень, що використовуються в теперішньому для вивчення майбутнього, але і повноважень, які будуть реалізовуватися тільки в майбутньому.

Практичне використання прогностичного методу державного управління вимагає розвитку на відповідному рівні прогностичного мислення. Йдеться про інтелектуальний процес наукового вирішення перспективних проблем державного управління на базі прогностичної інформації. Про його наявність можна говорити, якщо працівники органу державного управління не тільки знають теорію і практику прогнозування та в стані оперувати прогностичними категоріями, але й можуть використовувати наявну прогностичну інформацію прийняття управлінських рішень.

Прогностичне мислення слід розуміти широко, тобто не зводити його зміст до здатності розробляти прогнози, а включати в нього здатність інтерпретувати прогностичну інформацію, формулювати на її основі концепцію, висувати завдання і приймати управлінські рішення [7, с. 39].

Після прогностичної оцінки наслідків реалізації нормативно-правових актів за допомогою інституту правового моніторингу доцільно: змінити чинні нормативно-правові акти; прийняти нові нормативно-правові акти; скорегувати

роботу державних органів; забезпечити більш широку суспільну підтримку; виділити додаткові ресурси. Така корекція дозволить підвищити якість нормативно-правових актів, ефективність державного, муніципального управління та економічної діяльності [14, с. 147].

Висновок. Подальший розвиток техніки прогнозування як складової юридичного моніторингу обумовлює необхідність прийняття галузевого Закону України «Про правове прогнозування», який покаже основні напрямки, цілі та зміст правового прогнозування та загальний порядок розробки прогнозів України в усіх сферах суспільних відносин, науки, культури тощо, а також доповнення частини чинних нормативно-правових актів відповідними розділами.

Наявність юридичного наукового прогнозу дозволить подолати суб'єктивізм авторів законопроекту, дасть можливість законодавцю оцінити весь комплекс наслідків прийняття законопроекту, знизить негативні наслідки від невдалих законодавчих рішень. Для цього необхідне директивне закріплення системи правил техніки правового прогнозування як при розробці перспективних планів розвитку законодавства, так і при розробці проектів нормативно-правових актів.

Список використаної літератури:

1. Иванюк О. И. Технология и техника правового прогнозирования / О. И. Иванюк, Г. Т. Чернобель // Юридическая техника : Учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / Под ред. Т. Я Хабриевой, Н. А. Власенко. – М. : Эксмо, 2009. – С. 13-24.
2. Гатилова А. С. К вопросу о технологии правового прогнозирования / А. С. Гатилова // Вестник ОГУ. – Оренбург. – 2012. – №3 (139). – С. 31-36.
3. Правовой мониторинг: актуальные проблемы теории и практики / Под ред. Н. Н. Черногора. – М. : Международный юридический института, 2010. – 232 с.
4. Закоморный И. В. Отдельные теоретические и практические аспекты юридического прогнозирования (часть 1) / И. В. Закоморный // Представительная власть – XXI век : законодательство, комментарии, проблемы. – М. – Вып. № 4 (58). – С. 45-48.
5. Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України : Закон України [від 23 березня 2000 р.] // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №25, ст. 195.

6. Нагребельний В. П. Прогнозування у законодавчій діяльності / В. П. Нагребельний // Держава і право. – 2009. – Вип. 45. – С. 13-20.
7. Закоморный И. В. Отдельные теоретические и практические аспекты юридического прогнозирования (часть 2) / И. В. Закоморный // Представительная власть – XXI век : законодательство, комментарии, проблемы. – М. – Вып. № 5 (59). – С. 32-39.
8. Радченко В. И. Прогнозирование развития законодательства и эффективности его применения в ходе проведения правового мониторинга / Правовой мониторинг : актуальные проблемы теории и практики / Под ред. Н. Н. Черногора. – М. : Изд_во Международного юрид. ин-та, 2010. – С. 213-232.
9. Maine legislative drafting manual / The auspices of the Legislative Council. – Maine, 2009. – 203 p.
10. Legislative drafting manual / Office of the Legislative Counsel USA Senate. – Washington DC, 1997. – 82 p.
11. Справочник по нормотворческой технике / Пер. с нем. – 2-е изд., перераб. – М. : Издательство БЕК, 2002. – 296 с.
12. Андріюк В. В. Методичні проблеми нормативного юридичного прогнозування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://radnuk.info/statti/249-tioriuua-gov/3470-2010-01-20-23-33-53.html>. – Загол. з екран.
13. Андріюк В. В. Теоретико-методологічні основи юридичного прогнозування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень / В. Андріюк. – К., 2007. – 23 с.
14. Тихомиров Ю. А. Последствия правовых актов: оценка и коррекция / Ю. А. Тихомиров // Вопросы государственного и муниципального управления. – 2010. – № 3. – С. 140-148.

Досліджено питання техніки прогнозування як важливого елемента правового моніторингу. Розкрито поняття, функції, правила застосування засобів, прийомів і способів правового прогнозування. Обґрунтовано, що правове прогнозування покликане відшукати шляхи та засоби досягнення цілей суспільства в правовій площині.

Ключові слова: *правовий моніторинг, правове прогнозування, техніка правового прогнозування, прогностичний метод, прогностичне мислення.*

Исследованы вопросы техники прогнозирования как важного элемента правового мониторинга. Раскрыто понятие, функции, правила применения средств, приемов и способов правового прогнозирования. Обосновано, что правовое прогнозирование призвано отыскать пути и средства достижения целей общества в правовой плоскости.

Ключевые слова: *правовой мониторинг, правовое прогнозирование, техника правового прогнозирования, прогностический метод, прогностическое мышление.*

It was studied the technique of forecasting as an important element of the legal monitoring. Revealed the concept, functions, rules for applying tools, techniques and methods of legal prediction. It is substantiated that the legal forecasting is to find ways and means to achieve the company objectives in the legal field.

Keywords: *legal monitoring, legal forecasting, legal forecasting technique, forecasting method, predictive thinking.*

ДЕРЖАВОТВОРЧІ НОВАЦІЇ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ 1918 Р.: ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЗАРУБІЖНИХ ТА ВІТЧИЗНЯНИХ ІСТОРИКІВ ПРАВА

Чубата Марина Валеріївна
*асистент кафедри історії держави та права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*



Історія державотворчих процесів в Українській Державі 1918 р. є найбільш контроверсійною темою доби Української революції 1917 – 1921 років. Це підтверджується неоднозначними оцінками цієї доби не одним поколінням правознавців, у тому числі й сучасних, на думку яких історія Української Держави, особливо діяльність П.Скоропадського, «zasлyговує на пильну увагу саме з точки зору його внеску в розбудову української державності» [1, с.89].

Процес осмислення успіхів та невдач у сфері державного будівництва гетьманської держави П.Скоропадського почався фактично після її падіння і, на наш погляд, відзначався зростання дослідницької активності як з боку прихильників гетьмана, так і його критиків. Тому, напевно, можна погодитись з твердженням Н.Єфремової, що «за роки незалежності України науковцями фактично з нуля було розпочато процес висвітлення конституційного будівництва Української Держави 1918 р.» [2, с.66]. Ми схилиємось до точки зору Я.Калакури, що новітня історія Гетьманату сформувалася на фундаменті, закладеному безпосередніми учасниками тих подій, і нараховує колосальну кількість різножанрових праць, які потребують історіографічного осмислення [3, с.69 – 70].

Одним з перших почав осмислювати законодавчу діяльність та державне будівництво періоду Української Держави Д.Долинський. У своїй монографії автор подає повні тексти гетьманської «Грамоти до всього Українського народу» і «Закони про тимчасовий державний устрій України», датовані 29 квітня 1918 р. На його думку, з прийняттям цих законодавчих актів «гетьманат став фактом dokonаним», «найвища влада, військова диктатура з всіма ознаками монархічної

влади опинилася в руках Павла Скоропадського, що назвав себе «гетьманом всієї України» [4, с.97 – 98].

Серію публікацій, присвячених Українській Державі 1918 р., оприлюднив М.Стахів. В одній з них дослідник називає «Закони про тимчасовий державний устрій України» тимчасовою конституцією [5, с.649]. Більш детальну характеристику законодавства та державотворення доби Гетьманату П.Скоропадського автор здійснив у монографії, безпосередньо присвяченій Українській Державі 1918 р. [6]. В розділах «Основні державні акти перевороту» та «Державний переворот чи чужа інтервенція?» він аналізує «Грамоту до всього Українського Народу» та «Закони про тимчасовий державний устрій України». Щодо «Законів...», то М.Стахів зазначає, що в дійсності вони є одним законом, бо весь їх текст має порядкові цифри статей і назви окремих розділів. На своє ж питання «Нова держава чи тільки новий режим після перевороту?» він відповідає, що «Грамота» та «Закони про тимчасовий державний устрій України» не звертаються проти форми цієї Держави – тобто не виступають проти української державності в формі Української Народної Республіки. В цих документах нема мови про заведення якоїсь нової форми держави, а навпаки, там іде виразно мова про те, що переворот діє виключно для рятування вже існуючої Держави» [6, с.30].

Щодо нової назви держави, то дослідник зазначає, що перші законодавчі акти П.Скоропадського, як і всі пізніші, не застосовують назву «Українська Народна Республіка», а «Українська Держава», проте він вважає, що «це не є нова якась законна назва, а просто технічна назва для такого суспільного твору, який називаємо державою, з додатком, що перед нами є іменно українська, а не якась інша держава» [6, с.30]. Для підтвердження цієї точки зору М.Стахів зазначає, що в інших законодавчих актах доби Гетьманату вживаються й інші назви держави: «Держава Українська», «Держава Наша», «Україна», «Українська Незалежна Самостійна Держава». [6, с.32 – 33]. Проте наголосимо, що переважна більшість правознавців все ж вважає, що назва «Українська Держава» була офіційною назвою гетьманської держави 1918 р. М.Стахів звертає увагу також на «тимчасовість, провізоричність» перших законодавчих актів Української Держави, підкреслюючи, що це зафіксовано не лише в назві «Законів...», а й в самому їх тексті: «Тимчасово до скликання сойму і відкриття його діяльності державний устрій України і порядок керування ґрунтується на оцих законах» [6, с.33].

Серед інших новацій в законодавчих актах Української Держави М.Стахів досліджує статус і компетенції очільника держави. Так, в підрозділі «Обсяг

влади нового режиму» автор зазначає, що «голова нового режиму, тимчасовий гетьман, перебрав у свої руки тимчасово всю повноту влади» [6, с.43], а також намагається з'ясувати сутність та особливості нового режиму. Щодо новацій, то М.Стахів переконаний, що «за режиму П.Скоропадського існувала даліше та сама держава, яку створила Українська Центральна Рада. Був тільки тоді змінений тимчасово режим Української Народної Республіки без зміни самої основної форми Української Держави» [6, с.46 – 47]. Дослідник наголошує, що в усьому масиві законодавчих актів Української Держави не прослідковується «тенденція до заведення в Україні не республіканського, а зокрема якогось монархістичного ладу» [6, с.33]. Полемізуючи з цього приводу з А.Яковлівим і С.Дністрянським М.Стахів наголошує, що «режим П.Скоропадського можна назвати монархією із соціологічного, але ніяк не з державно-правного становища» та констатує, що «нема ніякої підстави в будь-яких правних актах нового режиму для того, щоб його можна було уважати монархічним устроєм» [6, с.47 – 48]. У загальному висновку М.Стахів наголошує, що «режим Павла Скоропадського – це типова одноособова самозванча диктатура, яка повстала шляхом державного перевороту» [6, с.53].

Спеціальний розділ під назвою «Доба Гетьмана Павла Скоропадського» виокремив у своїй монографії з метою дослідження конституційного законодавства Української Держави 1918 р. К.Костів [7]. До цієї категорії законодавчих актів дослідник відніс три документи: «Грамоту» від 29 квітня 1918 р., «Закони про тимчасовий державний устрій України» та «Грамоту» від 14 листопада 1918 р. та подав їх повні тексти. «Грамоту до всього українського Народу» К.Костів називає «першим актом нового державного режиму України», причому зазначає, що цей документ прийнятий 24 квітня 1918 р. Помилковою є ще одна дата, адже дослідник вважає датою державного перевороту не 29 квітня, а 30 квітня 1918 р. [7, с.118]. Характеризуючи політично-державну якість «Грамоти», автор наголошує, що «ген. Скоропадський не тільки що не утворив нової монархічної держави на чолі з абсолютним монархом, але навіть ані жодним словом не натякав на таку концепцію. З днем перевороту продовжувалася дотеперішня Українська Народна Республіка...тільки зі зміненням новим державним режимом» [7, с.121]. Дослідник робить висновок, що «демократичний режим УНР був повалений і замінений у політично-державному розумінні на одноособову диктатуру», тимчасово, адже гетьман «заповів у «Грамоті» скликати державний український сейм, і тоді Українська Держава своєю формою могла б перейти з одноособової диктатури на

конституційну парламентарну монархію» [7, с.122]. Як бачимо, щодо оцінок даного документу, погляди К.Костіва перегукуються з поглядами М.Стахів.

Щодо «Законів про тимчасовий державний устрій України», то за оцінкою К.Костіва – «це тимчасовий статут нового режиму ген. П.Скоропадського, що заступав конституцію, яку мав схвалити майбутній сейм України. «Закони» передали в руки гетьмана всю законодавчу і виконавчу владу в Україні, як також верховну владу над українською армією та флотом» [7, с.128].

Завершується виклад матеріалу аналізом К.Костівим «Грамоти Павла Скоропадського про федерацію України з Росією» від 14 листопада 1918 р., яку, на думку дослідника, гетьман видав «всупереч суверенності Української Держави та всупереч своїм власним конституційним актам» [7, с.132]. Відразу зауважимо, що К.Костів застосовує надуману ним та спотворену назву документа, який в оригіналі називався «Грамота до всіх українських громадян і козаків України». Аналізуючи текст документа, дослідник констатує, що «П.Скоропадський започаткував другий державний переворот в Україні на федеральних принципах» та «з формально-правного погляду то були акти державного перевороту згори проти суверенності Української Держави» [7, с. 134 – 135]. Досить схожий висновок зробив з цього приводу М.Шкільник: «в дійсності Скоропадський посвятив всі свої сили і зусилля, щоб українську державу включити в нову російську імперію без ніяких застережень» [8, с.338]. Слід зазначити, що в історіографії є й інші точки зору, які ми охарактеризуємо дещо нижче.

На думку правознавця О.Юрченка, «новий режим мав характер військової диктатури, яка виявляла тенденції трансформуватись з бігом часу на конституційну монархію» [9, с.166]. Щодо «Грамоти» від 14 листопада 1918 р., то вчений наголошує, що в ній йшлося «про федеративний зв'язок із майбутньою несовітською Росією», «фактично Грамота Гетьмана внутрішній державно-політичний статус України, на момент її видання не змінювала, бо в силу її проголошення нова федеративна російська держава ще не постала, і її передбачені компоненти, а отже й Україна, жили окремим державним життям» [9, с.210]. Погоджуємось з О.Юрченком, що «Грамота» «виглядала як декларація, що не породжувала сама з себе жодних прав і зобов'язань ні для кого, а була лише виразом певних політичних тенденцій, свого роду програмою дальшої діяльності державної влади», більше того, «справа про знесення самостійності Української Держави й притуплення до майбутньої «всеросійської федерації» в раді міністрів не розглядалось і жодної ухвали щодо цього не виносилось» [9, с.214].

В історико-правовій літературі діаспори по-різному визначалась форма Української Держави та характер правління гетьмана П.Скоропадського. А.Яковлів визначав форму державного ладу часів Гетьманату, як монархію на чолі з абсолютним монархом [10, с.20]. Формою української монархії вважає інституцію гетьманства Б.Коваль [11, с.32]. На думку Л.Окіншевича, своєю формою гетьманська держава, яка заповідала скликання державного сойму, мала репрезентувати собою другий тип новітньої держави: парламентарну монархію [12, с.191]. Узагальнюючий висновок з цього приводу знаходимо в статті Д.Бондаренка, в якій він констатує, що в українській історіографії існує дві точки зору на форму правління в період Гетьманату: монархія і перехідна форма до президентської республіки та наголошує, що «на наше переконання остання точка зору відповідає дійсності» [13, с.33].

З відновленням незалежності України дослідження зазначених аспектів проблеми помітно активізувалось. Одними з перших до їх розробки долучились О.Копиленко та М.Копиленко. Аналізуючи «Грамоту до всього українського народу» від 29 квітня 1918 р. автори, зазначають, що «це гетьманський аналог універсалів Центральної Ради» [14, с.36]. Положення «Грамоти», що стосуються «порядку і закону» конкретизовані, на думку авторів, в «Законах про тимчасовий державний устрій України», які вони називають «гетьманською Конституцією». Що ж до самого характеру гетьманської влади, то вона, як стверджують дослідники, ознаменувала певний етап на шляху від парламентської до президентської республіки [14, с.36]. Зазначені ідеї О.Копиленко та М.Копиленко розвинули в іншій своїй публікації, в якій зазначається, що «на відміну від Центральної Ради, яка в процесі формування національної правової системи зіткнулася лише з проблемою російського законодавства, Українська Держава мала визначитись ще й із законодавчою спадщиною самої Центральної Ради» [15, с.54]. Дослідники наголошують, що гетьманська адміністрація, визнавши де-факто весь масив попереднього законодавства, пішла шляхом вибіркового скасування насамперед тих актів, що суперечили соціально-економічним і політичним засадам Української Держави.

Як бачимо, в сучасних дослідженнях досить високо оцінюється роль і значення двох перших законодавчих актів П.Скоропадського – вони називаються «інавгураційними актами» [16, с.186]. Проте, зовсім іншу оцінку цим законодавчим актам конституційного характеру Української Держави знаходимо в коментарях В.Крюкова, які передують публікації самих документів. На думку правознавця, ці акти «скасували прогресивні починання Центральної Ради» [17, с.45]. В той же час дослідник зазначає, що позитивним є саме

прагнення до впорядкування законодавчого процесу і законності як форм державного управління. Слід зазначити, що на відміну від К.Костіва, який серед актів конституційного характеру доби Української Держави виокремлює «Грамоту» від 29 квітня 1918 р., «Закони...» від 29 квітня 1918 р. та «Грамоту» від 14 листопада 1918 р., то В.Крюков замість останнього з названих документів, долучає до свого переліку «Тимчасовий закон про верховне управління державою на випадок смерті, тяжкої хвороби і перебування поза межами держави ясновельможного пана Гетьмана всієї України», а в коментарях до нього наголошує, що «саме прагнення створити законодавче забезпечення наступності вищої державної влади, нормативне визначення відповідного порядку й процедур заслуговує на увагу, адже ми цього необхідного правового механізму не маємо й донині» [17, с.44].

На законодавчо-правових основах утворення і розбудови Української Держави зосередив свою увагу Т.Андрусяк. «Грамоту» і «Закони...» від 29 квітня 1918 р. Т.Андрусяк називає «конституційними актами, які визначали правову основу Гетьманської Держави» та зазначає, що аналіз цих нормативних актів дає можливість правильно зрозуміти бачення творцями Квітневого чину, зокрема П.Скоропадським, перспектив розвитку української державності, і, на думку дослідника, не вина Гетьмана, а біда всього українського народу в тому, що більшість тодішніх лідерів українського політичного руху через своє засліплення соціалістичною ідеологією, яке потім призвело до втрати української державності та мільйонних жертв серед українського народу в період сімдесятирічного радянського експерименту, не змогли піднятися до розуміння необхідності консолідації всіх українських сил у боротьбі за власну державність [18, с.87 – 88].

Щодо новацій в правотворенні та державотворенні досліджуваної доби, то Т.Андрусяк наголошує, що Гетьман зробив спробу будувати Українську Державу силами всіх її громадян, незважаючи на їхнє соціальне та етнічне походження, а також констатує, що в конституційних актах Гетьманату знайшли своє закріплення такі фундаментальні правові положення, характерні для розвиненого, цивілізованого суспільства, як верховенство закону, його загальнообов'язковість, рівність усіх перед законом та визначалася процедура прийняття законів та вступлення їх в дію – ці, самоочевидні на сьогоднішній день речі, були значним досягненням у практиці державного будівництва в Україні, після століть бездержавного існування та класових підходів Центральної Ради [18, с.88 – 89].

Цей аспект проблеми ґрунтовно розглянуто О.Мироненком в його монографії про витоки українського революційного конституціоналізму [19]. Проголошення перших конституційних актів, що «практично виконували роль юридичної конституції Української Держави», на переконання О.Мироненка, пов'язане не тільки з П.Скоропадським, а й з генералом В.Гренером: у концептуально-ідеологічному плані гетьманські конституційні акти втілювали особливий різновид німецького уявного, дуалістичного конституціоналізму, який базувався на платформі досить майстерної еkleктики німецької політико-правової думки, теорій соціального конфлікту, раціоналізму М.Вебера, деяких польських консервативних мислителів [19, с.136 – 137]. Слід зазначити, що О.Мироненко подає цей аспект проблеми досить суперечливо, адже вже буквально на наступній сторінці своєї монографії він говорить не про німецький вплив, а, навпаки, про запозичення в «Законах...» з російського законодавства: «найменування розділів і їх послідовність дуже нагадують схему побудови і зміст Основних державних законів Російської імперії 1906 р.» [19, с.138].

Дискусійним в історико-правовій літературі є й питання щодо авторства гетьманської «Грамоти до всього українського народу» та щодо проросійської чи проросійської орієнтації її потенційного автора. Наприклад, М.Шкільник однозначно стверджує, що «уложив її москаль О.О.Палтов, правник і колишній дипломат російського уряду» [8, с.200], а О.Мироненко припускає, що «текст Грамоти, ймовірно, підготовлений довіреною особою гетьмана, керівником його канцелярії, діячем проросійської орієнтації О.Платовим» [19, с.137] (насправді, О.Мироненко припустився технічної помилки, назвавши О.Палтова О.Платовим – М.Ч.). На жаль, спогади П.Скоропадського однозначної відповіді на це питання не дають, хоча й вказують на причетність О.Палтова до підготовки «Грамоти». Іншими ж дослідниками це питання взагалі не піднімається, крім окремих фрагментів у дисертації Н.Єфремової, де вона припускає ймовірну причетність О.Палтова до розробки «Грамоти» та «Законів...» від 29 квітня 1918 р. [20, с.77 – 81].

Досить детально аналізує О.Мироненко віднайдені в архівах і до цього часу не опубліковані два конституційні проекти доби Української Держави. Один з них – власноруч виправлений гетьманом і віддрукований текст одного з варіантів Основних законів Російської імперії, з новою назвою «Проект Основних законів Української Держави». Цей проект гетьманської Конституції, як стверджує дослідник, передбачав, що Україна перетворюється на спадкову конституційну монархію на чолі з королем, а парламент, що іменувався Сеймом,

мав поділятися на дві палати – Генеральну раду (верхня) і Раду депутатів (нижня) [19, с.142 – 143].

Інший проект Конституції Української держави невідомого, на жаль, автора О.Мироненко схильний пов'язувати з С.Шелухіним. Дослідник зазначає, що цей документ дуже лаконічний, але більш демократичний, ніж попередній, влада в ньому поділялась досить чітко: вища законодавча (парламент), вища виконавча (Рада міністрів), вища судова (Генеральний суд), причому лише в одній статті згадувалось про Главу держави, без санкції якого закон не набирав чинності [19, с.146 – 148].

Нарешті, ще одним різновидом документів конституційної спрямованості за доби Гетьманату стали, як зазначає О.Мироненко, проекти законів про Український сейм та вибори до нього. За підрахунками дослідника у листопаді 1918 р. відбулося десять засідань комісії по розробці законопроектів, які планувалось винести на розгляд Ради міністрів 5 грудня 1919 р., причому вони були підготовлені своєчасно, але з відомих причин розгляду не відбулося [19, с. 148 – 149]. Цей аспект проблеми залишається недослідженим і, без сумніву, ґрунтовного вивчення та осмислення потребують не лише підготовлені законопроекти, а й матеріали роботи комісії під головуванням М.Василенка.

Продовжила дослідження проектів Конституції Української Держави 1918 р. Н.Єфремова. Дослідниця наголошує, що встановлення Гетьманату не можна вважати занепадом української державності, адже конституційна діяльність П.Скоропадського – це початок спроби відродження незалежної української державності з тимчасовим використанням диктатури та історичної національної самобутності українського народу. Дослідження Н.Єфремовою конституційних актів та проектів Конституції Української Держави дозволило їй зробити висновок, що з позицій розвитку української державності ці сім з половиною місяців можна охарактеризувати як період справжнього розвитку [20, с.173]. Щодо фактичного припинення гетьманського плану державного будівництва, то дисертантка зазначає, що це являє собою обірваний ланцюжок послідовних етапів складного процесу, де режим диктатури був лише початком нової політики, спрямованої на стабілізацію життя в державі [20, с.174]. Як бачимо, висновки дослідниці співзвучні з висновками Б.Ковалю, що «повстання проти Гетьмана на ділі було повстанням проти своєї держави» [11, с.33].

Конституційно-правовий аспект проблеми знайшов своє відображення у статті Н.Омельченко. Дослідниця зазначає, що незважаючи на врегульовану законом програму законодавчої діяльності доби Української Держави, «негативним фактором було те, що сила законів надавалась постановам,

розпорядженням та пояснювальним запискам міністрів» [21, с.75]. Аналізуючи дисертацію Н.Єфремової, авторка робить висновок, що «прихід до влади гетьмана Скоропадського поставив хрест на всіх законах Центральної Ради. Вони були скасовані» [21, с.74], до речі, подібну констатацію, що гетьман своєю «Грамотою» «розпускає Центральну Раду та скасовує все її законодавство» знаходимо і в інших авторів, наприклад у книзі З.Боярської [22, с.153]. Насправді, в дисертації Н.Єфремової знаходимо зовсім іншу констатацію: «Гетьманська адміністрація де-факто визнавала окремі закони ЦР. Переглянувши їх, нова влада скасувала лише ті, які суперечили політичним засадам Української Держави» [20, с.95]. Таку ж точку зору знаходимо і в інших історико-правових дослідженнях, наприклад, О.Копиленка та М.Копиленко: «гетьманська адміністрація, визнавши де-факто весь масив попереднього законодавства, пішла шляхом вибіркового скасування насамперед тих актів, що суперечили соціально-економічним і політичним засадам Української Держави» [15, с.54]. Таким чином, жоден із законодавчих актів Гетьманату не скасовував одномоментно попереднє законодавство. Більше того, досліджуючи це важливе питання ґрунтовніше, О.Копиленко та М.Копиленко в своїй монографії зазначають, що дія деяких актів припинялася лише в міру того, як приймалися відповідні закони Української Держави, наприклад, 1 липня 1918 р. гетьман затвердив Закон про українське громадянство, остання стаття якого скасовувала закон про громадянство, ухвалений Центральною Радою 2 – 4 березня того ж року [1, с.106].

Суперечливою є також загальна статистика щодо законодавства цієї доби. Так, Н.Омельченко вказує, що за час існування доби Гетьманату було прийнято близько 500 законів [21, с.75]. Таку ж точку зору підтримує і Т.Подковенко [23, с.94]. Про ухвалення «близько трьохсот законів» повідомляє у своїй монографії В.Малиновський [24, с.111]. Цифру 300 називає також і Є.Зінченко, причому його коментар, на наш погляд, заслуговує на увагу: «Аналіз установчих актів гетьманства – «Грамоти до всього українського народу», «Законів про тимчасовий державний устрій України», Закону про запровадження Сенату і ще близько трьохсот законів дозволяє вірити, що П.Скоропадський мав намір дійсно після наведення в країні порядку скликати Установчі збори для перетворення України в демократичну республіку» [25, с.11]. Нарешті, О.Копиленко, посилаючись на гетьманську «Грамоту до Українського народу» від 22 жовтня 1918 р., вказує, що за доби Гетьманату було видано понад 400 законодавчих актів [1, с.108]. Отже, цей аспект проблеми залишається малодослідженим, а видання зібрання законів Української Держави –

пріоритетною та нагальною справою. До речі, в літературі є матеріали щодо особистого внеску окремих державних діячів у розгортання законодавчих процесів в Українській Державі. Наприклад, доробок М.Василенка на терені урядової діяльності, за його власними підрахунками, налічував 72 закони та накази загальнодержавного значення і ще 35 законопроектів, що були представлені уряду й чекали своєї черги [26, с.133]. На жаль, цей аспект проблеми ще чекає своєї розробки та ґрунтового дослідження.

Серед найновіших публікацій, присвячених дослідженню ролі законодавства в розгортанні державотворчих процесів в Українській Державі 1918 р., варто виділити дослідження І.Мокіна. Автор зазначає, що на відміну від Центральної Ради, у перших нормативних актах Гетьманату втілено комплексний підхід до державного будівництва: одразу було визначено і конкретизовано основні положення, що стосувалися державної влади, прав і обов'язків громадян, законодавчої процедури, фінансової політики та судочинства [27, с.52]. Дослідник переконаний, що за менш складних умов, формація, подібна до Української Держави 1918 р., була б надзвичайно ефективною та констатує, що «активність, з якою розпочався державотворчий процес за гетьманату, вражає, а ті позитивні зміни, що відбулися протягом семи місяців, переконують – Україна дійсно мала шанс стати цивілізованою європейською країною» [27, с.52].

Таким чином, аналіз історико-правових досліджень свідчить, що за час осмислення проблеми відбувся перелом у відношенні до самого сприйняття Гетьманату та трактування науковцями правотворчих і державотворчих процесів в Українській Державі 1918 р.

Щодо новацій в правотворенні та державотворенні досліджуваної доби, то правознавці наголошують, що Гетьман зробив спробу будувати Українську Державу силами всіх її громадян, незважаючи на їхнє соціальне та етнічне походження, а також констатують, що в конституційних актах Гетьманату знайшли своє закріплення такі фундаментальні правові положення, характерні для розвиненого, цивілізованого суспільства, як верховенство закону, його загальнообов'язковість, рівність усіх перед законом та визначалася процедура прийняття законів та вступу їх в дію – ці, самоочевидні на сьогоднішній день речі, були значним досягненням у практиці державного будівництва в Україні, після століть бездержавного існування. В той же час, багато аспектів проблеми залишаються малодослідженими і потребують подальшого вивчення та узагальнення.

Список використаної літератури:

1. Копиленко О.Л., Копиленко М.Л. Держава і право України. 1917 – 1920 / Олександр Копиленко, Марія Копиленко. – К.: Либідь, 1997. – 208 с.
2. Єфремова Н.В. Нові погляди щодо оцінки проектів Конституції Української Держави доби П.Скоропадського / Наталія Єфремова // Революції в Україні у XX – XXI століттях: співзвуччя епох. – Одеса, 2005. – С. 66 – 73.
3. Калакура Я.С. Образ гетьманату в новітній історіографії / Ярослав Калакура // Гетьманат Павла Скоропадського: історія, постаті, контрверсії. – К.: Вид-во імені Олени Теліги, 2008. – С.69 – 77.
4. Долинський Д. Борба українського народу за волю і незалежність / Д. Долинський. – Вінніпег: Накладом «Руської книгарні», 1920. – 246 с.
5. Стахів М. Державний устрій Української Держави в 1917 – 20 рр. / Матвій Стахів // Енциклопедія Українознавства. Загальна частина. – Мюнхен – Нью-Йорк, 1949. – Т.ІІ. – С.647 – 650.
6. Стахів М. Гетьманський режим у 1918 р. та його державно-правна якість / Матвій Стахів. – Нью-Йорк; Скрантон, 1951. – 60 с.
7. Костів К. Конституційні акти відновленої Української держави 1917 – 1919 років і їхня політично-державна якість / Кость Костів. – Торонто, 1964. – 186 с.
8. Шкільник М. Україна у боротьбі за державність в 1917 – 1921 роках: Спомини і роздуми / Михайло Шкільник. – Торонто, 1971. – 366 с.
9. Юрченко О. Українсько-російські стосунки після 1917 р. в правному аспекті / Олександр Юрченко. – Мюнхен, 1971. – 402 с.
10. Яковлів А. Основи Конституції УНР. – Париж, 1935. – 63 с.
11. Коваль Б. Державним руслом Гетьманщини (Думки про республіку й монархію) / Богдан Коваль. – Торонто; Нью-Йорк, 1981. – 46 с.
12. Окіншевич Л. Вступ до науки про право і державу / Лев Окіншевич. – Мюнхен: УВУ, 1987. – 224 с.
13. Бондаренко Д.Я. До питання про легітимність влади і народний суверенітет в період Центральної Ради і Гетьманату / Д.Я. Бондаренко // Революції в Україні у XX – XXI століттях: співзвуччя епох. – Одеса, 2006. – С. 29 – 34.
14. Копиленко О., Копиленко М. Еволюція українського конституціоналізму (з досвіду конституційного будівництва УНР та Української гетьманської держави) / О. Копиленко, М. Копиленко // Право України. – 1992. – № 6. – С.36 – 42.

15. Копиленко О., Копиленко М. З досвіду законотворчості УНР та Української Держави / Олександр Копиленко, Марія Копиленко // Право України. – 1995. – №5 – 6. – С.52 – 55.

16. Нариси історії державної служби в Україні. – К.:Ніка-Центр,2008. – 536 с.

17. Конституційні акти України 1917 – 1920. Невідомі конституції України. – К.: Філософська і соціологічна думка, 1992. – 272 с.

18. Андрусяк Т. Правові основи Гетьманської Держави 1918 р. / Т.Г. Андрусяк // Останній гетьман. Ювілейний збірник пам'яті Павла Скоропадського (1873 – 1945). – К.: Академпрес, 1993. – С.83 – 93.

19. Мироненко О.М. Витоки українського революційного конституціоналізму 1917 – 1920 рр. Теоретико-методологічний аспект. Монографія / Олександр Мироненко. – К.: Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2002. – 260 с.

20. Єфремова Н.В. Розвиток конституційного законодавства в Україні (1917-1920): дис... канд. юрид. наук:12.00.01 / Наталя Володимирівна Єфремова; Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2002. – 187 с.

21. Омельченко Н.Л. Напрями та види законодавчої діяльності у період Центральної Ради, Гетьманату та Директорії: конституційно-правовий аспект / Наталія Омельченко // Часопис Київського університету права. – 2010. – №3. – С.72 – 77.

22. Боярська З.І. Історія держави і права України / З.І.Боярська. – К.: КНЕУ, 2001. – 280 с.

23. Подковенко Т. Система законодавства в Україні в 1917 – 1920 рр. / Тетяна Подковенко // Актуальні проблеми правознавства. Науковий збірник ЮІ ТАНГ. – Тернопіль, 2001. – Вип. 2. – С.91 – 95.

24. Малиновський В.Я. Державне управління. Навч. посібник / В.Я. Малиновський. – Луцьк: Вежа, 2000. – 558 с.

25. Зинченко Е.В. Республиканские традиции украинского конституционализма / Е.В. Зинченко // Українська державність: становлення, досвід, проблеми: Збірник наукових статей. – Х.: «Право», 2001. – С.10 – 11.

26. Вороненко В. В., Кістерська Л. Д., Матвєєва Л.В., Усенко І.Б. Микола Прокопович Василенко / В. В. Вороненко, Л. Д.Кістерська, Л.В. Матвєєва, І. Б. Усенко. – К.: Наукова думка, 1991. – 272 с.

27. Мокін І.С. Правове життя в Україні доби визвольних змагань 1917 – 1921 рр. / І.С. Мокін // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – Одеса, 2013. – №5. – С.50 – 53.

У статті здійснено історіографічний огляд наукового доробку зарубіжних та вітчизняних істориків права, присвяченого законодавству у сфері державного будівництва Української Держави гетьмана П.Скоропадського. Особливу увагу звернено на дискусійні та малодосліджені питання, а також виокремлено аспекти проблеми, які потребують переосмислення, узагальнення та більш ґрунтовного дослідження.

Ключові слова: законодавство, Гетьманат П.Скоропадського, Українська Держава 1918 р., державне будівництво, історики права, історіографія.

В статье осуществлен историографический обзор научных работ зарубежных и отечественных историков права, посвященных законодательству в сфере государственного строительства Украинской Державы гетмана П.Скоропадского. Особое внимание обращено на дискуссионные и малоисследованные вопросы, а также выделено аспекты проблемы, которые нуждаются в переосмыслении, обобщении и более глубоком изучении.

Ключевые слова: законодательство, Гетманат П.Скоропадского, Украинская Держава 1918 г., государственное строительство, историки права, историография.

In the article a historiographical analyzes of Ukrainian and foreign law historians' scientific achievements devoted to the statebuilding law of P. Skoropadsky's Ukrainian State. Special attention is paid to the disputable and less studied questions. Certain aspects of the problem which need to be reassessed, generalized and more carefully studied are pointed out.

Key words: laws, P. Skoropadsky's Hetmanate, Ukrainian State of 1918, state building, law historians, historiography.

ФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ЗАСАД ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ В XVIII - НА ПОЧ. XX СТ.

Лотюк Ольга Степанівна

кандидат юридичних наук

доцент кафедри конституційного права

Київського національного університету імені Т. Шевченка



Однією з ключових проблем розбудови гармонійного громадянського суспільства в Україні є використання відповідного історичного вітчизняного теоретико-методологічного, правотворчого та правозастосовного потенціалу для потреб і реалій сьогодення. У першу чергу, йдеться про наукову та законодавчу спадщину утвердження та розбудови конституційних основ громадянського суспільства в Україні в XVIII- на поч. XX ст.

Ідея розбудови і функціонування громадянського суспільства набула свого сучасного сенсу в епоху Відродження, коли первинні інституту громадянського суспільства прорізали паростками соціальної самостійності наскрізь усю товщу феодальної формації Західної та Центральної Європи та, подолавши простір, отримали свій розвиток у Північноамериканських колоніях. Витоки цієї ідеї можна знайти в науковій спадщині таких мислителів, як Т. Аквінський, Ж. Боден, Г. Гроцій, Дж. Локк, Н. Макіавеллі, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, А. Дайсі, Т. Пейн та інших.

Сформовані ними уявлення про конституціоналізм невдовзі були витребувані під час буржуазно-демократичних революцій в Європі і війн за незалежність на Американському континенті. Ідеї конституціоналізму як то обмеження абсолютної влади правителя, верховенство народного суверенітету, непорушність і невідчужуваність природних прав людини, подільність влади на законодавчу, виконавчу та судову, виборність і підконтрольність законодавчої влади та ін. втілювалися в перших конституціях і конституційних актах, які юридично оформили перемогу революцій і національно-визвольних змагань та утвердили конституційні засади розвитку і функціонування громадянського суспільства, а також легітимні форми і методи його впливу на державу.

Важливий вплив на розвиток сучасних уявлень про сутність і зміст конституційних засад громадянського суспільства в Україні, про роль держави у

сприянні розвитку громадянського суспільства та його інститутів до сьогодні відіграє розвиток вітчизняної конституційно-правової думки та досвід конституційного правотворення в т.з. «дорадянський» період. Його просторово-хронологічні рамки охоплюють територію сучасної України, яка у різні часи входила до складу Австро-Угорської, Російської та Оттоманської імперій, а пізніше – також до складу Польщі та Румунії, після відродження національної державності за наслідками І світової війни, та започатковується з відомої Конституції П. Орлика 1710 року й сягає доби національно-визвольних змагань часів УНР, Гетьманату та Директорії в першій чверті ХХ ст.

На наше переконання, прогресивні ідеї щодо формування громадянського суспільства були започатковані іще в Конституції Пилипа Орлика 1710 р. Ця відома пам'ятка вітчизняної конституційно-правової думки мала автентичну назву «Пункти й конституції законів та вольностей Війська Запорозького між ясновельможним паном Пилипом Орликом, новообраним Гетьманом Війська Запорозького, та між старшиною, полковниками, а також названим Військом Запорозьким, прийняті публічною ухвалою обох сторін і підтверджені на вільних виборах встановленою присягою названим ясновельможним гетьманом, року Божого 1710, квітня п'ятого дня у Бендерах», або ж «Бендерські конституції 1710 р.». Пункти були укладені вихованцем Києво-Могилянської академії Пилипом Орликом і козацькою старшиною у вигнанні. У їх підготовці, за свідченням українських вчених, також брали участь відомі представники тогочасних військових кіл і духовенства Андрій Войнаровський, Григорій Герцик, Кость Гордієнко та ін. [5, с. 103].

Зазначимо, що Конституція Пилипа Орлика 1710 р. була написана пізніше таких пам'яток англо-саксонського конституціоналізму як Велика хартія вольностей (Magna Charta Libertatum) 1215 р. чи Конституційний договір біля берегу Код 1629 р. Водночас, вона побачила світ раніше перших європейських конституцій Польщі та Франції 1791 року. Можна погодитися з автором передмови до одного з перших в Україні перевидань «Конституції Гетьманської держави» С. Головатого, що ця Конституція стала природною суспільною рефлексією українського народу, який «віками обстоював на кривавій арені світової історії саму ідею «прав і вольностей» людської особистості» [3, с. 4].

Видається, що ідея створення Конституції Пилипа Орлика 1710 року ґрунтувалася на прагненні легітимізувати тогочасну Козацьку Державу не на основі держави в межах традиційних кордонів, а на основі козацької громади – праобразу сучасного дієвого громадянського суспільства.

Щодо останнього твердження, то слід прийняти до уваги думку В. Федоренка про те, що Конституція гетьмана Пилипа Орлика 1710 року так і не була втілена на практиці, оскільки в державі, формально утвореній за Прутським (1711 р.) та турецько-українським (1711–1712 рр.) договорами й яка проіснувала до 1714 року, присутність козацтва була фрагментарною і лише у формі військових експедицій. Натомість інші українські вчені вважають цей важливий політико-правовий документ чинною Конституцією Правобережної України у 1711–1714 рр. [8, с. 9-10].

На нашу думку, Конституція Пилипа Орлика 1710 року досягла поставленої її авторами цілі – легітимації міжнародної правосуб'єктності Козацької Держави, що втілювала інтереси тогочасної козацької громади. Про це свідчить і увага до постаті та конституційних доробків Гетьмана Пилипа Орлика та його сина Григіра Орлика при монарших дворах держав Західної Європи.

Залишаючи поза межами цього дослідження питання першості Конституції Пилипа Орлика 1710 року серед інших конституцій країн Європи і світу, відзначимо значний потенціал цього конституційного документу для утвердження та розвитку громадянського суспільства, природних прав людини і громади, а також елементів демократії участі на засадах т.з. «козацької демократії». Так, у пункті VI згаданої Конституції її автор розмірковує: «Якщо в незалежних державах дотримуються похвального і корисного для публічної рівноваги порядку, а саме – і під час війни, і в умовах миру збирати приватні й публічні влади, обмірковуючи спільне благо батьківщини, на яких і незалежні володарі у присутності його Величності не відмовлялися підкорити свою думку спільному рішення урядовців і радників, то чому б вільній нації не дотримуватися такого ж прекрасного порядку? Він існував у Війську Запорозькому у давні часи за старим правом вольностей, стосуючись гетьманату» [2, с. 16].

Апелюючи до позитивних європейських практик взаємодії суверенів з громадами (навіть, чи прикладом для гетьмана П. Орлика служила деспотична Російська імперія), а також до природних прав козацької громади щодо обрання гетьмана та козацької старшини і контролю за їх діяльності, автор Конституції обґрунтовує власне бачення перспективної моделі формування тогочасного громадянського суспільства в Україні. У першу чергу, П. Орлик звертається до відродження козацьких традицій виборності гетьманів і козацької старшини; запровадження постійно діючих козацьких рад, що представлятимуть інтереси козаків, а також їх дружин і дітей, та збиратимуться три рази на рік – на Різдво

Христове, на Великдень і на Покрову Найблагодословеннішої Богоматері. І, «коли Ясновельможний Гетьман запропонує публічній раді щось на обміркування, тоді усі без винятку муситимуть з чистим сумлінням, відкинувши свої й чужі приватні інтереси, без нечесливої заздрості і жадоби помсти, прийняти правильне рішення, виконання якого не зашкодить Гетьманській честі, не стане публічним тягарем для батьківщини, її розоренням – чого хай не станеться – чи бідною» [2, с. 17].

До того ж, Конституція 1710 року покладала на Гетьмана обов'язок дбати про громаду та її пересічних членів, забезпечувати їх соціальний захист. Так, у пункті X Конституції установлюється, що саме гетьман «повинен пильно дбати про те, щоб на рядовий і простий народ не покладали надмірних тягарів, утисків і надмірних вимог, бо підштовхнуті ними (люди), залишивши свої домівки, відходять, як правило, до чужих країв за межі рідної землі, аби полегшити подібні тягарі і шукати життя кращого, спокійнішого і легшого» [2, с. 19].

Також відзначимо, що запровадження інституту полкових підскарбіїв на місцях, яких обирали як козаки, так і «простий люд», засвідчує прагнення авторів Конституції гетьмана Пилипа Орлика 1710 року скасувати станову диференціацію, властиву тогочасному феодальному українському суспільству, та запровадити елементи загального виборчого права. Велика надія покладалась на розвиток в Україні ідей Магдебурзького права та укріплення споконвічних традицій місцевого самоврядування.

Загальновідомо, що Конституція Пилипа Орлика 1710 р., в силу нереалізованості прагнень українців до національної державності, не змогла повною мірою реалізувати свій потенціал щодо утвердження Української держави і гармонійно розвиненого суспільства. Водночас, закладені в ній конституційні основи розвитку громадянського суспільства отримали свій розвиток у конституційній правотворчій і правозастосовній практиці доби національно-визвольних змагань 1917-1921 рр., а також після проголошення незалежності України в 1991 році. Таким чином, саме Конституція Пилипа Орлика 1710 року започаткувала засадничі основи розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні.

За браком національної державності й можливості зреалізувати конституційні ідеї розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні, дискурс щодо особистості, суспільства та держави у їх взаємозв'язку, а також щодо приватних і публічних інтересів перетікає з правотворчої в наукову площину. Ідеї розбудови національної державності на повазі до людини і

громади стають предметом дослідження багатьох відомих вітчизняних мислителів XVIII-XIX ст.

Так, гуманоцентричні ідеї, актуальні для тогочасного громадянського суспільства в Україні, що загалом ототожнювалося з громадою, були обґрунтовані відомим далеко за межами України філософом Г. Сковородою (1722-1794 рр.). Саме людина, її внутрішній світ та духовність складали, на думку мислителя, основу тогочасної громади. Найбільш відомим для сучасників є його вчення про дві натури (видиму – матеріальний світ, та невидиму – духовний світ) і три світи (мікросом – людина, макросом – Всесвіт, Біблія – світ символів та ідей). Вітчизняні дослідники політико-правової думки Г. Сковороди відзначають, що вдосконалення суспільства, на переконання філософа, було можливим лише через удосконалення кожного його індивідуума, а не навпаки, оскільки “людина сама божественна, сама для себе безодня, джерело, сонце” [6, с. 59].

Разом із тим, Г. Сковорода, обґрунтовуючи ідеї моральної, духовної незалежності і свободи особистості, вважав, що людина не може бути щасливою та самодостатньою поза громадським життям. Щастя людини він пов’язував, у першу чергу, з вмінням поєднувати суб’єктивні інтереси з загальними інтересами громади. Саме в громаді та громадськості Г. Сковорода вбачав те благодатне середовище, що необхідне людині для реалізації її духовних початків на суспільно корисні справи.

Годі шукати в численних творах Г. Сковороди, якого «світ ловив, але не піймав» згадки про конституцію. Більш важливими для розбудови конституційних засад громадянського суспільства в Україні є погляди Г. Сковороди щодо первинності людини для громади, а не навпаки. Очевидно, слід рахуватися й із особистим досвідом мислителя, який доводить, що людина може бути виключно корисною для громадськості не лише своєю участю в «загальних справах», а й ідеями, концепціями та теоріями про цінність людини і громади для держави.

Філософія людиноцентризму та самовідданого служіння громаді отримала свого подальшого розвитку в роботах інших українських мислителів. У першу чергу, слід згадати роботи І. Котляревського (1769–1838 рр.) «Історії русів» та В. Капніста (1758–1823 рр.) «Оди на рабство». У них обґрунтовувалася велич ідеї природних прав людини на вільне існування та особистий розвиток, а також природне право України на автономне, а в перспективі й самостійне існування, вихід із під Російського царату та налагодження взаємин з Прусією, іншими прогресивними на той час державами Західної Європи. А в 1828 році

львівський професор права П. Лодій (1764–1829 рр.) видав свою роботу «Теорія (трактат) загальних прав, що містить у собі філософські вчення про природне загальне державне право» [1, с. 28-42], в якій відстоювалися позиції природного державного права.

Що ж єднає зазначені та інші праці українських мислителів цього часу? Аналіз цих робіт дозволяє виділити декілька спільних трендів розвитку тогочасної філософської та правової думки. По-перше, апелювання до давніх традицій поваги до людини і народоправства, притаманних українцям споконвічно. На думку Г. Сковороди, І. Котляревського, В. Капніста, П. Лодія та інших ці традиції обґрунтовують природні права людини і громади в Україні, засвідчують право української громади на створення власної держави. По-друге, роботи зазначених мислителів проникнуті повагою до прав людини на життя та свободу, творчий розвиток, самостійну громадянську позицію тощо. При цьому, обстоювалася первинність людини щодо громади. Водночас, і по-третє, буття людини поза громадою вбачається українськими мислителями таким, що позбавлене сенсу. Натомість, служіння громаді є важливим елементом громадянської свідомості, а сама громада – предтечею і праобразом національної держави.

Як відомо, українська конституційно-правова думка середини ХІХ ст. ознаменувалася діяльністю Кирило-Мефодіївського товариства (1845–1847 рр.), яке стало колыскою для цілої плеяди видатних філософів-просвітників та літераторів і митців, серед яких найвідомішими нині є постаті Г. Андрузького, В. Білозерського, М. Драгоманова, М. Гулака, М. Костомарова, П. Куліша, О. Навроцького, І. Посяда, Л. України, Т. Шевченка та ін. Зокрема, численні літературні твори Т. Шевченка та Л. України формували світоглядні основи самобутнього громадянського суспільства України. Вони закликали до ліквідації самодержавно-кріпосного ладу, проголошення демократичної республіки, встановлення народовладдя та широкого самоуправління, панування права забезпечення рівності всіх громадян. Ці наріжні положення політико-правової спадщини Т. Шевченка та Л. України розглядалися в поєднанні їх з ідеями національного визволення.

У середовищі Кирило-Мефодіївців також зріли думки про значний потенціал української громади і про необхідність його використання в національних інтересах. Невдовзі ці думки трансформувалися в перші українські конституційні проекти. Зокрема, члени Кирило-Мефодіївського товариства розробили кілька конституційних проектів, заснованих на ідеях

панславізма. Включаючи й проект, що передбачав створення Конституції Слов'янських Сполучених Штатів.

Заслугує на увагу конституційно-правова спадщина Г. Андрузького в царині унормування конституційних засад розвитку громадянського суспільства в Україні, викладена цим вихованцем Київського університету в його відомих «Начерках Конституції». Із поміж іншого, Г. Андрузький присвятив окремий підрозділ своїх начерків саме общині. В останній він вбачав основу державності, певний ідеал громадянського суспільства, раціональну альтернативу для державної влади.

Саме за общиною Г. Андрузький залишав остання слово при вирішенні найважливіших справ у державі. Зокрема, він писав: «Якщо у правлінні відбулося непорозуміння або неузгодженість, то справа потрапляє в управління общини, яке має безпосереднє ведення над всіма справами» [7, с. 44]. Разом із тим, погляди Г. Андрузького на самоврядну общину «безродних» мали ідеалістичний характер, про що свідчить навіть стиль викладення «Начерків Конституції», в яких нескладно побачити аналогії з загальновідомим «Містом Сонця» Т. Мора.

Значний вплив на формування світоглядних принципів формування та функціонування громадянського суспільства в Україні мали й наукові доробки М. Костомарова, який побачив «у народів, в масах, в його “внутрішній історії” ту духовну силу, яка спроможна рухати поступ» [4, с. 48]. Розкриваючи особливості народу України, М. Костомаров наголошував на індивідуалізмі, глибокій духовності та набожності українців, а також на їх прагненні до свободи та народоправства, ненависті до самодержавства та будь-якої сваволі державної влади щодо людини і громади. М. Костомаров також не уявляв особистість поза соціальною активністю, поза громадськими асоціаціями і спільнотами.

У книзі “Буття українського народу”, яка визнається сучасниками як програмний документ Кирило-Мефодіївського братства, М. Костомаров стверджував: “Уряд, порядок і правління повинні бути на землі: так Бог постановив, і єсть то власть, і власть та од Бога, але урядник і правитель повинні підлягати закону” [4, с. 241]. Тобто, М. Костомаров вбачав бажаним і необхідним для розвитку громади і держави підпорядкування публічної влади праву. Можна передбачити, що тим самим закладалися підвалини верховенства права та громадського контролю за діяльністю органів публічної влади.

У продовження зазначеного М. Костомаровим також обстоювалася ідея рівності всіх перед законом, верховенства природного права над позитивними

законами держави, ідея перебудови суспільства на засадах справедливості, рівності, свободи, братства. У своїй праці «Дві руські народності» вчений пише про те, що «громада – це добровільне товариство людей: хто хоче - належить до громади, а не хоче - виходить з неї» [4, с. 250]. На наше переконання, виявлені вченим якості розвитку і функціонування громадської спільноти є визначальними засадами добровільності буття громадянського суспільства. Власне, за авторством М. Костомарова маємо первинні ідеї громадівської теорії місцевого самоврядування в Україні. Нині т.з. «громадівська теорія» місцевого самоврядування, закріплена в Конституції України, набуває нового значення в контексті реформи територіальної організації публічної влади на засадах децентралізації.

Фундатором національної конституційної думки, творцем першого конституційного проекту, що наближався до тогочасних європейських зразків конституціоналізму та передбачав проведення конституційної реформи в Російській імперії на засадах децентралізації, став один із ключових ідеологів Старої громади у Києві, М. Драгоманов (1814–1895 рр.). Йому належить авторство відомої вітчизняної пам'ятки конституційно-правової думки «Проект основ Статуту українського товариства «Вольный Союз – Вільна спілка», яка користувалася значною популярністю серед української інтелігенції, в тому числі й за кордоном. Щодо останнього, то така популярність Проекту М. Драгоманова серед українства є пояснюваною, з огляду на його заклик до об'єднання в «Вольный Союз – Вільну спілку» «засновувати свої відділки в українських колоніях» [7, с. 53].

Унікаючи системної характеристики «Проекту основ Статуту українського товариства «Вольный Союз – Вільна спілка», відзначимо, що цей документ започатковується частиною першою «Про цілі суспільства». Окрім основоположних прав і політичних свобод людини, цей Проект запроваджує таку важливу перманентну властивість суспільства, як спроможність здійснення ним самоуправління – а) місцевого (общинне, волосне, уїзне, обласне (М. Драгоманов пропонував визначити в Російській імперії 8 областей)) і б) державне. При цьому, відповідне самоуправління, на переконання М. Драгоманова, «має представлятися сходами, чи обраними зібраннями, перед якими мають бути відповідальні всі посадові особи, окрім суддів, стан яких має бути визначеним окремо» [7, с. 54].

Наведені підходи М. Драгоманова щодо конституційних засад розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні ґрунтувалися, з одного боку, на національних традиціях народоправства, а з іншого – на позитивному

досвіді конституційного державотворення Північноамериканських колоній, а пізніше і США. Подібна «вестенізована» модель розбудови самоврядного суспільства для України була доволі популярною серед вітчизняних правників у ХІХ ст. Хоча, її реалізація, за умови відсутності в Україні на той час національної державності, була нездійсненою.

Пізніше послідовниками конституційних ідей М. Драгоманова виявили себе І. Франко, В. Сокольський, М. Ковалевський, В. Липинський, М. Грушевський, С. Шелухін та інші українські мислителі. Свої проекти конституційних реформ в Україні також запропонували професор С. Дністрянський і харківський адвокат М. Міхновський. Їх відповідні напрацювання не одноразово ставали предметом ґрунтовних наукових досліджень.

З 1917 року процес утвердження громадянського суспільства на теренах України набув свого нового сенсу. Вперше за майже 300-літню історію від часу прийняття Конституції Пилипа Орлика, Україна отримала шанс на буття громадянського суспільства в межах національної держави і права.

Як відомо, у першій чверті ХХ ст. конституційні засади розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні отримали своє унормування в конституційних актах доби національно-визвольних змагань 1917-1921 рр. Завершення І світової війни та новий світовий порядок, утверджений Версальським мирним договором, ознаменувався крахом чотирьох світових імперій – Російської, Австро-Угорської, Німецької та Оттоманської та утвердженням і відновленням національної державності таких країн як Болгарія, Естонія, Польща, Румунія, Сербія, Угорщина та ін. У цей час Україна також намагалася скористатись історичним шансом для утвердження національної державності та розвитку громадянського суспільства нового типу.

На зміну протестному за своєю сутністю громадянському суспільству, що розвивалося в умовах тривалого поневолення українців, мало постати нове громадянське суспільство, об'єднане ідеєю творення національної державності та захисту своїх здобутків у державному будівництві від зовнішнього ворогу, найголовнішим з яких традиційно постала Росія зі своїми імперськими амбіціями.

Як відомо, революційні події у Росії сприяли активізації національно-визвольного руху на Україні, консолідували розрізнене, але єдине у своєму прагненні до розбудови національної держави громадянське суспільство та призвели до заснування 3 березня 1917 р. Центральна Рада України. В основу

діяльності останньої було покладено Універсали Центральної Ради, закони та Конституція УНР 1918 р.

Універсали не були конституційними актами за своїм змістом і формою. Їх положення мали переважно декларативний, а не нормативний характер, які містили положення про організацію Української держави та її статус. Перший Універсал від 10 червня 1917 р. був зверненням до українського народу до організації розбудови української національно-територіальної автономії у складі Росії і декларував прагнення утворити шляхом виборів Українських Установчих зборів. Другий Універсал УЦР від 3 липня 1917 р. обнародував поступки Тимчасового уряду щодо автономії України.

Після Жовтневого перевороту в Росії Українська ЦР видала Третій універсал від 7 листопада 1917 р. в якому висловлювалася стурбованість України за свою подальшу долю. Відповідно до цього Універсалу, Україна отримувала назву Української Народної Республіки у складі федеративної Російської республіки. III Універсал скасовував приватну власність на поміщицькі, удільні, монастирські, церковні та кабінетні землі і проголошував їх власністю всього трудового народу, запроваджував ряд політичних та соціально-економічних свобод, а також визначав 27 грудня днем виборів Українських Установчих зборів. Тим самим закладалися підвалини постімперського громадянського суспільства в Україні, основою якого стало визнання широкого кола прав і свобод громадян, а також усіх форм приватної власності. Хоча, тогочасна українська влада не оминула й можливості реквізиції «нетрудових господарств» і «удільних, монастирських, кабінетських і церковних земель» [7, с. 74].

Четвертий Універсал від 9 січня 1918 р. констатував знесення України чотирма роками війни та діями більшовицького війська. Універсал проголошував Україну самостійною, ні від кого не залежною, вільною, суверенною державою українського народу, яка хоче жити у мирі та злагоді з усіма сусідами. Поряд з констатуванням значних збитків України від I світової війни, Четвертий універсал запроваджував такі важливі інститути громадянського суспільства, як «державно-народний контроль за всіма банками», «підтвердження всіх демократичних свобод», «визнання національно-персональної автономії всіх народів на території України» [7, с. 78] тощо.

На останньому засіданні Центральної Ради 29 квітня 1918 р. було розглянуто і ухвалено «Статут про державний устрій, права і вольности УНР», більш відомий в історії права як «Конституція УНР 1918 року» Але ця

Конституція не була в належний спосіб прийнята та оприлюднена і не набрала юридичної сили, оскільки через декілька годин після її прийняття УЦР була розігнана німецькими окупаційними військами. Тому Конституцію УНР 1918 р. можна вважати важливим історико-правовим документом доби Центральної Ради.

«Статут про державний устрій, права і вольности УНР» за своїм змістом і формою відповідав тогочасним європейським і американським конституційним актам і, одночасно, відображала особливості національного державотворення, унормовував дієві засади розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні, визнаючи його багато національність, багатоконфесійність і багатомовність. Конституція УНР закріплювала принципи народного суверенітету та його суверенне право на владу, поділу влад, парламентаризму, єдиного громадянства; декларувала основні права та свободи людини і громадянина; визначала конституційно-правовий статус органів влади УНР тощо. Разом із тим, спеціального розділу чи послідовної групи статей про розвиток і функціонування громадянського суспільства в Україні Конституція УНР 1918 р. не закріпила.

29 квітня 1918 р. у Києві зібрався Хліборобський конгрес у складі 6432 представників від 8 українських губерній. Присутні висловили незадоволення діяльністю УЦР і постановили відродити Українську державу в історичній формі гетьманату. Гетьманом був обраний П. Скоропадський. Цей підхід власне і визначив ідеологію розвитку громадянського суспільства в Україні за часів Гетьманату.

У «Законах про тимчасовий державний устрій України», виданих 29 квітня 1918 р. Цей акт, подібно актам УНР, мав програмно-регулятивний характер і закріплював широкі владні повноваження гетьмана, який до обрання на майбутнє Сейму України, фактично був обраним монархом. Закони приділяли значну увагу правам і обов'язкам громадян, хоча в умовах війни більшість із них залишалися фікцією. Що ж до громадянського суспільства, то прагнучи «відродити козацькі традиції», Гетьман П. Скоропадський фактично поновлює його станову структуру, виокремлюючи двох суб'єктів прав і обов'язків козаків і громадян. Хоча, стаття 22 Законів П. Скоропадського визнавала за українськими козаками і громадянами право «гуртувати громади і спілки в метах не противних законам» [2, с. 51]. Утім, зреалізувати це право «козаки і громадяни» в повній мірі не змогли, насамперед, через нетривале існування самого Гетьманату.

Після зречення Гетьмана П. Скоропадського влади 14 грудня 1918 р. було встановлено владу Директорії УНР. Найбільш відомим актом конституційного характеру, виданим Директорією стала Груднева декларація Директорії (1918 р.), в якій декларувалося повне знищення Гетьманщини у всіх її проявах та побудову якісно нової української держави робітників та селян.

Відзначимо, що в цей час створювалися досить цікаві конституційні проекти. Зокрема, слід згадати про проект Правительственной комісії по виробленню Конституції Української держави «Основний державний закон Української Народної Республіки», артикули якого установлювали принципи гендерної рівності (артикул 15), а також право громадян «засновувати спілки та товариства, як і скликати збори, що не перечать карним законам і публічному безпеченству» [7, с. 97, 101].

Не менш цікавими були й ідеї приватного «Проекту Конституції основ державних законів УНР» професора Київського університету Отто Ейхельмана. Зокрема, у цьому Проекті О. Ейхельман відроджував громадівські погляди М. Драгоманова про державну як спільноту громад. Але ці проекти так і не були прийняті в силу історичних обставин.

Адже навіть закони Директорії про тимчасове верховне управління та порядок законодавства в УНР та про Державну Раду УНР були затверджені напередодні падіння Директорії. В силу історичних подій, жодне з конституційних положень Директорії не було реалізованим – 15 листопада 1919 р. Директорія передала владу С. Петлюрі.

Після падіння Директорії УНР та встановлення в Україні радянської влади, в конституційному праві України розпочинається новий, радянський етап, що мав свої здобутки і прорахунки. Але, в контексті цієї публікації затвердження Всеукраїнським з'їздом Рад 10 березня 1919 р. та прийняття у кінцевій редакції ВУЦВК 14 березня 1919 р. Конституції УСРР стало, по суті, завершенням спроб унормування конституційних засад розвитку та функціонування громадянського суспільства в період національно-визвольних змагань першої чверті минулого століття.

Які ж історичні уроки слід винести сучасній Україні з досвіду розбудови громадянського суспільства в XVIII – на поч. XX ст.? У найбільш загальному вигляді, їх можна звести до того, що: по-перше, громадянське суспільство є рушійною силою національного державотворення, а сама держава може розцінюватися з позицій громадівської теорії М. Драгоманова та його послідовників як співтовариство громад. Ігнорування потенціалу громадянського суспільства є згубним для української державності, насамперед,

з огляду на постійний зовнішній деструктивний вплив Росії на українську державність та її інститути; по-друге, особливістю громадянського суспільства в Україні є його багатонаціональність, багатоконфесійність, багатомовність і ідеологічний плюралізм. Ці чинники мають використовуватися в суспільстві та державі як рушій суспільного прогресу, а саме громадянське суспільство має розвиватися та функціонувати на засадах поваги до різних поглядів, різних інтересів, різних віросповідань і рівних мов; по-третє, держава є продуктом розвитку громадянського суспільства та приречене знаходити шляхи взаємодії з останнім. Спроби «приручення» державою громадянського суспільства, а тим більше його ігнорування ведуть до політичної корупції та корозії державності.

Список використаної літератури:

1. Антологія української юридичної думки. В 10 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. Том 4 Конституційне (державне) право / Упорядники В. Ф. Погорілко, О. В. Батанов, В. Л. Федоренко; відп. ред. В. Ф. Погорілко. – К.: Вид. Дім “Юридична книга”, 2003. – 600 с.
2. Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність (до 15-річчя Конституції України і 20-ї річниці незалежності України) [Текст] / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького ; упоряд. : І. О. Кресіна, О.В. Батанов; відп. ред. Ю. С. Шемшученко. - К. : Видавництво «Юридична думка», 2011. – 328 с.
3. Конституція Української Гетьманської Держави ; передм. С. Головатий; перекл. М. Трофимчук, О. Купрієвич, М. Дольницька. – Львів-К. : Вид-во «Право», 1997. – 160 с.
4. Огородник І. В., Огородник В. В. Історія філософської думки в Україні. Курс лекцій: навч. посіб. – К.: Вища шк.: Т-во “Знання”, КОО, 1999. – 543с.
5. Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України: підруч. / За заг. ред. проф. В. Л. Федоренка. – 4-вид., перероб. і доопр. – К.: Видавництво «Ліра-К», 2012. – С. 576.
6. Сіренко В. Ф. Громадянське суспільство в Україні: проблеми становлення / В. Ф. Сіренко, В. І. Тимошенко, Т. І. Ковальчук, Н. М. Онищенко, В. В. Головченко / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. – К. : Логос, 1997. – 124с.
7. Слюсаренко А.Г. Історія Української конституції / А.Г. Слюсаренко, М.В. Томенко. – К. : Т-во «Знання», 1993. – 192 с.

8. Федоренко В. Л. Конституція гетьмана Пилипа Орлика 1710 року: 300 років досвіду українського конституціоналізму / В. Л. Федоренко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 3. – С. 6–11.

Стаття присвячена виявленню витоків утвердження громадянського суспільства в Україні та закріпленню його основ у перших вітчизняних конституційних актах і їх проектах. Також аналізуються погляди українських мислителів XVIII – поч. XX ст. на сутність і зміст розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні, та їх вплив на конституційне правотворення.

Наголошується, що конституційні основи громадянського суспільства в Україні, яке отримало своє первинне втілення в козацьких громадах, уперше були унормовані в Конституції Пилипа Орлика 1710 р. Досліджуються погляди авторів цієї Конституції на козацькі ради, громадський контроль за діяльністю гетьмана та соціальний захист і збереження козацької громади. Аналізуються засади розвитку і функціонування громадянського суспільства в Україні, затверджені в конституційно-правових актах доби національно-визвольних змагань 1917-1921 років.

Ключові слова: громадянське суспільство, конституціоналізм, конституція, конституційно-правові засади громадянського суспільства, Конституція Пилипа Орлика 1710 р., універсали Центральної Ради.

Статья посвящена выявлению истоков учреждения гражданского общества в Украине и закреплению его основ в первых отечественных конституционных актах и их проектах. Также анализируются взгляды украинских мыслителей XVIII – нач. XX в. на сущность и содержание развития и функционального гражданского общества в Украине, и их влияние на конституционное правотворчество.

Акцентируется внимание на том, что конституционные основания гражданского общества в Украине, получивши свое первичное воплощение в козацеских общинах, впервые были унормированны в Конституции Пылыпa Орлика 1710 г. Исследуются взгляды авторов этой Конституции на козацеские советы, общественный контроль за деятельностью гетьмана и социальную защиту и сохранение козачьей общины. Анализируются основы развития и функционирования гражданского общества в Украине, учрежденные в конституционно-правовых актов эпохи національно-освободительной борьбы 1917-1921 годов.

Ключевые слова: гражданское общество, конституционализм, конституция, конституционно-правовые основы гражданского общества, Конституции Пылып Орлика 1710 г., универсалы Центральной Рады.

The article is devoted to revealing the origins of assertion of the civil society in Ukraine and to fixation of its foundations in the first national constitutional acts and drafts. The views of Ukrainian thinkers of XVIII – beginning of XX centuries about the nature and content of the development and functioning of civil society in Ukraine, and their impact on the constitutional lawmaking are analyzed.

It is noted that the constitutional foundations of the civil society in Ukraine, which had its original incarnation in the Cossacks' communities were first normalized the Pylyp Orlyk Constitution of 1710. The views of the authors of the the Pylyp Orlyk Constitution on Cossack council, public control over the activities of the Hetman and social protection and preservation of the Cossacks' community are researched. The principles of development and functioning of the civil society in Ukraine, approved by the constitutional and legal acts of the era of national liberation movement of 1917-1921 are analyzed.

Keywords: civil society, constitutionalism, constitution, constitutional and legal principles of the civil society, the Pylyp Orlyk Constitution of 1710, universals of the Central Council.

ПОНЯТТЯ ІНТЕРЕСУ В СІМ'Ї ТА У СІМЕЙНИХ ВІДНОСИНАХ: ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Дякович Мирослава Михайлівна

кандидат юридичних наук

доцент кафедри цивільного права і процесу

Львівського національного університету імені Івана Франка



Сімейні правовідносини – це, як зазначено у Сімейному кодексі України (ст. 2), особисті немайнові та майнові права і обов'язки між членами сім'ї, які врегульовані нормами права. Сім'я в цілому не є суб'єктом права. У відносинах сім'ї, суспільства та держави необхідно враховувати, що держава може нормативно регулювати відносини між членами сім'ї лише у тій частині, у якій це є допустимим і можливим з точки зору інтересів їх учасників та інтересів суспільства (ч. 3 ст. 7 СК України).

На нашу думку, законодавець характеризує сімейні відносини з позиції публічного інтересу (інтересу держави і суспільства) у правовій регламентації відносин між членами сім'ї.

Поняття «публічний інтерес» широко обговорюється у науковій літературі. Основним питанням, яке породжує дискусії навколо такого здавалося б вже дослідженого поняття є співвідношення публічного та приватного інтересу.

На нашу думку, співвідношення публічних та приватних інтересів не є постійним, оскільки залежить як від таких глобальних чинників як баланс політичних сил, державний устрій, міра свободи громадян, так і від внутрішніх суспільних процесів, а саме існування певних соціальних груп та підгруп всередині суспільства. У контексті нашого дослідження можна визначити таку соціальну групу як сім'я, яка може включати підгрупи - діти, подружжя, непрацездатні члени сім'ї тощо.

«Publicum» перекладається з латинського як «такий, що призначений для всіх». У сучасних тлумачних словниках поняття «публіка» та «публічний» часто подаються у якості синонімів до «суспільство» та «суспільний». Якщо виходити з правової природи походження суспільства та держави, то держава як похідна організація є виразником інтересів суспільства, яке власне і наділило її всіма повноваженнями. Проте виникнення суспільного інтересу як такого недостатньо для забезпечення його реалізації та захисту. Для того, щоб інтерес міг бути реалізованим необхідно перенести його у поле правового регулювання, що у свою чергу забезпечується створеним державою правовим механізмом

офіційного визнання та, відповідно, охорони і захисту. Отже, публічний інтерес – це визнані державою суспільні інтереси, закріплені у нормах права та захищені системою заходів державного впливу.

О. Ю. Ільїна, зазначає, що основними критеріями для встановлення меж задоволення інтересу конкретної особи (приватного інтересу) є інтереси інших осіб, у тому числі суспільства та держави¹. О.Я. Курбатов, досліджуючи питання забезпечення балансу приватних і публічних інтересів, вказував, що саме через правове регулювання, спрямоване на формування певних умов діяльності суб'єктів суспільних відносин і обмеження прояву їх суб'єктивних інтересів, можна сприяти виникненню і закріпленню у цих суб'єктів інтересів, які відповідають інтересам суспільства².

З вищезазначеного випливає, що зміст поняття «приватний інтерес» складають інтереси, на яких не загострюється увага суспільства у зв'язку з тим, що вони не мають цінності для всіх членів суспільства. Приватний інтерес, у такому випадку, засновується на визнанні свободи суб'єкта вчиняти певні дії з метою отримання бажаних для себе наслідків. Якщо волевиявлення особи відповідає можливостям визначеним у законодавстві, передбачається певна автономія волі, що означає варіантність поведінки. Отже, правове значення інтересів окремих суб'єктів може набувати юридичної ваги як через закріплення їх волевиявлення у законодавчо дозволених формах (наприклад, договорі), так і шляхом забезпечення можливості щодо їх здійснення з боку держави.

Окремі науковці висловлюють думку про те, що публічний інтерес є домінуючим, оскільки ним закріплюються правові можливості окремих суб'єктів. О. Ю. Ільїна, враховуючи зворотну дію права на інтереси, логічно припускає, що приватні інтереси пристосовуються до публічних (законодавчо закріплених інтересів), тобто підпорядковуються їм. Звідси, охороняючи інтереси окремих суб'єктів, право охороняє інтереси всього суспільства, яке складається з цих окремих суб'єктів³. Ю. О. Тіхоміров вважав, що в праві завжди знаходять прояв обидві грані інтересу (приватний і публічний). Проте зрозуміло, що інтереси, які формуються в особистому житті особи, можуть не співпадати з тими інтересами, які вважають для себе спільними нація,

¹ Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина – М.: Городец, 2006. – С. 38.

² Курбатов А. Я. Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе / А. Я. Курбатов // Хозяйство и право. – 2001. – № 6. – С. 89.

³ Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина – М.: Городец, 2006. – С. 38.

суспільство, держава¹. Будь-яке суспільство становить складну соціальну систему і не може визначатись як таке лише за кількісною ознакою індивідів. Так само інтереси суспільства не можуть становити просту сукупність приватних інтересів, оскільки вони продиктовані необхідністю впорядкованого існування та подальшого розвитку суспільства.

Як ключову в формуванні підходу до розуміння публічного інтересу в сімейних правовідносинах використаємо думку К. Ю. Тот'єва, а саме, що у якості публічних інтересів можуть визнаватися не лише інтереси суспільства в цілому, але й інтереси певних соціальних груп, у тому числі і класів. Важливе значення тут приділяється критерію масовості. Так як наявність статистично вагомої групи осіб, об'єднаних одним інтересом, свідчить про існування публічного інтересу. Економічною особливістю суспільних благ є те, що неможливо обмежити доступ до них за наявності великої кількості споживачів, коли окремий носій інтересу виступає лише у якості представника тої чи іншої соціальної групи (наприклад, подружжя, діти тощо)².

Г. Ф. Шершеневич стверджував, що загальне благо складається з сукупності приватних інтересів і суспільні інтереси охороняються у тій мірі, наскільки вони можуть задовольнити інтереси окремих осіб³.

Як справедливо зазначає О. Ю. Ільїна, просте механічне зведення інтересів в єдине не дозволить провести аналіз зв'язків між приватними інтересами, не дасть можливості виявити «спільний знаменник», оскільки за своєю природою приватні інтереси індивідуалізовані в силу особистісних якостей суб'єкта. Публічний інтерес цілком обґрунтовано передбачає ігнорування певних меркантильних моментів, у яких зацікавлений конкретний суб'єкт, які хоча і не є протиправними, проте не відповідають інтересам інших суб'єктів⁴.

Д. М. Горшунов надав змістовне визначення поняття суспільного (публічного) інтересу як не просто суми приватних інтересів, а вагомого зв'язку між співпадаючими і однаково важливими елементами правомірних інтересів множини осіб, який виключає інтереси, які не є важливими для всіх суб'єктів. По відношенню до публічного інтересу будь - який суб'єкт може виразити своє

¹ Тихомиров Ю. А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов / Ю. А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2001. – № 5. – С. 5.

² Тот'єв К. Ю. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве / К. Ю. Тот'єв // Государство и право. – 2002. – № 9. – С. 23.

³ Шершеневич Г. Ф. Понятие о гражданском праве / Г. Ф. Шершеневич – Казань, 1898. – С. 8.

⁴ Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина – М.: Городец, 2006. – С. 41.

позитивне відношення, навіть якщо це передбачає його відмову від певних приватних інтересів¹.

Сім'я як соціальний інститут піддається впливам соціальних норм, і у найбільшій мірі нормам моралі, традиціям та звичаям, нормам релігії та іншим чинникам, які є невід'ємними складовими життя соціуму, проте не піддаються правовій регламентації. Сімейний кодекс України, закріпивши загальні засади регулювання сімейних відносин (ст. 7), застосування до регулювання сімейних відносин норм Цивільного кодексу України (ст. 8) та можливість регулювання сімейних відносин за домовленістю сторін (ст. 9), передбачив також можливість врахування звичаїв, як місцевих, так і звичаїв національних меншин, якщо такі не суперечать вимогам Сімейного кодексу, при вирішенні судом сімейних спорів. Суспільна думка про те, як повинно виглядати життя сім'ї та поведінка її членів, часто є визначальним фактором у формуванні інтересів як окремих членів сім'ї, так і сім'ї загалом. Так, суспільний інтерес у сімейних відносинах за своїм значенням цілком справедливо зрівнюється з державним, хоча з врахуванням специфіки його змісту та форм, що відповідає меті встановлення правового регулювання сімейних відносин – зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб (ч. 2 ст. 1 СК України).

Таким чином ми знову повертаємось до питання поєднання, співвідношення приватного і публічного інтересу. Відповідь на це запитання можна знайти шляхом встановлення приватноправових пріоритетів та недопущення протистояння публічних та приватних інтересів. Ми поділяємо висновки, О.Ю. Ільїної, що приватний інтерес не може бути реалізований за межами публічного правопорядку, а публічний інтерес втрачає зміст, якщо він безпосередньо або опосередковано не спрямований на забезпечення реалізації приватного інтересу, тобто повинен мати місце паритет інтересів². Як зазначає І. В. Венедиктова, право, яке міститься в нормах закону повинно узгоджувати публічні та приватні інтереси³.

Встановлення співвідношення інтересів у сімейних відносинах можливо встановити через осмислення суті відносин між членами сім'ї, які були

¹ Горшунов Д. Н. Интерес в частном праве: вопросы теории. Монография / Под общ. ред.: Ю. С. Решетова – Казань, 2005. – С. 90.

² Ильина О. Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина – М.: Городец, 2006. – С. 43.

³ Венедиктова И. В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве / И. В. Венедиктова – Х.: Точка, 2012. – С. 200.

предметом досліджень багатьох фахівців у галузі права¹. Різноманітність суб'єктів сімейних відносин, як зазначає О. Ю. Ільїна, дозволяє передбачити наявність різних сімейних систем та підсистем, які наділені своєю суверенністю².

Як зазначає С. Мінухін, членів сім'ї можна диференціювати за ступенем залучення або інтегрованості у сім'ю. При цьому деякі члени сім'ї перебувають всередині сім'ї, а деякі – включені в активне життя інших соціальних систем³. За визначенням П.О. Сорокіна, сімейна приналежність є «важливою соціальною координатою, яка характеризує соціальне становище індивіда в соціальному просторі»⁴. Дослідник доволі чітко, визначаючи сім'ю як об'єднану сукупність осіб, підкреслив такий важливий факт як приналежність однієї і тієї ж особи, не тільки до тієї сім'ї з якої вона вийшла, але і ще до декількох різних сімей.

Отже, ми можемо дійти висновку, що кожний член сім'ї – це особистість, яка виражає свої інтереси. Однак наше дослідження вимагає встановлення взаємодії та відносин між членами сім'ї. Підставою спілкування членів сім'ї між собою є виконання кожним із них певної соціальної сімейної ролі.

О. Ю. Ільїна пропонує наступну класифікацію таких видів підструктур у сім'ї: подружня, батьківська, братсько-сестринська і т.ін. Тому, як зазначає автор, будь-яка особа входячи в ту чи іншу сімейну підструктуру співставляє свої інтереси з останньою⁵.

Цікавим є співвідношення інтересів у подружній підсистемі, яка складається із подружжя. Звичайно кожний із них має свій життєвий досвід, традиції у формуванні сімейних відносин, цінності, досвід, який вони отримали у батьківській сім'ї тощо. Після укладення шлюбу відбувається злиття та інколи зіткнення приватних інтересів подружжя. Як правило, чоловік та дружина не повинні повністю підпорядковувати свою волю, інтереси один одному. Так, у ст. 51 СК України зазначається, що дружина та чоловік мають рівне право на повагу до своєї індивідуальності, своїх звичок та уподобань. Однак, будучи подружжям, вони виступають соціальною спільнотою, єдиним цілим і таким

¹ Голод С. И. Семья и брак: историко-социологический анализ / С. И. Голод – СПб, 1998; Кукушкина Е. И. Семья и семейные традиции в современной глобалистике / Е. И. Кукушкина // Вестник Московского университета. Сер. 18. Социология и политология. – 2000. – № 1; Пуляев В. Т. Размышления о семье российской / В. Т. Пуляев // Социальные гуманитарные знания. – 2001. – № 6; Шнейдер Л. Б. Психология семейных отношений: Курс лекций / Л. Б. Шнейдер – М., 2000.

² Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина – М.: Городец, 2007. – С. 23.

³ Минухин С. Техники семейной терапии / С. Минухин, Ч. Фишман – М., 1998. – С. 35-36.

⁴ Сорокин П. А. К вопросу об эволюции семьи и брака у зырян / П. А. Сорокин // Изв. Архангельского общества изучения Русского Севера. – 1911. – № 1. – С. 115.

⁵ Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина – М.: Городец, 2007. – С. 25.

чином чоловік та жінка у сім'ї реалізують свої приватні інтереси відповідно до інтересів подружнього союзу.

Те, що одна і та ж особа одночасно може перебувати у різних підструктурах є яскравим вираженням специфіки сімейних відносин. Прикладом цього може бути сім'я, де чоловік може мати статус чоловіка у подружжі, статус батька у відносинах з дітьми і статус сина у відносинах зі своїми батьками.

Отже, інтереси кожної сім'ї, на нашу думку, складають сукупність інтересів всіх її членів. Ми пропонуємо у контексті здійсненого правового аналізу динаміки розвитку сімейних відносин доповнити ст. 7 СК України таким пунктом: «Учасники сімейних відносин на свій розсуд і у своїх інтересах розпоряджаються належними їм правами, які впливають із сімейних відносин, у тому числі, правом на захист цих прав, якщо інше не визначене Сімейним кодексом» [Додаток Б.2.].

Саме така законодавча конструкція дасть змогу визначити ієрархію інтересів у сімейних відносинах, їх публічний характер, а також самотійність інтересів приватних і публічних у сім'ї та сімейних відносинах.

Правовий аналіз досліджень понять сімейного права та інтересу як об'єктів правової охорони і захисту показав, що в юридичній науковій літературі правильно відзначається, що право у жодному випадку не є пасивним відображенням соціальних потреб і інтересів. Більше того, право здатне сприяти формуванню одних потреб і протидіяти іншим. Із зміною потреб змінюються також інтереси. На думку, І. І. Лукашука, право здійснює і безпосередній вплив на інтереси, сприяючи актуальному і правильному усвідомленню потреб і відкриваючи простір для реалізації відповідних інтересів, проте може і протидіяти цьому¹.

Використовуючи історико – правовий та порівняльно-правовий методи у дослідженні понять «суб'єктивне право» і «законний інтерес», треба відзначити, що вчені – юристи раніше терміни «суб'єктивне право», «інтерес» відокремлювали і визначали їх самотійними поняттями, хоча не завжди називали інтереси законними.

Так, М. М. Коркунов писав, що відмінність прав та інтересів становить ключ до розуміння адміністративної компетенції. Стверджувати, що порушення права має місце у тих випадках, коли наказ «формально» не узгоджується з

¹ Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век / И. И. Лукашук – М., 2000. – С. 93-94.

законом або указом, а порушення інтересу - коли він не узгоджується тільки з їх духом, ще не означає з'ясувати відмінність права і інтересу¹.

Юридична література радянського періоду містила такі словосполучення як «юридично захищені інтереси»², «правомірний інтерес»³, «визнані законом інтереси»⁴. Однозначно є зрозумілим, що ці поняття не співпадали із суб'єктивним правом. Однак позитивним у науці того періоду було те, що використання навіть такої термінології, вже само по собі вказувало на те, що суб'єктивне право і законний інтерес – це самостійні об'єкти правової охорони у широкому розумінні та захисту зокрема.

Так, В. А. Рясенцев відзначив: «Висновок про можливий захист... не тільки прав, але й інтересів потерпілих громадян і соціалістичних організацій впливає із аналізу ст. 2 і ст. 6 Основ цивільного судочинства, які передбачають захист охоронюваних законом інтересів поряд з правами. Із співставлення статей Основ цивільного законодавства впливає, що окремі способи захисту цивільних прав повинні застосовуватися і для захисту охоронюваних цивільним законом інтересів»⁵.

Дослідженню категорії законного інтересу багато уваги приділяти у своїх працях такі представники цивільного процесу як М. А. Гурвіч, К. С. Юдельсон, Д. М. Чечот та ін. Деякі наукові праці піддавалися критиці не тільки з боку представників матеріального права, а й процесуалістами. Так, М.А. Гурвіч вважав, що «на відміну від матеріального суб'єктивного права, охоронюваний законом інтерес (законний інтерес) це вигода, яка забезпечена не нормою матеріального права, а охоронною, перш за все, процесуальною нормою»⁶.

Відповідний внесок у критику теорії М. А. Гурвіча вніс відомий представник процесуальної школи Р. Е. Гукасян, який виступив проти того, щоб поняття «суб'єктивне право» і «законний інтерес» вживалися як синоніми⁷. Ми підтримуємо цю позицію, адже у сімейних правовідносинах учасники мають

¹ Коркунов Н. М. Очерк теории административной юстиции / Н. М. Коркунов – СПб, 1989. – С. 157, 176.

² Загряцков М. Д. Административная юстиция и право жалобы / М. Д. Загряцков // Право и жизнь. – М., 1923. – Кн. 4. – С. 26.

³ Серебровский В. И. Страховой интерес в Гражданском кодексе РСФСР / В. И. Серебровский // Право и жизнь. – М., 1924. – Кн. 2-4. – С. 24.

⁴ Полянский Н. Н. Задачи уголовного правосудия по «Основам судопроизводства СССР» / Н. Н. Полянский // Право и жизнь. – М., 1926. – Кн. 8-10. – С. 69, 74.

⁵ Рясенцев В. А. Условия и юридические последствия отказа в защите гражданского права / В. А. Рясенцев // Советская юстиция. – 1962. – № 9. – С. 9.

⁶ Гурвич М. А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия / М. А. Гурвич // Труды ВЮЗИ. – М., 1965. – Т. 3. – С. 85.

⁷ Гукасян Р. Е. Правовые и охраняемые законом интересы / Р. Е. Гукасян // Советское государство и право. – 1973. – № 7. – С. 116.

інтереси, які охоплюють не тільки майнову сферу, а й особисту, духовну, які не підлягають правовому регулюванню.

Цікаву думку висловив Г. В. Мальцев: «Поняття індивідуального інтересу як об'єкта правової охорони ширше за поняття інтересу як об'єкта правового нормування, так як при соціалізмі юридичним захистом користуються не тільки інтереси, які знайшли свій вираз в нормативних актах, суб'єктивних правах та обов'язках, але й інші інтереси, які не забезпечені особливими суб'єктивними правами, які в нашому законодавстві та в юридичній літературі охоплюються терміном «законного інтересу» або «охоронюваного законом інтересу»¹.

З цього можна зробити висновок, що законні інтереси не відображаються в об'єктивному праві, але впливають з нього. Доволі важливим у сімейних правовідносинах є пошук найбільш універсального варіанту визнання у праві інтересів членів сім'ї, який буде використовуватися у будь-яких соціально-економічних умовах. Таким чином, враховуючи порівняльний метод у праві, нам необхідно з'ясувати за допомогою яких юридичних форм право визначає пріоритет приватних інтересів над публічними у сімейних правовідносинах.

Здійснений нами аналіз правових норм та наукових праць дав можливість ще раз переконатись, що на сьогодні немає єдиного наукового висновку щодо відмінностей між суб'єктивними правами і законними інтересами.

Законні інтереси завжди належать конкретним членам сім'ї, а не існують без них абстрактно як це має місце з суб'єктивними правами. Суб'єктивні права, як правило, гарантовані кожному та існують незалежно від того, чи користуються ними члени сім'ї чи ні. Таким чином, ми пропонуємо визначення законного інтересу як бажання конкретного індивіда (особи) користуватися певним благом, досягнути певного результату чи мети, який не може бути абстрактним і належить конкретній особі та реалізується нею при здійсненні суб'єктивних прав, а також з інших підстав, які не суперечать закону.

На думку, О. Ю. Ільїної «законний приватний інтерес у сімейному праві – це визнане правовими нормами, прагнення члена сім'ї (групи членів сім'ї) до досягнення певних благ, як прямо передбачених законом, так і не заборонених ним. Законні інтереси члени сім'ї реалізують при здійсненні своїх суб'єктивних прав та інтересів. Законний публічний інтерес у сімейному праві – це визнане правовими нормами прагнення суспільства і держави до створення певної,

¹ Мальцев Г. В. Социалистическое право и свобода личности (теоретические вопросы) / Г. В. Мальцев – М.: Наука, 1968. – С. 134.

схваленої ними моделі сімейних відносин шляхом втручання в приватне життя членів сім'ї в межах встановлених законом»¹.

Інтереси членів сім'ї не завжди співпадають, навпаки, інтереси одного члена сім'ї можуть бути кардинально протилежними інтересам інших членів сім'ї. Сімейне право закріпило пріоритет інтересів деяких членів сім'ї, як от пріоритет інтересів неповнолітніх і непрацездатних членів сім'ї (ч. 2 ст. 76, ст. 202, ст. 265 СК України тощо), неповнолітнього члена подружжя (ст. 16 СК України тощо), дружини під час її вагітності і одного року з дня народження дитини (ч. 2 ст. 110 СК України) тощо. Інтереси виникають не лише між членами сім'ї, але й між іншими суб'єктами сімейних відносин, родичами.

Виходячи із реалій сьогодення та модернізації моделі сім'ї та шлюбу, появи нової форми спільного проживання жінки і чоловіка, які проживають однією сім'єю, слід відзначити, що приватні інтереси переважають у сімейних відносинах над публічними. Правове регулювання сімейних відносин переходить у площину договірних форм визначення прав та обов'язків для членів сім'ї та інших суб'єктів сімейних відносин. Відповідно форми юрисдикційної охорони і захисту прав та законних інтересів також розширюються, в тому числі нотаріатом. Способи охорони і захисту, які визначені як цивільним, так і сімейним законодавством можуть бути використані в процесі вчинення нотаріусами відповідних нотаріальних дій.

У статті досліджуються питання інтересу в сім'ї та у сімейних відносинах. Автор аналізує співвідношення публічних та приватних інтересів взагалі та у сімейних відносинах зокрема. Інтереси кожної сім'ї, на думку автора, складають сукупність інтересів всіх її членів. Автор відзначає, що приватні інтереси переважають у сімейних відносинах над публічними.

Ключові слова: сімейні правовідносини, сім'я, публічний і приватний інтерес, суспільний інтерес, інтерес подружжя, інтереси всіх членів сім'ї.

В статье исследуются вопросы интереса в семье и в семейных отношениях. Автор анализирует соотношение публичных и частных интересов вообще, и в семейных отношениях в частности. Интересы каждой семьи, считает автор, составляют совокупность интересов всех ее членов. Автор отмечает, что частные интересы преобладают в семейных отношениях над публичными.

¹ Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации / О. Ю. Ильина – М.: Городец, 2007. – С. 66.

Ключевые слова: семейные правоотношения, семья, публичный и частный интерес, общественный интерес, интерес супругов, интересы всех членов семьи.

In this article questions of interest in family and family legal relations are researched. Author analyses correlation of public and private interests generally and in family relations in particular. On the opinion of author interests of each family consists in totality of interests of all its members. Author argues, that private interests prevails over public interests in family.

Key words: family legal relations, family, public and private interest, public interest, interests of spouse, interests of all family members.

ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ МАКСИМАЛЬНОЇ МЕЖІ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ШТРАФУ У ВИПАДКУ ЗАСУДЖЕННЯ ОСОБИ ЗА ОДИНИЧНИЙ ЗЛОЧИН

Задоя Костянтин Петрович

кандидат юридичних наук

доцент кафедри кримінального права та кримінології

Київського національного університету імені Тараса Шевченка



Реформування кримінальної відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності, що втілювалось в положеннях Закону України від 15.11.2011 № 4025-VI, зумовило чимало викликів для кримінально-правової системи України. Левова частка з них пов'язана із призначенням покарання у виді штрафу. Зокрема, одна із проблем може бути представлена у формі такого запитання — чи обмежує суд перше речення ч. 2 ст. 53 КК (яке встановлює мінімальну та максимальну межі штрафу) при призначенні покарання за злочин, за який в кримінальному законі передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян¹?

В окремих наукових джерелах стверджується, що суд, призначаючи покарання у виді штрафу, за жодних умов не може вийти за межу в 50 тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян (далі — НМДГ), передбачену першим реченням ч. 2 ст. 53 КК. Зокрема, однією із перших зауважила про це В.О. Єгорова, не наводячи при цьому, однак, якоїсь розгорнутої аргументації своєї точки зору [1]. Згодом, інші вчені-криміналісти запропонували обґрунтування такого підходу.

А.М. Ященко вказує, що положення ч. 2 ст. 53 КК можуть тлумачитись двояко, а оскільки суд відповідно до ч. 1 ст. 65 КК має призначати покарання з урахуванням положень Загальної частини КК, розмір покарання у виді штрафу може перевищувати граничний розмір, передбачений санкцією статті (частини статті) Особливої частини КК, але не може перевищувати показника в 50 тисяч НМДГ як такого, що визначений Загальною частиною Кодексу [2].

¹ Проблемність ситуації обумовлена тим, що відповідно до другого речення ч. 2 ст. 53 КК: “За вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, розмір штрафу, що призначається судом, не може бути меншим за розмір майнової шкоди, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу (виділено мною — К.З.)”.

Ще більш предметно обґрунтовує такий висновок Г.З. Яремко. По-перше, вона зазначає: “Якщо висновок про те, що розмір штрафу за злочин (за який передбачено основне покарання у вигляді штрафу понад 3000 н.м.д.г.) не обмежений розміром, встановленим в Особливій частині кримінального закону, прямо впливає із припису, закріпленого у ч. 2 ст. 53 КК України. То висновок про те, що розмір штрафу у такому випадку не обмежений межами, встановленими в Загальній частині (50 000 н.м.д.г., якщо статтями Особливої частини КК України не передбачено вищого розміру), не базується на законі”. По-друге, на її думку, є незрозумілою мета, з якою законодавець вказав у першому реченні ч. 2 ст. 53 КК на межу в 50 тисяч НМДГ. По-третє, вона *de facto* підтримує позицію А.М. Яценка, апелюючи до п. 2) ч. 1 ст. 65 КК, якого суд зобов'язаний додержуватись при призначенні покарання засудженому [3].

На нашу думку, наукова позиція В.О. Єгорової, А.М. Яценка та Г.З. Яремко заслуговує на увагу та на перший погляд є досить переконливою. Тим не менш, видається, що насправді вона ґрунтується на не досить коректному тлумаченні змісту та юридичної природи окремих положень КК (а саме — першого речення ч. 2 ст. 53 та п.п. 1), 2) ч. 1 ст. 65 КК), зумовленому, в свою чергу, неоднозначністю певних законодавчих формулювань.

Перше речення ч. 2 ст. 53 КК. Дана норма кримінального права не закріплює правила поведінки, адресованого учасникам суспільних відносин. Відтак, її, очевидно, слід віднести до числа так званих *спеціалізованих норм* (за класифікацією С.С. Алексєєва¹). Варто відзначити, що в розділі Х Загальної частини КК передбачено ще ряд норм такого типу — див. ч. 1 ст. 55, ч. 2 ст. 56, ч. 1 ст. 57, ч. 1 ст. 58, ч. 1 ст. 60, ч. 2 ст. 61, ч. 1 ст. 62, ч. 2 ст. 63 КК. Усі вони визначають максимальну та мінімальну межу розміру (строку) покарання певного виду. На нашу думку, такі спеціалізовані норми виконують декілька функцій:

а) вони є *орієнтиром для самого законодавця при конструюванні санкцій статей (частин статей) Особливої частини КК* (схожим орієнтиром, наприклад, є ч. 1 ст. 11 КК, але при конструюванні юридичних складів злочинів);

б) *законодавець використовує відсилку до строку (розміру) покарання, встановленого для певного виду покарання в Загальній частині КК, при конструюванні деяких інших норм в межах інститутів призначення покарання*

¹ Свого часу С.С. Алексєєв вказував, що спеціалізовані норми “не є самостійною нормативною основою для виникнення правовідносин. При регламентації суспільних відносин вони ніби приєднуються до регулятивних та правоохоронних норм, утворюючи з ними єдиний регулятор” [4, с. 107].

та звільнення від покарання та його відбування (друге речення ч. 1 ст. 69, друге речення ч. 2 ст. 70, перше речення ч. 2 ст. 71, ч. 1 ст. 82 КК)¹;

в) в багатьох випадках вони заповнюють “прогалини” в санкціях статей (частин статей) Особливої частини КК, які полягають у відсутності вказівки в останніх на мінімальну межу покарання певного виду;

г) у виняткових випадках спеціалізовані норми Загальної частини, що визначають максимальний та мінімальний строк (розмір) певного виду покарання, можуть “обмежувати” зміст санкцій статей (частин статей) Особливої частини КК. Наприклад, у науковій літературі неодноразово висловлювалась точка зору про те, що ряд санкцій статей (частин статей) Особливої частини КК містять недостатньо обґрунтовані вказівки на конфіскацію майна з огляду на ч. 2 ст. 59 КК, яка передбачає імперативні орієнтири щодо встановлення законодавцем даного виду покарання. Як наслідок, норми Загальної частини КК “нейтралізують” відповідний “фрагмент” санкції статті (частини статті) Особливої частини КК².

Прикметною особливістю норми, передбаченої першим реченням ч. 2 ст. 53 КК, порівняно із іншими спеціалізованими нормами такого ж типу, є умовність визначення максимальної межі виду покарання (штрафу). Застереження “якщо статтями Особливої частини цього Кодексу не передбачено вищого розміру штрафу”, по суті, означає, що максимальна межа покарання у виді штрафу в кожному конкретному випадку встановлюється в Особливій частині.

Однак у той же час законодавець не міг взагалі не зазначити у першому реченні ч. 2 ст. 53 КК про максимальний розмір штрафу (хоча б і в умовній формі), тому що, як вказувалось вище, відсилка до строку (розміру) покарання, встановленого для певного виду покарання в Загальній частині КК, використовується при побудові цілого ряду кримінально-правових норм.

¹ Слід зауважити, що в жодному із перерахованих положень прямо не згадується поняття “розмір покарання (розмір штрафу)”. Тим не менш, з контексту ч. 1 ст. 69 КК випливає, що формулювання “найнижча межа, встановлена для такого виду покарання в Загальній частині цього Кодексу” стосується як строкових видів покарання, так і штрафу, який, у свою чергу, характеризується розміром. Окрім того, щонайменше, на рівні другого речення ч. 2 ст. 70 та першого речення ч. 2 ст. 71 КК поняття “максимальний строк покарання, встановлений для даного виду покарання в Загальній частині цього Кодексу” може та має тлумачитись поширювально й стосуватись, у тому числі, розміру штрафу, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК. Такий висновок а contrario випливає з ч. 3 ст. 72 КК, яка вказує, що основне покарання у виді штрафу складанню з покараннями інших видів не підлягає. З цього спеціального застереження, зробленого законодавцем, випливає, що покарання у виді штрафу, призначені за окремі епізоди сукупності злочинів чи сукупності вироків, можуть складатись між собою. У такому випадку до них мають у повному обсязі застосовуватись положення ст.ст. 70, 71 КК.

² Див., наприклад, публікації В.О. Навроцького [5, с. 407] та С.Д. Шапченка [6, с. 88], а також — постанову Верховного Суду України (далі — ВСУ) від 5 липня 2013 року № 5-13к12.

Наприклад, якби у першому реченні ч. 2 ст. 53 КК вказувалось, що максимальний розмір штрафу встановлюється в Особливій частині КК, це породило б неузгодженість (суперечність) при визначенні максимальної межі остаточного покарання за сукупністю злочинів, за кожен із яких засудженому було призначено штраф, і при цьому один із злочинів є умисним тяжким чи особливо тяжким. Друге речення ч. 2 ст. 70 КК визначає для таких випадків особливу максимальну межу, що дорівнює максимальному строку покарання, встановленому для певного виду покарання в Загальній частині КК. Таким чином, відсилка до першого реченні ч. 2 ст. 53 КК, в якому не вказувалась б хоча б умовна максимальна межа штрафу, була б відсилкою *ad pusquam*. Орієнтування за таких умов на максимальну межу штрафу, що є найбільш суворою з-поміж передбачених санкціями статей (частин статей) Особливої частини КК за злочини, які утворюють сукупність, у свою чергу, суперечило б функціональному призначенню норми, передбаченої другим реченням ч. 2 ст. 70 КК. Метою останньої є встановлення більш несприятливих кримінально-правових наслідків щодо особи, яка засуджується за сукупністю злочинів, хоча б один із яких є умисним тяжким чи особливо тяжким, порівняно із випадками, коли особа засуджується за сукупністю злочинів, жоден із яких не є умисним тяжким чи особливо тяжким (перше речення ч. 2 ст. 70 КК). Тим не менш, необхідність (обов'язковість) вказівки на максимальну межу для певного виду покарання в Загальній частині КК не спростовує зробленого вище висновку про умовність такої межі у випадку із покаранням у виді штрафу.

Пункт 1) ч. 1 ст. 65 КК. Як впливає з системного тлумачення ч.ч. 1-4 ст. 65 КК, дане положення кримінального закону є своєрідною “відправною точкою” при призначенні судом покарання. Інакше кажучи, на його підставі суд встановлює “діапазон” несприятливих наслідків, що можуть бути застосовані до особи в разі засудження за злочин певного виду (різновиду). При цьому зазначений “діапазон” є відносним, а не абсолютним орієнтиром при призначенні покарання, оскільки законодавець дає право суду вийти за його межі як у сприятливому (наприклад, ст. 69 КК), так і в несприятливому для особи напрямку (наприклад, ч. 2 ст. 55 КК). Переходячи від функціонального призначення положення п. 1) ч. 1 ст. 65 КК до його предметної характеристики, дозволимо собі приєднатись до точки зору С.Д. Шапченка, який вказує, що “суд у межах дотримання першого загального правила призначення покарання повинен вирішити такі питання: а) які види покарання передбачені санкцією відповідної статті (частини статті) Особливої частини КК 1960 р. чи КК 2001 р.; б) яка мінімальна і максимальна межа кожного з цих покарань; в) які з них є

основними, а які — додатковими; г) до яких основних покарань прив'язані додаткові; г) якими є додаткові покарання — обов'язковими чи факультативними” [7, с. 130].

Поділяючи таке розуміння п. 1) ч. 1 ст. 65 КК, зауважимо, що в окремих випадках неможливо визначити мінімальну межу покарання відповідного виду на підставі положення Особливої частини КК, оскільки така може бути в ньому не вказана. Як ми відзначали вище, подібні “прогалини” слід заповнювати зверненням до спеціалізованих норм Загальної частини. Окрім того, нагадаємо, що останні можуть справляти ще й “нейтралізуючий” вплив на відповідну санкцію статті (частини статті) Особливої частини КК (див. вище). *У контексті двох останніх застережень постає закономірне запитання про те, що у таких випадках є нормативною підставою для врахування судом спеціалізованих норм Загальної частини КК?*

Начебто найбільш очевидним видається посилання на п. 2) ч. 1 ст. 65 КК, в якому закріплюється обов'язок суду призначати покарання відповідно до положень Загальної частини Кодексу. Однак така відповідь на сформульоване вище запитання “підриває” описане нами вище функціональне призначення положення п. 1) ч. 1 ст. 65 КК, адже виявляється, що в окремих випадках воно не є “самодостатнім”.

На наш погляд, *врахування спеціалізованих норм Загальної частини КК щодо меж покарання певного виду de lege lata має обґрунтовуватись поширювальним тлумаченням п. 1) ч. 1 ст. 65 КК. Тобто, слова “у межах установлених у санкції статті (частини статті) Особливої частини цього кодексу” мають розумітись як такі, що в окремих випадках передбачають й врахування судом певного кола положень Загальної частини КК. Така умовність змісту п. 1) ч. 1 ст. 65 КК (як і деяких інших положень Кодексу) викликана тим, що, як ми зазначали у своїх попередніх публікаціях [8, с. 261; 9, с. 27-28], законодавець реально має в них на увазі не санкцію статті (частини статті) Особливої частини КК, а караність діяння, яка далеко не завжди “фіксується” за допомогою лише санкції статті (частини статті) Особливої частини КК. Відповідно, de lege ferenda зміст п. 1) ч. 1 ст. 65 КК потребує уточнення, а саме — заміни слів “у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає відповідальність за вчинений злочин” словами “у межах караності діяння”.*

Пункт 2) ч. 1 ст. 65 КК. Нагадаємо, що прихильники точки зору, відповідно до якої суд при призначенні покарання у виді штрафу не може вийти за межу в 50 тисяч НМДГ, традиційно посилаються на дане положення

кримінального закону, яке зобов'язує призначати покарання відповідно до положень Загальної частини КК.

По-перше, видається досить очевидним, що *це положення кримінального закону не може тлумачитись буквально*. Тобто формулюванням “положення Загальної частини КК” не можна охоплювати всі без винятку положення Загальної частини Кодексу, оскільки в іншому випадку це призведе до доволі абсурдних висновків — необхідності враховувати при призначенні покарання положень про примусові заходи медичного характеру, примусове лікування, звільнення від покарання за хворобою тощо. Відтак, п. 2) ч. 1 ст. 65 КК за будь-яких умов має тлумачитись обмежувально, що традиційно і робиться в теорії вітчизняного кримінального права. Однак при цьому важко говорити про єдиний доктринальний підхід відносно тих норм КК, які мають охоплюватись обмежувальною інтерпретацією вищезазначеного положення.

Наприклад, В.І. Тютюгін наводить розлогий, але невичерпний перелік положень Загальної частини КК, яких має додержуватись суд при призначенні покарання. При цьому з-поміж них він виділяє “норми Загальної частини КК, які регламентують питання застосування покарання” (зокрема, положення розділів X та XI Загальної частини КК, а також положення ст.ст. 98-103 КК) і “положення тих норм Загальної частини КК, які хоча безпосередньо і не пов'язані з призначенням покарання, але мають певне значення для вирішення цього питання” (ст.ст. 1, 3-10, ч. 2 ст. 20, ч. 3 ст. 43, ч. 4 ст. 49, ст. 77 КК) [10, с. 252]. Зауважимо, що в цьому перелікові В.І. Тютюгін прямо виокремлює положення Загальної частини КК щодо меж окремих видів покарання.

Так само широкий, проте вичерпний перелік положень Загальної частини КК, які повинен враховувати суд при призначенні покарання, наводить й С.Д. Шапченко. Зокрема, він вказує, що суд повинен “виконувати положення тих статей Загальної частини КК, які передбачають конкретні види покарань і визначають зміст кожного з них, умови застосування, особливості призначення тощо (ст.ст. 53-64)” [7, с. 130]. На відміну від В.І. Тютюгіна, С.Д. Шапченко все ж прямо і конкретно не вказує на необхідність врахування тих положень Загальної частини КК, які визначають межі покарань відповідних видів.

Відзначимо, що не оминув своєю увагою проблему тлумачення п. 2) ч. 1 ст. 65 КК й ВСУ. Так, у постанові від 04.11.2011 року в справі № 1к-11 він висловив правову позицію, відповідно до якої “суд при призначенні покарання має враховувати не тільки межі караності діяння, встановлені у відповідній санкції статті Особливої частини КК, а й ті норми Загальної частини цього Кодексу, в яких регламентуються цілі, система покарань, підстави, порядок та

особливості застосування окремих його видів, а також регулюються інші питання, пов'язані з призначенням покарання, здатні вплинути на вибір (обрання) судом певних його виду і міри, в тому числі й тих положень, що передбачені ч. 2 ст. 59 КК (виділено мною — К.З.)”. Відмітимо, що й у даному разі положення Загальної частини КК щодо меж покарань відповідних видів прямо не згадуються.

На наш погляд, при обмежувальному тлумаченні п. 2) ч. 1 ст. 65 КК слід виходити із функціонального призначення даного положення кримінального закону, яке, в свою чергу, прямо пов'язано із функціональним призначенням п. 1) ч. 1 ст. 65 КК. Якщо останнє положення визначає умовний “діапазон” несприятливих наслідків, що можуть бути застосовані до засудженого, то п. 2) ч. 1 ст. 65 КК є орієнтиром, що визначає, чим саме має керуватись суд, звужуючи вказаний “діапазон” (або ж виходячи за його межі) до конкретної міри покарання.

Таким чином, під “положеннями Загальної частини” в п. 2) ч. 1 ст. 65 КК, на наш погляд, мають розумітись ті положення, що закріплюють правила, якими має керуватись суд на такому етапі застосування кримінально-правових норм як призначення покарання. При цьому, як справедливо зазначають В.І. Тютюгін та С.Д. Шапченко, подібні норми розміщені законодавцем як у межах розділу XI Загальної частини КК, так і поза ним (наприклад, ч. 3 ст. 43 КК).

Зрозуміло, що в окремих випадках додержання норм, які закріплюють правила призначення покарання, потребує звернення й до інших положень Загальної частини КК, які *per se* таких правил не містять. Наприклад, реалізація правила, передбаченого другим реченням ч. 2 ст. 65 КК, що вимагає призначення більш суворого виду покарання з числа передбачених за вчинений злочин лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів, неможлива без звернення до ст. 51 КК, яка дає відповідь на питання про те, які покарання є більш суворими, а які менш суворими.

Однак у будь-якому випадку до числа “положень Загальної частини КК” в розумінні п. 2) ч. 1 ст. 65 КК не повинні відноситись норми, що визначають мінімальні та максимальні межі окремих видів покарання в Загальній частині КК, оскільки, як вказувалось вище, так норми мають враховуватись на рівні п. 1) ч. 1 ст. 65 КК (з урахуванням поширювального тлумачення останнього).

Висновки. Зважаючи на сказане вище, при призначенні покарання у виді штрафу суд повинен брати до уваги перше речення ч. 2 ст. 53 КК лише при встановленні караності діяння. Зважаючи на те, що дане положення закріплює

лише умовну максимальну межу покарання, *караність відповідного діяння в частині максимальної межі штрафу реально завжди буде визначатись на підставі санкції статті (частини статті) Особливої частини КК.*

У свою чергу, друге речення ч. 2 ст. 53 КК, яке дозволяє суду виходити за межі караності злочину в несприятливому для особи напрямку, має враховуватись вже після того, коли караність вчиненого діяння визначена (у тому числі, з урахуванням першого речення ч. 2 ст. 53 КК). Повторне врахування першого речення ч. 2 ст. 53 КК у такому разі буде неправильним, оскільки це суперечитиме функціональному призначенню: а) спеціалізованих норм Загальної частини КК, які визначають межі покарання певного виду; б) положень, передбачених п.п. 1), 2) ч. 2 ст. 65 КК.

Отже, з рештою можна стверджувати, що суд має повноваження призначати засудженому покарання у виді штрафу й понад 50 тисяч НМДГ, зокрема — у випадках, коли вчинення злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Заради справедливості слід відзначити, що привід для існування альтернативної точки зору (прихильниками якої є В.О. Єгорова, А.М. Яценко та Г.З. Яремко) дав сам законодавець.

По-перше, він досить непослідовно використовує засоби законодавчої техніки про конструюванні спеціалізованих норм, що визначають межі покарання певного виду. Так, в одних випадках він каже, що покарання “... визначається... в межах” (ч. 2 ст. 53 КК); в інших — що воно “... призначається... на строк” (ч. 1 ст. 55, ч. 1 ст. 62 КК); в третіх — що “... застосовується... на строк” (ч. 1 ст. 58 КК); а в більшості випадків — використовує формулювання “... встановлюється... на строк” (ч. 2 ст. 56, ч. 1 ст. 57, ч. 1 ст. 60, ч. 2 ст. 61, ч. 2 ст. 63 КК). Таке вільне поводження з термінологією (у поєднанні з умовністю п. 1) ч. 1 ст. 65 та обтічністю п. 2) ч. 1 ст. 65 КК) серйозно заважає усвідомленню реального функціонального призначення спеціалізованих положень даного типу. На нашу думку, в усіх вищеперерахованих випадках законодавцю слід було б використовувати уніфіковане формулювання — “... встановлюється... на строк (в розмірі)”.

По-друге, як ми вказували вище, *вживання в п. 1) ч. 1 ст. 65 КК формулювання “санкція статті (частини статті) Особливої частини цього Кодексу” є серйозною умовністю, неврахування якої може призводити до неоднакового та суперечливого тлумачення та застосування закону.* Для уникнення подібних проблем видається доцільною заміна зазначеного

формулювання прямою вказівкою на караність діяння як орієнтир, від якого суд має відштовхуватись при призначенні покарання засудженому.

Список використаної літератури:

1. Єгорова В.О. “Гуманізація” кримінальної відповідальності в світлі останніх змін до КК України / В.О. Єгорова // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матеріали II міжнародної науково-практичної конференції, м. Луганськ, 19–20 квітня 2012 року / упорядн.: Є. О. Письменський, Ю. Г. Старовойтова; МВС України, Луганський державний університет внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 179–182.
2. Яценко А.М. Призначення покарання у вигляді штрафу за межами санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України [Електронний ресурс] / А.М. Яценко // Порівняльно-аналітичне право. - 2014. - № 1. - С. 251-254. - Режим доступу: http://www.pap.in.ua/1_2014/Yashchenko.pdf. - Назва з екрана.
3. Яремко Г.З. Гранична межа покарання у виді штрафу [Електронний ресурс] / Г.З. Яремко // Часопис Академії адвокатури України. - 2014. - № 1 (22). - С. 108-112. - Режим доступу: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/684>. - Назва з екрана.
4. Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1975. – 264 с.
5. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібник / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
6. Шапченко С. Д. Принцип верховенства права і Кримінальний кодекс України 2001 р.: деякі теоретичні, законодавчі та правозастосовчі проблеми / С. Д. Шапченко // Законодавство України: науково-практичні коментарі. – 2002. – № 5. – С. 85-92.
7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. І. Антипов та ін.]; відп. ред. С. С. Яценко. – 4-те вид., переробл. та доповн. – К. : А.С.К., 2005. – 848 с.
8. Задоя К.П. Призначення покарання у вигляді штрафу за одиничний злочин у контексту положень про чинність кримінального закону в часі / К.П. Задоя // Порівняльно-аналітичне право. - 2013. - № 4. - С. 267-271 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.pap.in.ua/4_2013/81.pdf. - Назва з екрана.

9. Задоя К.П. Юридична природа караності діяння за кримінальним правом України / К.П. Задоя // Науковий вісник Ужгородського національного університету. - 2013. - Вип. 23, Ч. I, Том 3. - С. 25-30.

10. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2т. / за заг.ред.В.Я. Тація, В.П.Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. Т.1: Загальна частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І.Тютюгін та ін. – 2013. – 376 с.

У статті розглядаються актуальні питання призначення покарання у вигляді штрафу. Автор аналізує положення кримінального закону, які передбачають застосування даного виду покарання. Розглядаються особливості взаємодії цих положень між собою.

Ключові слова: штраф, покарання, призначення покарання, санкція, караність діяння.

В статье рассматриваются актуальные вопросы назначения наказания в виде штрафа. Автор анализирует положения уголовного закона, которые предусматривают применение данного вида наказания. Рассматриваются особенности взаимодействия этих положений между собой.

Ключевые слова: штраф, наказание, назначение наказания, санкция, наказуемость деяния.

The article deals with current issues of sentencing in a fine. The author analyzes the provisions of criminal law which provide such type of punishment. Also author analyzes the features of the interaction of these provisions together.

Key words: fine, punishment, sentencing, sanction, punishability of the act

ОЗНАКИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ДОГОВОРУ, ЩО ВИКОРИСТОВУЄТЬСЯ У ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

Ілюшик Олена Миколаївна

кандидат юридичних наук

*доцент кафедри адміністративно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ*



У наукових працях різного періоду неодноразово вказувалось на актуальність досліджень ознак адміністративного договору. Так, В. С. Стефанюк зазначав, що актуалізація проблеми адміністративного договору в світлі здійснюваних перетворень обумовлена зростанням ролі публічного права в регулюванні суспільних відносин, а також із розвитком договірних стосунків у публічно-правових відносинах. Публічно-правові постанови спрямовані не тільки на традиційне зміцнення дисципліни і підвищення відповідальності у сфері виконавчої влади, але й на створення правових механізмів при вирішенні управлінських завдань, що реалізуються шляхом застосування договірних інструментів як на рівні державної адміністрації, так і на рівні органів місцевого самоврядування [21, с. 115].

Проблема визначення поняття та відповідно й ознак адміністративного договору, що використовується правоохоронними органами до кінця першого десятиліття двадцять першого століття увагу науковців практично не викликала. Окремі аспекти участі правоохоронних органів в укладенні та виконанні таких договорів було розглянуто у дослідженнях К. К. Афанасьєва [2, с. 141–142 та В. Т. Білоуса [7, с. 229–259]. Адміністративний договір як форма взаємодії ОВС з органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади у профілактиці адміністративних правопорушень був проаналізований у роботах Ю. С. Назара [14]. Однак дефініцій адміністративного договору, що відображає специфіку функціонування та ознак такого правового інституту у діяльності правоохоронних органів ці праці не містять. Перші спроби усунення цієї прогалини були зроблені у дослідженнях О. М. Ярмака, С. М. Ольховської, В. Р. Білої, О. І. Безпалової.

Незважаючи на важливе практичне значення адміністративного договору, дотепер не сформовано однозначних критеріїв віднесення договорів, у тому

числі й таких, що укладають правоохоронні органи, до адміністративних, відсутня також усталена судова практика з цього приводу.

Відповідно до п. 14 статті 3 КАС адміністративний договір – дво- або багатостороння угода, зміст якої складають права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди [13]. На нашу думку, подальше дослідження використання адміністративних договорів у діяльності правоохоронних органів доцільно здійснювати, беручи до уваги, передусім, зазначену законодавчу дефініцію.

Застосування норм КАС України здійснюється по широкому колу питань, пов'язаних із захистом прав та законних інтересів у державному управлінні, а чинне законодавство, яке регулює відносини, що складаються з приводу укладання адміністративних договорів, сформувалося ще до часів набуття чинності КАС України. Тому існує плутанина не тільки в застосуванні певних понять. У деяких випадках при вирішенні спорів, які виникають із приводу укладання адміністративних договорів, потрібно виходити з адміністративно-правової природи цього договору, здійснювати її розмежування із господарсько-правовими та цивільно-правовими, що, безумовно надзвичайно ускладнює та затягує процес захисту прав та законних інтересів в адміністративному суді [10, с. 117].

Вищий адміністративний суд України неодноразово вказував на необхідність доктринального тлумачення терміна «адміністративний договір».

Неоднозначність судової практики зумовлена, передусім, неоднаковим розумінням ознак адміністративного договору. До ознак адміністративного договору відносять:

– 1) ініціатором виникнення договірних, координаційних відносин можуть бути будь-які органи управління, що покликані діяти спільно; 2) формальна визначеність та взаємність прав та обов'язків суб'єктів, забезпечення їх юридичним захистом; 3) координує діяльність без спеціальних приписів до управління; 4) може пов'язати органи управління, різні за природою та рівнем (наприклад, господарські та представницькі); 5) забезпечує тісний зв'язок управлінської діяльності з господарською; 6) розширює компетенцію тих чи інших органів управління шляхом її перерозподілу (Н. М. Пархоменко) [16, с. 51];

– 1) виникнення у сфері публічної влади у зв'язку і з приводу реалізації органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування своїх владних повноважень; 2) підставою виникнення є правозастосовчий акт, прийнятий

згаданими органами; 3) організуючий характер; 4) метою є задоволення публічних інтересів, досягнення публічного блага, тобто домінування суспільних цілей (О. І. Харитонова) [1, с. 294].

– 1) виникнення у сфері публічної влади у зв'язку і з приводу реалізації суб'єктом адміністративного права своїх владних повноважень; 2) підставою виникнення є адміністративно-правова норма; 3) мета – задоволення публічного інтересу; 4) правовий режим визначається змістом владних повноважень, носієм яких обов'язково є одна зі сторін; 5) має форму угоди (О. П. Рябченко) [18, с. 61];

– 1) наявність двох або більше суб'єктів з адміністративною правосуб'єктністю, один з яких є державно-владним суб'єктом; 2) основу складають норми адміністративного права; 3) рівність (формально-юридична) суб'єктів; 4) форма адміністративного договору визначена адміністративно-правовими нормами; 5) мета – публічно-правові інтереси; 6) обов'язковість виконання договірних умов суб'єктами адміністративного договору (І. Ю. Сіндєєва) [19, с. 11];

– 1) основні – а) адміністративна правосуб'єктність; б) предмет договору; 2) факультативні – а) наявність у меті договору публічних (суспільних, державних) інтересів, тобто метою адміністративних договорів є переважно досягнення загального блага, суспільно значущих результатів; б) опосередкування суспільних відносин, пов'язаних із публічною владою; в) наявність застереження про виключні повноваження публічної адміністрації; г) укладення адміністративного договору є не тільки правом, але й обов'язком відповідних суб'єктів права [11, с. 53].

У сфері діяльності правоохоронних органів виділяють наступні ознаки адміністративного договору:

– 1) виникнення у сфері державного управління у зв'язку та з приводу реалізації конкретним правоохоронним органом повноважень виконавчо-розпорядчого характеру; 2) конкретизація у змісті адміністративного договору норм адміністративного права або акта правозастосовної діяльності органу управління, що регламентує окремі відносини у правоохоронній сфері; 3) організуючий характер адміністративного договору; 4) підставою виникнення подібних угод є адміністративний акт – владний вольовий припис; 5) регулює питання об'єднання двох або декількох правоохоронних органів з метою досягнення певного правового результату у правоохоронній сфері, настання якого є можливим за умов конкретного волевиявлення сторін (О. І. Безпалова) [4, с. 51–52];

– 1) адміністративний договір виникає у сфері реалізації виконавчої влади, у зв'язку та з приводу реалізації ОВС наданих йому виконавчо-розпорядних повноважень; 2) підставою виникнення адміністративного договору є владний, імперативний припис ОВС; 3) мета договору виражається в його спрямованості на конкретизацію відповідних адміністративно-правових норм або актів правозастосовної діяльності органів внутрішніх справ, у зв'язку з чим він має організуючий характер (С. М. Ольховська) [15, с. 12];

– 1) виникнення адміністративного договору в сфері публічної влади, а саме: управлінської діяльності органів ДПС України; 2) обов'язковим учасником є орган ДПС України; 3) адміністративний договір заснований на волеузгодженні, а не на волезлитті (на відміну від спільного правового акта управління); 4) сторони адміністративного договору є формально рівними, що не означає їх рівності поза межами адміністративно-договірних відносин; 5) адміністративний договір в діяльності органів ДПС України носить організаційний характер; 6) у адміністративному договорі реалізується публічний інтерес; 7) правовою основою є норми адміністративного та фінансового права (В. Р. Біла) [6, с. 7].

На нашу думку, для характеристики ознак адміністративних договорів, що використовуються правоохоронними органами, доцільно враховувати як теоретичні дослідження, так і судову практику. Одним з випадків такого підходу є висновок Центру політико-правових реформ щодо поняття адміністративного договору. Зокрема, у ньому зазначено, що при прийнятті рішення щодо віднесення того чи іншого договору до категорії адміністративного договору слід ураховувати такі ознаки адміністративного договору:

– необхідні (ті, що визначені у статті 3 Кодексу адміністративного судочинства України): 1) обов'язковою стороною у ньому є суб'єкт владних повноважень (іншою стороною чи іншими сторонами можуть бути як суб'єкти владних повноважень, так і інші учасники правовідносин); 2) його змістом (предметом) є права та обов'язки сторін, пов'язані з реалізацією принаймні однією з них владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень;

– додаткові: 3) суб'єкт владних повноважень, укладаючи відповідний договір, діє не для задоволення особистих потреб (як фізичної чи юридичної особи), а для задоволення публічних інтересів (потреб); 4) суб'єкт владних повноважень, як правило, при укладенні такого договору зв'язаний вимогами (процедурами, обмеженнями тощо), визначеними законодавством, як в частині вибору контрагента, так і в частині встановлення суттєвих умов договору; 5) суб'єкт владних повноважень укладає договір на реалізацію своєї

адміністративної правосуб'єктності, а не цивільної; 6) суб'єкт владних повноважень зазвичай укладає договір на підставі рішення, прийнятого на виконання владного управлінського повноваження; 7) договір може містити умови, які не властиві цивільним договорам, і спрямовані на краще забезпечення публічного інтересу [8].

Необхідні ознаки адміністративного договору аналізуються практично у кожному судовому рішенні, змістом якого є вирішення спору щодо укладення чи виконання адміністративного договору.

Необхідні ознаки адміністративного договору також були предметом роз'яснень Вищого адміністративного суду України. В Інформаційному листі від 1 червня 2010 року № 781/11/13-10 «Щодо застосування окремих норм матеріального права під час розгляду адміністративних справ» зазначено, що необхідними ознаками адміністративного договору є суб'єктність, тобто однією із сторін договору є суб'єкт владних повноважень, та предметність - права й обов'язки учасників договору впливають з управлінських функцій суб'єкта владних повноважень. Ще на одну ознаку адміністративного договору вказує Верховний Суд України у справі за позовом Державного територіально-галузевого об'єднання «П» до Міністерства освіти та науки України, треті особи - Міністерство транспорту та зв'язку України, Державне казначейство України, про стягнення заборгованості за пільгові перевезення студентів та учнів у листопаді та грудні 2003 року за договором про розрахунки за надані послуги з перевезення залізницею студентів денної форми навчання вищих навчальних закладів I–IV рівнів акредитації та учнів професійно-технічних навчальних закладів. Це – мета його укладання, якою є реалізація функцій держави, а саме реалізація повноважень того чи іншого органу.

Скасовуючи рішення судів попередніх інстанцій, Верховний Суд України зазначив, що суди, відмовляючи в задоволенні позовних вимог про стягнення коштів, дійшли помилкового висновку, що відсутність бюджетного асигнування є підставою для звільнення від виконання грошового зобов'язання, взятого на себе державою в особі органу виконавчої влади, в даному випадку в особі відповідача. Верховний Суд України, зокрема, зазначив, що названий адміністративний спір повинен вирішуватись на підставі аналогії права, виходячи з його конституційних принципів і загальних засад. Договором є домовленість двох або більше сторін, на підставі якої виникають зобов'язальні правовідносини відповідної правової природи. Права та обов'язки сторін, обумовлені договором, складають його зміст і повинні дотримуватись сторонами. Уклавши договір, незалежно від його правової природи, сторони

зв'язані умовами його виконання, а право сторони на отримання виконання згідно з договором підлягає захисту судом відповідної юрисдикції. Відповідно до правової природи даного спору суди повинні були встановити, в який спосіб відшкодовуються витрати суб'єкта господарювання на виконання договору з надання студентам вищих навчальних закладів I–IV рівнів акредитації та учням професійно-технічних навчальних закладів пільгового проїзду пасажирським транспортом. При новому розгляді даного адміністративного спору судам потрібно керуватись вищевикладеними вказівками та виходити з того, що будь-який договір незалежно від його правової природи повинен виконуватись [12].

Таким чином, необхідними ознаками адміністративного договору, що укладають правоохоронні органи, слід вважати наступні:

1) суб'єктна – обов'язковою стороною у ньому є правоохоронний орган як суб'єкт владних повноважень. У цьому аспекті важливим є наявність у сторони договору статусу правоохоронного органу та адміністративно-правового статусу суб'єкта владних повноважень. Проблеми визначення системи правоохоронних органів України та її співвідношення з органами влади буде розглянуто в наступному параграфі;

2) предметна – його змістом (предметом) є права та обов'язки сторін, пов'язані з реалізацією правоохоронним органом владних управлінських функцій. Правоохоронний орган, вступаючи у договірні відносини, може виступати як суб'єкт господарювання або як державно-владний суб'єкт. У першому випадку договір має належати до сфери відання приватного права. Але у другому випадку, коли орган реалізовує владні управлінські функції, договір буде вважатися адміністративним;

3) цільова – метою його укладання є реалізація функцій держави, а саме реалізація повноважень правоохоронного органу, тобто укладаючи відповідний договір, правоохоронний орган діє не для задоволення особистих потреб (як фізичної чи юридичної особи), а для задоволення публічних інтересів. Публічні інтереси визначаються як відображені в праві, гармонізовані та збалансовані певним чином інтереси держави як організації політичної влади, а також інтереси всього суспільства (спільні інтереси його членів) або значної його частини, зокрема територіальних громад, соціальних груп, особливо тих із них, що власними силами за допомогою правових засобів неспроможні захистити свої інтереси (дрібні підприємці) і тому потребують державної підтримки, за відсутності якої велика ймовірність виникнення кризових явищ у суспільстві, страйків та інших форм самозахисту [9, с. 26]. Для потреб правового регулювання Конституційний Суд України звертався до визначення поняття

«державний інтерес», яке є наближеним до поняття «публічний інтерес». У своєму рішенні стосовно справи про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді від 8 квітня 1999 року № 3-рп/99, з'ясовуючи поняття «інтереси держави», Конституційний Суд України встановив, що державні інтереси, закріплені нормами Конституції України і нормами правових актів, відрізняються від інтересів інших учасників суспільних відносин [17, с. 29]. В основі державних інтересів завжди є потреба в здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист права всіх суб'єктів права власності та господарювання тощо. Таким чином для визнання адміністративних договорів, укладених правоохоронним органом необхідно, що такий договір був спрямований на забезпечення публічних інтересів – охорону права власності, боротьбу із злочинністю, захист прав та свобод громадян тощо.

Інші наведені у працях науковців ознаки, на нашу думку, належать до факультативних і можуть бути застосовані для додаткової характеристики адміністративного договору. Так, до факультативних ознак можна віднести:

1) правовою основою укладення адміністративного договору є норми адміністративного права. Оскільки норми адміністративного права використовуються й іншими галузями права, то і в сфері їх дії також можуть укладатися договори адміністративного характеру. Норми адміністративного права, які регламентують укладення адміністративних договорів правоохоронними органами, можуть міститися як в законодавчих актах, так і в актах органів публічного управління. Хоча слід визнати, що пріоритет залишається за нормами, які містяться в актах законодавства. Акти органів державного управління, як правило, уточнюють і конкретизують зміст перших [20, с. 104];

2) сторони адміністративного договору є формально рівними. Окремі дослідники вважають, що можливість існування юридичної рівності між волевиявленням громадянина і держави викликає сумнів, оскільки волевиявлення останнього є імперативним, а її положення – привілейованим [22, с. 73]. Ця думка не знаходить свого підтвердження у практиці використання адміністративних договорів правоохоронними органами. Навпаки, є всі підстави вважати, що адміністративний договір у діяльності таких органів, передусім, покликаний врегулювати відносини між юридично нерівними

суб'єктами, оскільки для опосередкування відносин між органами виконавчої влади є й інші адміністративно-договірні форми [5, с. 46]. Хоча у відносинах публічного управління суб'єкти, які уклали договір можуть бути за своїм адміністративно-правовим статусом й нерівними, як сторони договору вони мають кореспондуючі права та обов'язки, у зв'язку з чим вважаються формально рівними. Тому адміністративний договір у діяльності правоохоронних органів може бути укладений як між юридично рівними, так і юридично нерівними суб'єктами, однак завжди пов'язаний із виникненням адміністративно-договірних правовідносин і залежно від можливості застосування диспозитивного методу регулювання даних відносин буде залежати рівень свободи учасників договору. Проте вищевикладене не означає рівності суб'єктів поза межами даних адміністративно-договірних відносин [5, с. 46];

3) адміністративний договір у діяльності правоохоронних органів має організаційний характер. За допомогою укладання такого виду договору сторони організовують спільну або узгоджену діяльність у правоохоронній сфері. Д. М. Бахрах зазначав, що адміністративні договори є організаційними, оскільки діяльність органів публічної адміністрації являє собою цілеспрямоване впорядкування суспільного та державного життя, має організаційний характер [3, с. 259];

4) наявність застереження про виключні повноваження правоохоронного органу як представника публічної адміністрації. На думку Ж. В. Завальної такі застереження передбачають для правоохоронного органу як суб'єкта владних повноважень можливість уже після укладення договору без згоди іншої сторони змінити зазначені положення договору в односторонньому порядку; безпосередньо без участі суду накласти нові обтяження або санкції на іншу сторону; давати додаткові вказівки щодо виконання договору; контролювати виконання зобов'язань іншою стороною; відмовитися від пролонгації договору, якщо це суперечить «загальному благу» [5, с. 13].

Список використаної літератури:

1. Адміністративне право України. Академічний курс : [підруч.] : у 2 т. / ред. кол. : В. Б. Авер'янов (гол.) та ін. – К. : Юрид. думка, 2004–2007. – Т. 1 : Загальна частина. – 2004. – 584 с.
2. Ансон В. Договорное право / В. Ансон ; пер. с англ. ; под ред. О. Н. Садикова. – М. : Юрид. лит., 1984. – 185 с.

3.Бахрах Д. Н. Очерки теории российского права / Д. Н. Бахрах. – М. : Норма, 2008. – 288 с.

4.Безпалова О. І. Роль адміністративних договорів в діяльності правоохоронних органів України [Електронний ресурс] / О. І. Безпалова // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 48–53. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10boipou.pdf>.

5.Біла В. Р. Адміністративний договір в діяльності органів державної податкової служби України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В. Р. Біла ; Нац. ун-т держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2011. – 192 с.

6.Біла В. Р. Адміністративний договір в діяльності органів державної податкової служби України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В. Р. Біла ; Нац. ун-т держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2011. – 19 с.

7.Білоус В. Т. Координація управління правоохоронними органами України по боротьбі з економічною злочинністю (адміністративно-правовий аспект) : монографія / В. Т. Білоус. – Ірпінь : Акад. держ. податкової служби України, 2002. – 449 с.

8.Висновок Центру політико-правових реформ щодо поняття адміністративного договору [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pravo.org.ua/files/Sud/VYSNOVOK_admin_dogovir.rar.

9.Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення : монографія / О. М. Вінник. – К. : Атіка, 2003. – 352 с.

10.Вовк П. В. Захист прав, свобод та інтересів громадян в адміністративних судах першої інстанції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / П. В. Вовк ; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2009. – 18 с.

11.Завальна Ж. В. Адміністративний договір: теоретичні засади та застосування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Ж. В. Завальна ; Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2010 – 369 с.

12.Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 1 червня 2010 р. № 781/11/13-10 «Щодо застосування окремих норм матеріального права під час розгляду адміністративних справ» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v781_760-10/print1358499946434148.

13. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. // Відом. Верх. Ради України. – 2005. – № 35, 35/36, 37. – Ст. 446.

14. Назар Ю. С. Адміністративний договір як форма взаємодії ОВС з органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади у профілактиці адміністративних правопорушень / Ю. С. Назар // Наук. вісн. Львів. держ. ун-ту внутр. справ. Сер. юрид. – 2006. – Вип. 2. – С. 120–125.

15. Ольховська С. М. Процедури укладення та виконання адміністративних договорів у практиці органів внутрішніх справ / С. М. Ольховська // Вісн. Харків. нац. ун-ту внутр. справ. – 2011. – Вип. 54. – 73 с.

16. Пархоменко Н. М. Договір в системі форм права України : монографія / Н. М. Пархоменко. – К. : Юрид. книга, 2000. – 184 с.

17. Рішення стосовно справи про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді від 8 квітня 1999 р. № 3-рп/99 // Постанови пленуму Верховного Суду України за 1972–2002 : офіц. вид. / за заг. ред. В. Т. Маляренка. – К. : А.С.К., 2003. – С. 23–30.

18. Рябченко О. П., Бутенко В. І., Ясинок М. М. Основи адміністративного судочинства в Україні : навчальний посібник / О. П. Рябченко та ін. – Суми : МакДен, 2008. – 360 с.

19. Синдеева И. Ю. Административный договор как институт административного права : дис. ... канд. юрид. наук / И. Ю. Синдеева ; МГУ. – М., 2009. – 211 с.

20. Скворцов С. С. Адміністративний договір як засіб управлінської діяльності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / С. С. Скворцов. – Одеса, 2004. – 228 с.

21. Стефанюк В. С. Судовий адміністративний процес / В. С. Стефанюк ; Акад. прав. наук України, Ін-т приват. права і підприємництва. – Х. : Консум, 2003. – 473 с.

22. Токар А. Адміністративний договір як форма управлінської діяльності (питання теорії) / А. Токар // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 6. – С. 72–74.

В статті досліджуються необхідні та факультативні ознаки адміністративних договорів, що використовуються в діяльності правоохоронних органів.

Ключові слова: адміністративний договір, правоохоронний орган, ознаки адміністративного договору, необхідні ознаки адміністративного договору, факультативні ознаки адміністративного договору.

В статье исследуются необходимые и факультативные признаки административных договоров, используемых в деятельности правоохранительных органов.

Ключевые слова: *административный договор, правоохранительный орган, признаки административного договора, необходимые признаки административного договора, факультативные признаки административного договора.*

The paper investigates required and optional features of administrative contracts used in law enforcement.

Keywords: *administrative contract, law enforcement agency, the signs of an administrative contract, the necessary attributes of an administrative agreement, optional features of the administrative contract.*

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН

Кухнюк Дмитро Володимирович

кандидат юридичних наук

доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури

Київського національного університету імені Тараса Шевченка



Геведзе Тетяна Леонідівна

аспірант

Київського національного економічного університету

імені Вадима Гетьмана



Основний Закон держави гарантує єдність економічного простору, вільне переміщення товарів, послуг і фінансових коштів, підтримку конкуренції, свободу економічної діяльності, незабороненої законом. Очевидно, що економічною діяльністю займаються люди і створювані ними юридичні особи - це і визначає одну з найважливіших основ взаємодії суспільства і держави.

В кожній правовій демократичній державі діє правило, згідно з яким, як сама держава, так і об'єднання громадян, а також окремі особи повинні співвідносити свої вчинки з правом. Однак, зіткнення інтересів, різне розуміння правових норм є неминучим, і, як результат, породжує правові конфлікти. Як справедливо зазначав В.П. Грибанов, «суб'єктивне право, надане особі, але не забезпечене від його порушення необхідними засобами захисту, є лише декларативним правом» [1, ст. 43]. Одним з необхідних засобів захисту порушених прав та інтересів є право на звернення до суду. Завдання щодо захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави шляхом своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права покладено на судову систему України - незалежну ланку державної влади, яка своїми специфічними засобами та спеціальним механізмом захищає права і законні інтереси громадян та юридичних осіб, а також затверджує законність і справедливість в суспільстві.

Захист порушених або оспорюваних прав та інтересів учасників господарських правовідносин є основним завданням господарського судочинства.

По суті, господарське судочинство виступає елементом економічної системи держави, адже воно є тим мірилом законності ухвалених економіко-правових рішень, що рухають та розвивають економіку, забезпечують функціонування суб'єктів господарювання, захист приватної, державної та комунальної власності, утверджують господарський правопорядок в економіці.

Створення ефективної юрисдикційної системи вирішення зростаючої кількості економічних спорів, що адекватно відображає потреби підприємців, всього українського суспільства і держави, перш за все, пов'язане з інститутом представництва, що сприяє розвитку партнерських ділових відносин, зміцненню законності в сфері економічної діяльності та забезпеченню надання правової допомоги учасникам господарських відносин на професійній основі.

Питання становлення та розвитку інституту судового представництва було предметом уваги дослідників усіх процесуальних галузей права, зокрема Є. Васьковського, І. Доманової, Г. Лазько, І. Павлуника, М. Треушнікова, С. Фурси, С. Халатова, Д. Чечота, М. Шакарян, М. Штефана, Ю. Притики, В. Беяневича та багатьох інших.

Потреба учасників господарських правовідносин в правовій допомозі зростає разом із загальним підвищенням рівня правової культури, посиленням конкуренції, накопиченням негативного досвіду, пов'язаного з численними правопорушеннями в економічній сфері.

На відміну від громадян, організації, за своєю правовою природою, позбавлені можливості безпосередньо брати участь у судочинстві, а тому справи організацій ведуть в господарському суді їх органи в особі керівників або інші, за їх вибором, представники.

Отже, одним з інститутів, що забезпечує захист прав та інтересів юридичних осіб та громадян, які мають статус індивідуального підприємця, в значній мірі є представництво в господарському процесі.

Вітчизняне процесуальне законодавство завжди виходило з можливості для осіб, що беруть участь у справі, мати право вибору: приймати участь в суді особисто, або скористатися допомогою представника.

Ступінь розвитку інституту представництва є своєрідним індикатором стану демократії в суспільстві.

В Україні правова допомога, як відомо, здобула, значення конституційного принципу. Рішенням Конституційного суду України від

30 вересня 2009 року, надано роз'яснення про те, що право на правову допомогу - це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі і формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права [2, ст. 2694].

Уявлення про різноманітність і види правової допомоги дає Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Слід зазначити, що виділення питань судового представництва продиктоване особливою складністю і відповідальністю цього виду діяльності, що безпосередньо впливає на якість правосуддя і правову культуру суспільства.

Представництво, будучи результатом розвинених юридичних відносин, як зазначав Н.О. Нерсесов, «вказівкою на вищу ступінь абстракції права, будучи поняттям штучним» [3, ст. 134], вимагає чіткого та коректного визначення. Між тим, в сучасній процесуальній науці рідкісний інститут має таку різноманітну, а часто і плутану термінологію, як інститут представництва. Представництво визначають і як процесуальні дії, і як процесуальне правовідношення, і як інститут процесуального права. При цьому автори різних визначень сперечаються один з одним, вказуючи на некоректність визначень опонентів в тій чи іншій частині. У зв'язку з відсутністю у нормах ГПК України чіткого визначення поняття представництва у господарському процесі, існує кілька підходів до розуміння даного поняття, які, нажаль, фактично дублюють теоретико-правові напрацювання дослідників цивільного процесуального права.

Одні науковці визначають представництво як процесуальну діяльність в межах наданих представнику повноважень від імені та в інтересах іншої особи [4, с. 28-31; 5, с. 73; 6, с. 8; 7, с. 545; 8, с. 108; 9, с.322], інші - як правовідносини, в яких одна особа здійснює в суді процесуальні дії від імені та в інтересах іншої особи [10, с. 6; 11, с. 125; 12, с. 98; 13, с. 136; 14, с. 60], треті - і як сукупність процесуальних дій, і як процесуальне правовідношення [15, с. 624; 16, с. 207-208]. На думку

С.А. Халатова, який розширює обсяг поняття представництва, останнє має бути визначено як єдність трьох його складових: дій, правовідносин і норм, об'єднаних в інститут [17, с. 67].

Одним з перших науковців, що дав визначення судовому представництву був К.І. Малишев, російський цивіліст, що належав до практичної школи юристів, який ще у 1874 році вказував, що представництвом є заміна однієї особи іншою, коли представник діє в процесі замість особи яку він представляє таким чином, що наслідки його діяльності відображаються на такій особі. [18, с. 207-208].

І.М. Ільїнська і Л.Ф. Лєсницька поняття процесуального представництва розкривали через суб'єктний і діяльнісний чинники, як вчинення від імені та в інтересах довірителя (сторони, третьої особи) ряду процесуальних дій, спрямованих на переконання суду в правильності заявленої вимоги або заперечення проти неї, на доведення обґрунтованості позиції довірителя [19, с. 141]

Є.В. Васьковський розумів під судовим представництвом «замену тяжущегося в процессе другим лицом, при которой все последствия судебной деятельности представителя падали на тяжущегося. Замещаая тяжущегося в процессе, поверенный служит интересам своего клиента и обязан всячески соблюдать их». При цьому відносини між (довірителем) і його повіреним (представником) визначалися загальними засадами цивільного представництва. Правозаступник, на думку Є.В. Васьковського, це не заступник, а тільки помічник довірителя, експерт з юридичної частини та «співробітник суддів» [20, с. 621].

В.І. Ямковий дає визначення представництву в господарському суді як правовідношенню, в силу якого одна особа (судовий представник) здійснює процесуальні дії в межах наданих йому повноважень від імені та в інтересах особи, яку він представляє (сторони, третьої особи), внаслідок чого безпосередньо для останнього виникають права й обов'язки [21, с. 466-472]. Враховуючи те, що питання про правову природу процесуального представництва в юридичній літературі вирішується неоднозначно, серед процесуалістів переважає думка, що таке представництво виступає самостійним інститутом процесуального права [22, с. 198]. Крім того, одна група дослідників сфери господарського процесуального права під представництвом розуміють виключно процесуальну діяльність.

На думку авторів, визначення судового представництва як сукупності процесуальних дій відображає динаміку процесу і має велике значення для практичної діяльності представника, дозволяє зосередитися на конкретній роботі спрямованій на реалізацію його повноважень у суді. Процесуальний представник є активним учасником процесу, його діяльність спрямована на захист матеріальних прав та інтересів особи яку він представляє, шляхом використання встановлених процесуальним законом засобів в межах наданих особою, представництво інтересів якої здійснюється, повноважень.

Заперечуючи проти зазначеної позиції, згідно з якою представництво є певного роду діяльністю, друга група дослідників зазначає, що вчинення процесуальних дій, хоча б і від імені іншого учасника процесу, є неможливим

поза певних правовідносин. Дане твердження по своїй суті є правильним і не викликає будь-яких заперечень. Однак та обставина, що діяльність представника здійснюється в рамках відповідних правовідносин, не означає, що представництво не може розглядатися як така діяльність. Наведемо приклад: правосуддя, також здійснюється в рамках відповідних правовідносин, але воно не визначається як правовідношення або сукупність правовідносин, оскільки при подібному визначенні нівелювалася б суть правосуддя як діяльності з вирішення правових спорів. Схожий недолік має місце і при визначенні представництва як правовідношення.

Зміст правовідносин представництва в господарському судочинстві, є складноструктурним, що складається з ряду двосторонніх правовідносин і має внутрішню і зовнішню сторони.

Внутрішня сторона представництва - це відносини сторони, третьої особи з представником. Вираженням таких відносин є коло повноважень, яким довіритель наділяє представника.

Зовнішня сторона представництва - це правовідносини, що виникають між господарським судом і представником, як учасником процесу, змістом якого є вчинення останім під контролем суду процесуальних дій спрямованих на реалізацію наданих йому правомочностей, а також тих дій, на вчинення яких він уповноважений довірителем.

Представництво, у його загальному значенні, є явищем неоднозначним. Неоднозначність інституту представництва впливає як і з його різноманітних цілей, так і з особливостей, притаманних суб'єктам цих правовідносин.

На думку Я.А. Розенберга, метою представництва є вчинення від імені та в інтересах довірителя процесуальних дій, надання допомоги довірителю при вчиненні останнім процесуальних дій, сприяння здійсненню правосуддя [23, с. 56].

В.М. Шерстюк виділяє у своїй роботі такі завдання судового представництва:

- 1) надавати довірителю допомогу у здійсненні ним своїх процесуальних прав і виконанні обов'язків;
- 2) запобігти порушення процесуальних прав довірителя;
- 3) домогтися для довірителя найбільш сприятливого рішення;
- 4) сприяння судові у здійсненні правосуддя [24, с. 8-9].

Р.А. Сидоров відзначає, що цілями представництва, здійснюваного адвокатом є:

- 1) вчинення від імені та в інтересах довірителя процесуальних дій, у разі коли в процесі виступає один представник без особи яку він представляє;
- 2) надання правової допомоги довірителю при вчиненні ним процесуальних дій самостійно;
- 3) забезпечення гарантій реалізації конституційного права на отримання правової допомоги;
- 4) опосередковане сприяння суду при здійсненні правосуддя [25, с. 38-39].

Аналіз існуючих думок про цілі представництва в господарському суді, свідчить про те, що сприяння суду в здійсненні правосуддя є однією з основних цілей діяльності представника у господарському судочинстві. Так, Д.М. Чечот вважав, що «метою судового представництва є захист представником в суді інтересів сторін і третіх осіб, допомога сторонам і третім особам у здійсненні ними своїх прав в суді і, нарешті, допомога суду, що здійснює правосуддя» [26, с. 136]. Подібна точка зору стосовно визначення мети судового представництва простежується і в роботі

І.М. Ільїнської і Л.Ф. Лєсницької [27, с. 12].

Цілком зрозуміло, що вказані твердження мали місце бути, адже були запозичені із раніше діючого законодавства, коли, наприклад, адвокатура мала вигляд певної подоби правоохоронно-виховного органу, яка надавала фактичне сприяння правосуддю і забезпечувала вирішення інших зазначених вище завдань лише побічно, а не за допомогою здійснення спеціально спрямованих на це дій. Так, завданнями адвокатури було не тільки сприяння охороні прав і законних інтересів громадян і організацій, а й сприяння здійсненню правосуддя, дотриманню і зміцненню соціалістичної законності, вихованню громадян у дусі точного і неухильного виконання радянських законів, дбайливого ставлення до народного добра, дотримання дисципліни праці, поваги до прав, честі і гідності інших осіб, до правил соціалістичного співжиття [28, ст.1; 29, ст.1]. Однак, на думку авторів, важко погодитися із зазначеними вище твердженнями на підставі того, що представник надає допомогу суду в здійсненні правосуддя лише остільки, оскільки це є необхідним для представництва законних інтересів довірителя. Як справедливо відзначає В.М. Івакін, сприяння суду у встановленні істини у справі та правильної юридичної кваліфікації встановлених ним обставин справи, становить не мету судового представництва, а засіб для досягнення процесуальної мети [30, с. 498].

Слушною видається позиція Я.А. Розенберга, який вказує на те, що

«метою представництва в процесі є вчинення юридичних дій, а саме процесуальних дій» [31, с. 39].

В обґрунтування означеної позиції, необхідно зазначити, що у господарському процесі, представник не може діяти на шкоду інтересам клієнта, всупереч його волі. Так, він надає суду лише ті докази, що підтверджують законність і обґрунтованість вимог особи яку він представляє, наводить у судовій промові доводи лише на його користь. Важливо підкреслити те, що суд не вправі вимагати від представника здійснення будь-яких дій, які забезпечували б встановлення істини взагалі, а не захист інтересів довірителя. Наприклад, суд не може зобов'язати представника надати ті чи інші докази, в тому числі і ті, що підривають процесуальну позицію довірителя, як це він міг би зробити у разі, якщо представник насправді був би особою, що сприяє здійсненню правосуддя.

Таким чином, не можна говорити про наявність у представника обов'язку надавати суду допомогу у встановленні істини по справі. Метою діяльності судового представника є надання правової допомоги довірителю, і тільки таким чином вказаний інститут може сприяти вирішенню завдання господарського правосуддя: правильному і своєчасному розгляду і вирішенню справи.

Мета процесуального представництва визначається необхідністю забезпечити найбільш повний захист інтересів громадян і організацій. Вказану тезу можна розкрити шляхом виділення загальних цілей і завдань представництва:

- ведення справи в суді при неможливості особистої участі в процесі;
- забезпечення участі в суді юридичних осіб;
- надання правової допомоги;

Проаналізувавши наведені вище визначення представництва можна прийти до висновку про те, що:

- по-перше, представництво пов'язане з діяльністю в суді осіб, уповноважених на те сторонами або третіми особами;
- по-друге, здійснення представником суб'єктивних прав і обов'язків довірителя відбувається тільки в межах, визначених довірителем;
- по-третє, виконуючи свої обов'язки, представник вступає в процесуальні правовідносини як з довірителем, так і з судом. Ці відносини опосередковуються процесуальним правом, але не тільки з довірителем і судом, а й з іншими суб'єктами господарського процесу.

Вивчивши думки і позиції різних вчених-процесуалістів, на підставі комплексного теоретичного та практичного дослідження сутності інституту представництва в господарському процесі авторами сформовано його правове поняття: представництво в господарському процесі розуміється в роботі як

здійснювана представником в інтересах довірителя діяльність, спрямована на виникнення, зміну або припинення процесуальних правовідносин, врегульованих нормами Господарського процесуального кодексу України, що становлять самостійний інститут господарського процесуального права.

Таким чином, інститут представництва дозволяє учасникам господарського процесу, з одного боку, доручати представництво в суді своїх інтересів особі, обраній ними, а з іншого - вимагати від представника здійснення всіх передбачених законом заходів та використання зазначених у ньому засобів в цілях захисту інтересів довірителя.

В сучасних умовах значення судового представництва важко переоцінити. Це пояснюється низкою причин. По-перше, у зв'язку з переходом до змагальної моделі господарського судочинства та зняттям з суду обов'язку доказуванню. В умовах покладення обов'язку доказування безпосередньо на сторін, особі, котра не володіє необхідним мінімумом юридичних знань, буде вкрай складно довести обґрунтованість своїх вимог або заперечень. По-друге, ускладнення та динамізм правової системи, а також збільшення кількості правових актів, що, в свою чергу, вимагає певної спеціалізації і серед юристів. Тому без участі представника з юридичною освітою провести судовий процес на професійному рівні стає практично неможливим. Викладеними причинами пояснюється існування в сучасному правовому суспільстві інституту адвокатури.

Список використаної літератури:

- 1.Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав./ В.П. Грибанов. - Изд. 2-е, стереотип. - М.: «Статут», 2001. - 411 с.
- 2.Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 // Офіційний Вісник України. – 2009. – № 79. – Ст. 2694.
- 3.Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве / Н.О. Нерсесов. - М.: 1998 г. - 286 с.
4. Червоний Ю.С. Представительство в гражданском процессе // Суспільство, держава і право. - 2003. - Вип. 2. - С. 28-31.
- 5.Решетникова И.В, Ярков В.В.Гражданский процесс / И.В. Решетникова, В.В. Ярков. - М.: 2000. – 352 с.
- 6.Павлунік І.А. Представництво у цивільному процесі України: автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 - цивільне

право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право/ І.А. Павлунік. - К.: 2002. - 20 с.

7. Суханов Е.А. Гражданское право / Е.А. Суханов. - В 4 тт. -Т. 1. Общая часть. - М.: 2004.- 545 с.

8. Ярков В.В. Гражданский процесс / В.В. Ярков. - М.: 2005. - 108 с.

9. Сергеев А.П. Гражданское право / А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. - В 3 тт. / Т. 1. - М.: 2005. - 322 с.

10. Скловский К.И. Представительство в гражданском праве и процессе (вопросы теории: сущность, содержание, структура): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03./ Скловский Константин Ильич. - Ростов-на-Дону: 1982. - 153 с.

11. Власов А.А. Гражданский процесс: Учеб. пос./ А.А. Власов. - М.: 2005. - 464 с.

12. Тertiшніков В.І. Цивільний процес України: навч.-практ. посіб./ В.І. Тertiшніков. - Вид. 4-те, доп. і переробл. - Х.: Вид-во «Юрайт», 2012.- 424 с.

13. Комаров В.В. Гражданский процесс: учебник / В.В. Комаров. - Х.: 2001. - 704 с.

14. Білоусов Ю.В. Цивільний процес: навч. посібн. / Ю.В. Білоусов. - К.: Наукова думка: Прецедент, 2004. - 262 с.

15. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України/ Академічний курс: підруч. (для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.)/ М.Й. Штефан. - К.: Концерн "Видавничий дім «Ін Юре», 2005. - 624 с.

16. Грибанов В.П. Советское гражданское право / В.П. Грибанов, С.М. Корнеев. - В 2 тт. Т. 1. - М.: 1979. - 346 с.

17. Халатов С.А. Представительство в гражданском и арбитражном процессе/ С.А. Халатов. - М.: 2002. - 208 с.

18. Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства / К.И. Малышев. - СПб.: 1874. - 266 с.

19. Демидова Л.А. Адвокатура в России/ Л.А. Демидова.- Юридический Дом «Юстицинформ», 2009 г. - 576 с.

20. Васильковский Е.В. Организация адвокатуры / Е.В. Васильковский.- СПб.: Типография П.П. Сойкина, 1893. - 621 с.

21. Ямковий В.І. Проблемні питання участі адвоката як процесуального представника в господарському суді / В. І. Ямковий // Форум права. - 2010. - № 3. - С. 466-472 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-3/10jvibgc.pdf>.

22. Ватман Д. П. Адвокат в гражданском процессе / Д. П. Ватман, В. А. Елизаров. – М. : Юридическая литература, 1969. – 198 с.
23. Розенберг Я. А. Представительство по гражданским делам в суде и арбитраже / Я. А. Розенберг. – Рига: изд-во «Зинатне», 1981 г. – 148 с.
24. Шерстюк В. М. Судебное представительство по гражданским делам / В. М. Шерстюк. – М.: 1984., – 175 с.
25. Сидоров Р. А. Представительство в гражданском процессе: автореф. ... дис. канд. юрид. наук / Р. А. Сидоров. – Тверь: 2002. – 25 с.
26. Чечот Д. М. Участники гражданского процесса / Д. М. Чечот. – М.: 1960. – 136 с.
27. Ильинская И. М., Лесницкая Л. Ф. Судебное представительство в гражданском процессе / И. М. Ильинская, Л. Ф. Лесницкая. – М.: 1964. – 290 с.;
28. Закон СССР «Об адвокатуре в СССР» от 30 ноября 1979 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1979. – № 49. – С. 846.
29. Положения об адвокатуре РСФСР, утвержденного постановлением Совета Министров РСФСР от 20 ноября 1980 г. // Об адвокатуре. – М., 1996.
30. Ивакин В. Н. Представительство в гражданском и арбитражном процессе: структура и особенности правоотношений // Научные труды МГЮА. – 2007. – № 4. – С. 696 – 716.
31. Розенберг Я. А. Представительство в советском гражданском процессе. / Я. А. Розенберг. – Рига.: 1974. – 132 с.

В системі захисту прав і законних інтересів юридичних осіб, а також фізичних-осіб підприємців, право на судовий захист має особливе значення. Будучи вищим засобом захисту порушених або оспорюваних прав і законних інтересів громадян і організацій, передбаченим національним законодавством, судовий захист одягнена в особливу процесуальну форму, пред'являє ряд вимог до дій осіб, що звертаються до суду. І якщо в кримінальному процесі дані завдання покладаються на уповноважені державні органи (органи обвинувачення), то в господарському процесі дотримання пред'являються законом вимог стає завданням самого позивача. Сприяти вирішенню цих завдань покликаний інститут судового представництва, що виконує в господарському процесі найважливішу правозахисну функцію. Нажаль, чітке визначення поняття представництва в господарському процесі відсутній. Нормативне ж закріплення теоретичної моделі даного правового інституту має деякі вади, що викликають на практиці ряд труднощів у здійсненні процесуальним представником своїх правозахисних функцій. Обгрунтовується

необхідність виділити цілі процесуального представництва, які будуть визначати призначення і природу названого процесуального інституту. Місія процесуального представництва повинна не тільки відповідати інтересам довірителя, а й переслідувати публічні функції щодо зміцнення законності та правопорядку, попередження правопорушень, формуванню поважного ставлення до закону і суду.

Ключові слова: представництво, господарський процес, суд, сторони, представник, вирішення господарських спорів.

В системе защиты прав и законных интересов юридических лиц, а также физических-лиц предпринимателей, право на судебную защиту имеет особое значение. Являясь высшим средством защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов граждан и организаций, предусмотренным национальным законодательством, судебная защита облечена в особую процессуальную форму, предъявляющую ряд требований к действиям лиц, обращающихся в суд. И если в уголовном процессе данные задачи возлагаются на уполномоченные государственные органы (органы обвинения), то в хозяйственном процессе соблюдение предъявляемых законом требований становится задачей самого истца. Способствовать решению этих задач призван институт судебного представительства, выполняющий в хозяйственном процессе важнейшую правозащитную функцию. К сожалению, четкое определение понятия представительства в хозяйственном процессе отсутствует. Нормативное же закрепление теоретической модели данного правового института имеет некоторые изъяны, вызывающие на практике ряд затруднений в осуществлении процессуальным представителем своих правозащитных функций. Обосновывается необходимость выделить цели процессуального представительства, которые будут определять назначение и природу названного процессуального института. Миссия процессуального представительства должна не только соответствовать интересам доверителя, но и преследовать публичные функции по укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду.

Ключевые слова: представительство, хозяйственный процесс, суд, стороны, представитель, разрешение хозяйственных споров.

The right to judicial protection ranks high in the system of guaranteeing rights and legitimate interests of legal entities and private entrepreneurs. Being stipulated

by the national legislation supreme means of protection of violated or disputed rights, freedoms and legitimate interests of citizens and organizations, judicial protection is presented as a special procedural form, making some demands on claimants' actions. In the criminal procedure such functions are assigned to authorized public agencies (prosecutive bodies), in commercial litigation applicants themselves have to comply with these requirements. Institution of judicial representation, performing the major advocacy function in commercial litigation, contributing to fulfill these tasks. However, procedural representatives can face difficulties when exercising their advocacy functions due to some flaws in the legislation concerning this legal institution's theoretical model. Unfortunately, effective legislation does not contain any clear definition of the concept of representation. The author proves the necessity to define the goal and nature of procedural representation. The mission of such representation shall correspond to applicant's interests and also pursue public functions of observing law and maintaining order, preventing offences and developing respect for law and justice.

Key words: *representation, commercial litigation, court, litigants, representative, resolution of commercial disputes.*

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА ФУНКЦІЯ ЗАХИСТУ: ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТУ

Гловюк Ірина Василівна

кандидат юридичних наук

доцент кафедри кримінального процесу

Національного університету "Одеська юридична академія"



Постановка проблеми. Згідно зі ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визначаються найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини і громадянина та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави в усіх складових життя суспільства. У межах кримінального процесу це конституційне положення реалізується у тому числі й за допомогою кримінально-процесуальної функції захисту. Функція захисту є однією з основних кримінально-процесуальних функцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання реалізації функції захисту досліджувалися у працях Я.С. Авраха, В.Д. Адаменка, С.А. Альперта, С.П. Бекешка, А.М. Бірюкової, Т.В. Варфоломеевої, Ю.І. Великосельського, С.М. Даровських, П.С. Елькінд, Я.П. Зейкана, С.О. Ковальчука, Л.Д. Кокорева, А.Ф. Коні, Т.В. Корчевої, З.В. Макарової, П.М. Маланчука, М.А. Маркуш, В.В. Молдована, Я.О. Мотовіловкера, Т.В. Омельченка, М.А. Погорецького, О.В. Попелюшка, В.М. Савицького, Ю.І. Стецовського, М.С. Строговича, Г.І. Чангулі, І.Я. Фойницького, Ю.В. Хоматова, О.Г. Яновської та ін. Незважаючи на значну кількість наукових праць, присвячених дослідженню кримінально-процесуальної функції захисту, у кримінально-процесуальній доктрині є недостатньо дослідженими ряд питань щодо правової природи та реалізації цієї функції; це стосується й визначення поняття та суб'єктів реалізації кримінально-процесуальної функції захисту.

Формулювання цілей статті. Метою статті є визначення поняття та змісту кримінально-процесуальної функції захисту у на основі нового КПК України та Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність".

Виклад основного матеріалу дослідження. Аналізуючи доктринальні дослідження, присвячені кримінально-процесуальній функції захисту, можна умовно виділити певні етапи становлення доктринального визначення поняття та сутності цієї функції.

У дореволюційній доктрині ця функція розглядалася як сукупність процесуальних правил та дій, завдання яких - забезпечити невинуватому виправдання, – а винному – покарання не вище вини шляхом з'ясування доводів, що свідчать на користь обвинуваченого [1, с. 262]; законні дії, шляхом яких обвинувачений або спростовує підстави обвинувачення, або доводить свою невинуватість [2, с. 70]; відповідь по обвинуваченню, яка являє собою сукупність процесуальних прав та заходів, спрямованих на огороження невинуватості підсудного та його прав і інтересів перед кримінальним судом [3, с. 59]. Неважко помітити, що на той час ця функція розглядалася як діяльність, протилежна обвинуваченню, яка спрямована на спростовування обвинувачення, забезпечення виправдання невинуватому.

Позиція щодо функції захисту як діяльності із спростування обвинувачення зберігалася і надалі [4, с. 94].

Пізніше до визначення функції захисту були додані такі елементи, як виявлення обставин, що пом'якшують відповідальність обвинуваченого [5, с. 230], охорона особистих та майнових обвинуваченого [6, с. 113], реалізація та захист інтересів обвинуваченого [7, с. 47-48; 8, с. 26] (серед них указуються законні інтереси, процесуальні інтереси).

У літературі поширеним є визначення кримінально-процесуальної функції захисту як діяльності, спрямованої на заперечення обвинувачення, на доказування невинуватості або меншої винуватості [9, с. 196]; як процесуальної діяльності, спрямованої на виявлення обставин, що виправдовують обвинуваченого, виключають або пом'якшують його відповідальність, а також на охорону особистих та майнових прав [10, с. 205]. Як видно, друге визначення цієї категорії є більш широким, оскільки включає в себе також спрямованість захисту на охорону особистих та майнових прав.

У останні роки у доктрині активізувалися дослідження кримінально-процесуальної функції захисту.

В.О. Попелюшко під функцією захисту розуміє породжений кримінальним переслідуванням, здійснюваний у відповідності з законом та виражений у формі правових відносин вид (напрямок, компонент, частина), виконуваний суб'єктами захисту, спрямований на повне або часткове спростування обвинувачення, реабілітацію невинного, пом'якшення відповідальності

винного, її охорону прав та законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого і надання їм необхідної кваліфікованої правової допомоги [11, с. 69].

У російській кримінально-процесуальній доктрині визначення функції захисту надається багатьма вченими-процесуалістами [12, с. 165; 13; 14; 15, с. 146]. Наприклад, детальне визначення функції захисту дає С.М. Даровських, зазначаючи, що під функцією захисту у кримінальному судочинстві слід розуміти регламентований законом напрям діяльності суб'єктів захисту (обвинуваченого, захисника, законного представника, цивільного позивача, його захисника), наділених правом (або) обов'язком використовувати всі вказані у законі заходи та засоби для виявлення обставин, що виправдовують обвинуваченого чи пом'якшують або виключають його відповідальність, та для охорони законних інтересів, як обвинуваченого, так і цивільного відповідача [12, с. 165].

Викладені у літературі визначення кримінально-процесуальної функції захисту дозволяють виділити такі ознаки цієї функції: спрямованість на заперечення підозри або обвинувачення; спрямованість на виявлення обставин, що виправдовують обвинуваченого, виключають або пом'якшують його відповідальність, пом'якшують покарання; спрямованість також на охорону особистих та майнових прав осіб, які мають право на захист; спрямованість на сприяння застосуванню інституту реабілітації невинуватого; специфічне коло суб'єктів реалізації функції; можливість використовувати всі вказані у законі заходи та засоби для реалізації функції.

Подібне розуміння ознак цієї функції є найбільш поширеним. Слід зазначити, що, як правило, дослідники по-різному визначають, чи відноситься до функції захисту діяльність із охорони особистих та майнових прав та законних інтересів, а також належність до суб'єктів реалізації цієї функції цивільного відповідача.

Таке розуміння цієї функції є найбільш поширеним, але не єдиним. На думку М.М. Видрі, функцію захисту в кримінальному процесі варто розглядати не в традиційному її розумінні, не як функцію, що протистоїть обвинуваченню, а ширше: як функцію, що протидіє неправомірним діям по відношенню до будь-якого учасника процесу і на всіх стадіях судочинства. Функція захисту починає діяти до формулювання слідчим обвинувачення, і може продовжувати діяти навіть коли кримінальну справу закрито. Її реалізацію не можна розглядати тільки в зв'язку з пред'явленням обвинувачення, його припиненням, винесенням виправдувального вироку. Завдання захисту полягає в тому, щоб

захищати порушені права кожного учасника процесу. Захисту прав потребують не тільки обвинувачені, але і потерпілі від злочину, а також свідки, експерти, поняті і інші особи, права яких були порушені [16, с. 89]. Ю.К. Якімович ставить питання про те, хіба представник потерпілого не є його захисником, не виконує функцію захисту потерпілого? [17] О.Є. Антонова зазначає, що захист у широкому сенсі є функцією кримінального процесу, яка охоплює собою захист, що реалізується безпосередньо учасниками кримінального судочинства зі сторони захисту; діяльність слідчого, дізнавача, прокурора, спрямовану на встановлення обставин, що виключають злочинність та караність діяння, обставин, які пом'якшують покарання, обставин, які можуть потягнути за собою звільнення від кримінальної відповідальності та покарання, а також забезпечення прав та охорону інтересів осіб, які беруть участь у справі; діяльність потерпілого, цивільного позивача, їх представників, спрямовану на захист їх особистих або представлених інтересів у кримінальній справі [18, с. 136].

Однак у доктрині критично оцінено спроби розширити зміст функції захисту на охорону прав не тільки підозрюваного та обвинуваченого, а й прав потерпілих, цивільного позивача, свідка [19]. Із цією точкою зору категорично не погоджується В.О. Попелюшко, зазначаючи, що захист від обвинувачення виникає і здійснюється виключно як «реакція» на нього та діяльність проти цього обвинувачення. Потерпілого та цивільного позивача у вчиненні кримінального правопорушення не обвинувачують. Отже, їм немає від чого боронитися, а тому немає потреби вступати у відносини протиборства із обвинуваченим [20, с. 216].

Як уявляється, М.М. Видря надто розширено трактує поняття кримінально-процесуальної функції захисту. Розуміння захисту як діяльності, що протидіє неправомірним діям по відношенню до будь-якого учасника процесу і на всіх стадіях судочинства, має право на існування, але не як сутність кримінально-процесуальної функції захисту, а як розуміння категорії «захист у кримінальному процесі».

Та чи інша інтерпретація функції захисту як діяльності щодо спростування підозри й обвинувачення, встановлення невинуватості особи або пом'якшення її відповідальності є дещо звуженою. У кримінальному процесі існують провадження, у межах яких не реалізується обвинувачення, а реалізується кримінальне переслідування у інших його формах: це стосується провадження із застосування примусових заходів виховного характеру та провадження із застосування примусових заходів медичного характеру. У межах цих

провадження також має бути доведено подію суспільно-небезпечного діяння та вчинення її конкретною особою. Відповідно, діяльність, спрямована на спростування твердження про подію суспільно-небезпечного діяння та вчинення її конкретною особою також має вважатися захистом.

Визначення захисту містять Модельний КПК для держав-учасниць СНД (п. 33 ст. 10) та кримінально-процесуальні кодекси країн СНД (п. 9 ст. 6 КПК Республіки Білорусь, п. 17 ст. 7 КПК Республіки Казахстан, п. 3 ст. 6 КПК Республіки Молдова, п. 28 ст. 6 КПК Республіки Армєнія, ст. 7.0.27 КПК Азербайджанської Республіки, ст. 5 КПК Киргизької Республіки. Усі ці визначення тлумачать захист у т.зв. вузькому розумінні, тобто саме як кримінально-процесуальну функцію. Усі вони містять вказівку на базовий елемент функції захисту - спростування обвинувачення або пом'якшення обвинувачення; КПК Республіки Білорусь та КПК Республіки Казахстан додають також спрямованість на спростування підозри. Крім того, у цих визначеннях міститься вказівка на забезпечення (захист) прав особи (що також є одним із основних елементів цієї функції), але коло цих осіб визначено по-різному: якщо КПК Азербайджанської Республіки, Киргизької Республіки вказують на особу, яка підозрюється у вчиненні передбаченого кримінальним законом діяння (злочину), КПК Республіки Молдова та Республіки Казахстан вказують на осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочину, Модельний КПК для держав-учасниць СНД, КПК Армєнії – осіб, яким приписується вчинення забороненого кримінальним законом діяння, то КПК Республіки Білорусь розширює цей перелік шляхом включення до нього підозрюваного, обвинуваченого, особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, а також особи, затриманої або до якої застосовано запобіжний захід на підставі рішення про виконання прохання органу іноземної держави, компетентного приймати рішення з питань надання міжнародної правової допомоги у кримінальних справах, про надання міжнародної правової допомоги у кримінальній справі на основі принципу взаємності або у зв'язку з перебуванням у міжнародному розшуку з метою видачі. Безумовно, такий підхід до визначення суб'єкта, чиї права та інтереси повинні забезпечуватися, є найбільш коректним, оскільки суб'єктами права на захист є не тільки підозрюваний, обвинувачений, а й особа, щодо якої здійснюється провадження із застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, правопорушник, особа, щодо якої здійснюється провадження щодо її видачі (екстрадиції).

Слід зазначити, що КПК України 2012 р., хоч і не формулює поняття захисту, у ч. 1 ст. 45 указує коло суб'єктів, щодо яких здійснюється захист захисником: підозрюваний, обвинувачений, засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особа, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). Цей перелік є найбільш широким, якщо порівняти його із вищевикладеними визначеннями.

Важливим елементом функції захисту, виділеним Модельному КПК для держав-учасниць СНД, КПК Республіки Казахстан, КПК Азербайджанської Республіки, КПК Киргизької Республіки, КПК Armenії та КПК Республіки Молдова, є спрямованість на сприяння застосуванню інституту реабілітації осіб, які були незаконно піддані кримінальному переслідуванню; слід зазначити, що, попри усю важливість цього елементу, він достатньо рідко згадується у доктринальних дослідженнях.

Визначення захисту у аспекті напрямку адвокатської діяльності дає Закон України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність"; захист - вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення (п. 5 ст. 1 Закону). Як видно із цього визначення, у ньому захист визначено через нього ж, що не відповідає правилом логіки при формулюванні визначень понять.

Однак, як уявляється, та чи інша інтерпретація функції захисту як діяльності щодо спростування підозри й обвинувачення, встановлення невинуватості особи або пом'якшення її відповідальності є дещо звуженою. У кримінальному процесі існують провадження, у межах яких не реалізується обвинувачення, а реалізується кримінальне переслідування у інших його формах: це стосується провадження із застосування примусових заходів виховного характеру та провадження із застосування примусових заходів медичного характеру. У межах цих проваджень також має бути доведено подію суспільно-небезпечного діяння та вчинення її конкретною особою. Відповідно, діяльність, спрямована на спростування твердження про подію суспільно-

небезпечного діяння та вчинення її конкретною особою також має вважатися захистом. О.М. Ларін із цього приводу зазначав: функцію захисту включає і процесуальна діяльність у справах про застосування примусових заходів медичного характеру. У цих справах немає ні обвинувачення, ні підозри у злочині, і захист спрямований проти висновку слідчого (або прокурора) про те, що підзахисний вчинив суспільно небезпечне діяння, причому за характером діяння та своїм хворобливим станом являє небезпеку для суспільства [21, с. 24]. Тому, відповідно, у контексті цих форм кримінального переслідування для функції захисту характерне спрямування на спростування твердження про причетність особи до вчинення кримінального правопорушення або вчинення особою кримінального правопорушення, іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність.

Висновки. Таким чином, кримінально-процесуальна функція захисту являє собою обумовлений завданнями кримінального провадження напрямок діяльності підозрюваного, обвинуваченого (підсудного), засудженого, виправданого, особи, щодо якої ведеться провадження із застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, їх законних представників та захисників, яка спрямована на заперечення законності та обґрунтованості кримінального переслідування, виявлення обставин, що спростовують підозру, виправдовують обвинуваченого (підсудного), виключають або пом'якшують його відповідальність, пом'якшують покарання та інші наслідки засудження особи, на охорону особистих та майнових прав, на сприяння застосуванню інституту реабілітації, а також недопущення порушень та необґрунтованих обмежень прав і свобод при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження, що реалізується за допомогою кримінально-процесуальних засобів у формі, регламентованій кримінальним процесуальним законодавством.

Список використаної літератури:

1. Викторский С.И. Русский уголовный процесс: учебное пособие / Викторский С.И. – М.: Городец, 1997. – 448 с.
2. Кистяковский А.Ф. Общая часть уголовного судопроизводства / Кистяковский А.Ф. – К.: Издательство Семенко Сергея, 2005. – 118 с.
3. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т. 2 / Фойницкий И.Я. – Санкт-Петербург Альфа, 1996. – 607 с.
4. Сторогович М.С. Уголовный процесс / Строгович М.С. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1941. – 312 с.

5. Бекешко С.П. Защита как процессуальная функция в советском уголовном процессе / С.П. Бекешко // Вопросы уголовного права и процесса. Сборник статей. - Минск: Изд-во БГУ, 1958, Вып. 1. - С. 227-254.

6. Фаткуллин Ф.Н. Обвинение и защита по уголовным делам: Учебное пособие / Фаткуллин Ф.Н. Зинатуллин З.З. Аврах Я.С. – Издательство Казанского университета, 1976. – 167 с.

7. Мотовиловкер Я.О. Основные уголовно-процессуальные функции / Мотовиловкер Я.О. – Ярославль, 1976. – 94 с.

8. Адаменко В.Д. Сущность и предмет защиты обвиняемого / Адаменко В.Д. – Томск: Издательство Томского университета, 1983. – 158 с.

9. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Том 1. / Строгович М.С. – М., 1968. – 470 с.

10. Стецовский Ю.И. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту / Стецовский Ю.И., Ларин А.М. – М., 1988. – 320с.

11. Попелюшко В.О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: Монографія / Попелюшко В.О. – Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2009. – 634 с.

12. Даровских С.М. Функция защиты в состязательном уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы права России и стран СНГ-2007: Материалы IX Международной научно-практической конференции 29-30 марта 2007 г. – Челябинск: Цицеро, 2007. - Ч. III. – С. 162-165.

13. Понькина Е.В. Информационно-познавательные аспекты уголовно-процессуальной функции защиты: автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность / Е.В. Понькина. - Нижний Новгород, 2006. - 28 с. // Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1282472>

14. Арабули Д.Т. Институт защиты прав и интересов лиц в уголовном судопроизводстве России: автореф. дисс. на соискание учен. степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.09 "уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность" / Д.Т. Арабули. - Челябинск, 2010. - 59 с. // Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1404393>

15. Насонова И.А. О юридической природе уголовно-процессуальной защиты / И.А. Насонова // Вестник Воронежского института МВД России. – 2010. - №4. – С. 144-149.

16. Выдря М.М. Функция защиты в советском уголовном процессе / М.М. Выдря // Советское государство и право. - 1978. - № 1. - С. 88–93.

17. Якимович Ю.К. Участники уголовного процесса и субъекты уголовно-процессуальной деятельности / Ю.К. Якимович // Вестник Омского университета. Серия право. – 2008. - №1 (14). - С. 110-118.

18. Антонова Е.Е. Функциональная характеристика досудебного производства в российском уголовном процессе : дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.09 "уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность" / Е.Е. Антонова. - Омск, 2006.

19. Берова Д.М. Основы теории функционализма в уголовном судопроизводстве: автореф. дисс. на соискание учен. степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.09 "уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность" / Д.М. Берова. – Краснодар, 2011. // Режим доступа: <http://www.iuaaj.net/node/881>

20. Попелюшко В.О. Поняття захисту у кримінальному процесі // Попелюшко В.О. Проблеми кримінального процесу та захисту у кримінальній справі / Збірник наукових статей. Укладач Аврамишин С.В. – Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2008. – С. 209-224.

21. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу : процессуальные функции /А. М. Ларин. - М. : Юрид. лит., 1986. - 160 с.

У статті розглянуто проблемні питання визначення поняття кримінально-процесуальної функції захисту. Сформульовано авторське визначення кримінально-процесуальної функції захисту.

Ключові слова: захист у кримінальному судочинстві, кримінально-процесуальна функція захисту, право на захист.

В статье рассмотрены проблемные вопросы определения понятия уголовно-процессуальной функции защиты. Сформулировано авторское определение уголовно-процессуальной функции защиты.

Ключевые слова: защита в уголовном судопроизводстве, уголовно-процессуальная функция защиты, право на защиту.

The article deals with issues of concern the definition of criminal procedure defense function. The author's definition of criminal procedural function of defense is formulated.

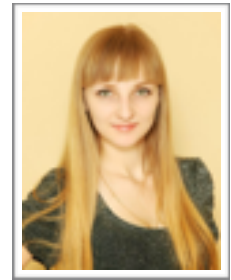
Key words: *defense in criminal proceedings, criminal procedure defense function, right for defense.*

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАЛУЧЕННЯ ЕКСПЕРТА СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ

Малахова Ольга Валентинівна

аспірант кафедри кримінального процесу

Національного університету «Одеська юридична академія»



В умовах реформування кримінального процесуального законодавства України важливим є вирішення питання вдосконалення нормативної регламентації досудового розслідування, оскільки на даній стадії кримінального провадження формується доказова база, яка дає можливість сторонам кримінального провадження подати до суду свої докази та за допомогою них відстоювати свої правові позиції, права, свободи та законні інтереси. Зміцненню надійності системи доказування у кримінальному провадженні України покликані сприяти також законодавчі новели, що спрямовані на підвищення ефективності використання такого важливого засобу доказування, як проведення експертизи.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України), на відмінну від свого попередника, розширив процесуальні можливості сторони захисту щодо залучення експерта до кримінального провадження. Враховуючи те, що оновлене кримінальне процесуальне законодавство України спрямоване на розширення основ змагальності та встановлення процесуальної рівності сторін, важливе значення має забезпечення балансу процесуальних можливостей сторін щодо залучення експерта.

Науковим дослідженням процесуального порядку залучення експерта до кримінального провадження займалися такі науковці, як Р.С. Белкін, В.Г. Гончаренко, А.В. Іщенко, Н.І. Клименко, І.П. Кононенко, В.К. Лисиченко, А.І. Лозовий, Г.М. Нагорний, В.Т. Нор, В.М. Тertiшник, М.Я. Сегай, В.І. Шамсєєва, М.Г. Щербаковський та ін. В умовах реформування кримінального процесуального законодавства України інститут судової експертизи потребує подальшого наукового дослідження у аспекті порядку залучення експерта.

Відповідно до ст. 243 КПК України експерт може бути залучений до кримінального провадження стороною обвинувачення за наявності підстав для проведення експертизи, у тому числі за клопотанням сторони захисту чи потерпілого, стороною захисту на договірних умовах, а також слідчим суддею за клопотанням сторони захисту. Позитивним моментом є те, що передбачена можливість сторони захисту подати клопотання про залучення експерта для проведення експертизи до слідчого судді, якщо вона не може самостійно залучити експерта через відсутність коштів.

Вважаємо, що надання стороні захисту права залучати експерта на договірних основах для проведення експертизи остаточно закріпило в кримінальному провадженні України інститут конкурентної (альтернативної) експертизи. Погоджуємося з Н.І. Клименко, яка вказує, що термін «конкурентна експертиза» вписується в систему правовідносин, що виникають у змагальному процесі, який побудовано не тільки на протиставленні функцій обвинувачення і захисту, а й на наявності рівних можливостей сторін у реалізації своїх законних інтересів [2].

КПК України, закріпивши в кримінальному провадженні України інститут конкурентної (альтернативної) експертизи, залишив не розкритими певні аспекти правового порядку залучення експерта для проведення експертизи. Слушною з цього приводу видається думка В.С. Бондаря, який зазначає, що вдосконалення потребують питання забезпечення прав та законних інтересів сторони захисту та потерпілого при використанні спеціальних знань на стадії досудового розслідування з точки зору достатності процесуальних можливостей впливати на хід та результати розслідування, що свідчить про відсутність у ньому механізму забезпечення рівності та доступності до експертних досліджень [3]. Отже подальшого наукового дослідження потребує процесуальний порядок залучення експерта до кримінального провадження стороною захисту.

Вимога ч. 2 ст. 69 КПК України щодо неможливості бути експертом особи, яка перебуває у службовій або іншій залежності від сторін кримінального провадження або потерпілого, на нашу думку, покликана сприяти реалізації принципу змагальності в кримінальному провадженні, оскільки забезпечує об'єктивність та незацікавленість експерта у кримінальному судочинстві України. Але варто погодитися з В.В. Арешонковим в тому, що у цілому нововведена норма є абсолютно справедливою, однак на сьогодні на практиці виникають певні суперечності, які, на наш погляд, потребують свого вирішення. Мова йде про ситуацію, коли досудове розслідування проводить слідчий

відповідного підрозділу МВС та призначає експертизу експерту експертної служби цього ж відомства. Дійсно, напругу вони, начебто, не залежать один від одного, але зустрічаються випадки, коли заступник начальника ГУМВС (УМВС) області по слідству є куратором НДЕКЦ при ГУМВС (УМВС), або інший випадок, коли експерти заступають чергувати у складі слідчо-оперативних груп у якості спеціалістів, а старшими цих груп є слідчі, тобто фактично спеціаліст-експерти в цей час стає певним чином службово-залежним від останнього [4]. Н.І. Клименко вказує, що експерти сторони обвинувачення та захисту не можуть надати суду об'єктивні висновки, якщо вони будуть працівниками однієї установи та підпорядковані одному керівнику. Отже, слід розраховувати на систему експертних установ недержавної форми власності, експерти якої будуть виступати на стороні захисту [5].

Звернемо увагу, що відповідно до ч. 2 ст. 102 КПК України, у висновку експерта повинно бути зазначено, що його попередили про відповідальність за завідомо неправдивий висновок та відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків. Враховуючи те, що сторона обвинувачення наділена всіма процесуальними засобами щодо попередження експерта про кримінальну відповідальність, а сторона захисту – ні, це може призвести до порушення принципу змагальності, оскільки висновок експерта, який залучений стороною захисту і не був попереджений про кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок, буде визнаний недопустимим доказом. У такому випадку стороні захисту залишається лише звертатися до експертів, які працюють у державних експертних установах, або звертатися з клопотанням про залучення експерта до слідчого судді чи сторони обвинувачення, а це, в свою чергу призводить, до обмеження сфери використання конкурентної (альтернативної) експертизи в кримінальному провадженні України.

Варто зазначити, що в науковій літературі існує точка зору, що висновок експерта, який був залучений стороною захисту, незалежно від того чи задовольняє він процесуальний інтерес сторони захисту чи ні, обов'язково повинен бути використаний у кримінальному провадженні. Так, О.М. Моїсєєв вказує, що на підставі аналізу ст. ст. 243, 244 чинного КПК України виникає підозра, що результати експертизи можуть бути приховані стороною захисту, якщо вони її не влаштовують. І це не відповідає об'єктивному характеру істини в змагальному судочинстві. Якщо висновки експертизи не увійшли до масиву доказової інформації, спільної для всіх суб'єктів кримінального процесу, це звужує обсяг об'єктивних підстав для ухвалення судом вірного рішення [6]. На

думку Г.М. Пилипенка, у КПК України необхідно передбачити інформування стороною захисту, зокрема, «протилежну» сторону провадження щодо залучення нею експерта та відносно змісту завдання для вирішення експертизою [7]. Вважаємо, що для сторони захисту, на яку не покладається обов'язок доказування, залучення експерта є її правом, а, отже, й використання отриманого висновку експерта є її правом. Крім того, ч. 6 ст. 290 КПК України передбачає право сторони захисту має не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Аналізуючи ч. 6 та ч. 12 ст. 290 КПК України можемо зробити висновок, що, якщо сторона захисту бажає у суді використати цей висновок, вона зобов'язана надати можливість ознайомитися з ним стороні обвинувачення.

Ст. 243 КПК України встановлюючи порядок залучення експерта для проведення експертизи, повністю не розмежовує у яких випадках сторона захисту може подавати стороні обвинувачення клопотання про залучення експерта, а в яких випадках залучати експерта самостійно. Крім того, не визначено які документи сторони кримінального провадження повинні направити до експертної установи, щоб залучити експерта для проведення експертизи. Вважаємо, за необхідним закріпити в ст. 243 КПК України, що стороною обвинувачення експертиза призначається мотивованою постановою, яка повинна містити відомості, за аналогією із ст. 196 КПК України 1960 року. У випадку залучення експерта стороною захисту на договірних засадах експертиза проводиться відповідно до договору, який повинен містити відомості, що необхідні для проведення експертизи. Договір долучається до висновку експерта, який подається до суду як доказ.

У випадках залучення експерта для проведення експертизи стороною обвинувачення за клопотанням сторони захисту чи потерпілого, вважаємо за доцільним закріпити в ст. 243 КПК України право сторони захисту та потерпілого: заявляти клопотання про призначення експерта з числа вказаних ним осіб; заявити відвід експертові; ставити перед експертом питання; давати пояснення експертові; пред'являти додаткові документи; заявляти клопотання про призначення нової або додаткової експертизи, а також передбачити обов'язок сторони обвинувачення ознайомити із висновком експерта сторону захисту чи потерпілого, за клопотанням яких експерт залучався.

Ч. 3 ст. 244 КПК України встановлює, що клопотання про залучення експерта розглядається слідчим суддею не пізніше п'яти днів із дня його знаходження до суду. На нашу думку, даний строк повинен бути скорочений до

трьох днів для забезпечення оперативності отримання зразків для експертизи, в разі необхідності, та уникнути можливості їх знищення або псування.

КПК України в ст. 245 вказує, що у разі необхідності отримання зразків для проведення експертизи вони відбираються стороною кримінального провадження, яка звернулася за проведенням експертизи, або за клопотанням якої експертиза призначена слідчим суддею. Погоджуємося з К.Г. Гейко, який зазначає, що виникає питання і про достовірність і допустимість отриманих доказів стороною захисту об'єктів експертного дослідження. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не регламентує форму фіксації зібраних доказів. Уявляється, що з метою усунення сумнівів у достовірності добутих адвокатом доказів виявлення, вилучення, огляд предметів і документів слід проводити за участю двох незацікавлених осіб. А результати цих дій повинні відображатися у відповідному протоколі. Також в протоколі слід фіксувати процедуру отримання зразків для експертного дослідження, а також відомості, які погодилися дати адвокату опитувані ним особи. Протоколи повинні підписуватися адвокатом і всіма учасниками зазначених дій [6].

Отже, призначення, проведення та використання результатів конкурентної (альтернативної) експертизи має велике практичне значення в умовах сучасного змагального кримінального провадження України. Вдосконалення механізму правового регулювання даного інституту повинно забезпечуватися чітко сформованими нормами, що визначають комплекс прав сторони обвинувачення, сторони захисту та потерпілого щодо залучення експерта для проведення експертизи. Інститут конкурентної (альтернативної) експертизи потребує подальшого наукового дослідження для розробки варіантів законодавчих новел, спрямованих на вдосконалення функціонування даного інституту в змагальному кримінальному провадженні України.

Список використаної літератури:

1.Кримінальний процесуальний кодекс України : затверджений Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 11.

2.Клименко Н.І. Щодо інституту конкурентної (альтернативної) експертизи / Н.І. Клименко // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. – 2011. – Випуск 11. – С. 211-216. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Tpsek_2011_11_30.pdf

3.Бондар В.С. Інституту судової експертизи в умовах реформування кримінального судочинства / В.С. Бондар // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики: Матеріали IV міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження професора М.В. Салтевського (м. Одеса, 2 листопада 2012 року). – Одеса : Фенікс 2012. – С.272-275.

4.Арешонков В.В. Загальні засади судової експертизи за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: порівняльно-правовий аналіз / В.В. Арешонков // Митна справа. – 2012. – № 6 (84). – С. 162-168.

5.Клименко Н.І. Питання реформування інституту судової експертизи в КПК України / Н.І. Клименко // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : Матеріали IV міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження професора М.В. Салтевського (м. Одеса, 2 листопада 2012 року). – Одеса : Фенікс 2012. – С. 356-359.

6.Моїсєєв О.М. Прагматична модель взаємодії сторін у змагальному процесі / О.М. Моїсєєв // Правничий часопис Донецького університету. – 2012. – № 2 (28). – С. 141-146.

7.Пилипенко Г. М. Ситуації досудового розслідування, що потребують залучення експертів (обізнаних осіб) / Г. М. Пилипенко // Європейські перспективи. – 2013. – № 10. – С. 124-129.

8.Гейко К.Г. Проблемні питання проведення експертиз в досудовому розслідуванні / К.Г. Гейко // Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики : Матеріали V міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої XX-річчя Національної академії правових наук (м. Одеса, 1 листопада 2013 року). – Одеса : Фенікс 2012. – С.245-247.

У статті досліджено особливості залучення експерта до кримінального провадження відповідно до нового Кримінального процесуального кодексу України. Проаналізовано перспективи запровадження в кримінальному судочинстві України інституту конкурентної (альтернативної) експертизи. Розглянуто проблемні питання реалізації права сторони захисту самостійно залучати експерта на договірних умовах.

Ключові слова: сторона захисту, залучення експерта, інститут конкурентної (альтернативної) експертизи.

В статье исследованы особенности привлечения эксперта к уголовному производству в соответствии с новым Уголовным процессуальным кодексом Украины. Проанализированы перспективы внедрения в уголовном процесс Украины института конкурентной (альтернативной) экспертизы. Рассмотрены проблемные вопросы реализации права стороны защиты самостоятельно привлечь эксперта на договорных условиях.

Ключевые слова: *сторона защиты, привлечения эксперта, институт конкурентной (альтернативной) экспертизы.*

The article discusses the features of the involvement expert in criminal proceedings according the new Criminal Procedure Code of Ukraine. Prospects of institute of competition (alternative) expert examination in criminal proceedings Ukraine are analyzed. The article considers the problematic issues of rights of the defense independently to involve experts to conduct expert examination on contractual basis.

Keywords: *the defense, to involve experts to conduct expert examination, institute of competition (alternative) expert examination.*

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