

УДК 340.11

Віктор Ковальський,

кандидат юридичних наук, доцент,

президент видавничої організації «Юрінком Інтер»

**ОХОРОННА ФУНКЦІЯ ПРАВА:
ПИТАННЯ ІСТОРИЧНОЇ ОБУМОВЛЕНОСТІ**

Історична обумовленість охоронної функції права має складний суперечливий предмет дослідження. Така обумовленість відбивається у сутності та історичних формах, реалізується на перетині цивілізаційних, правових та владно-політичних явищ. Історична обумовленість охоронної функції права аналізується в аспекті розвитку цивілізації (ступені розвитку позитивного права), а також в аспектах аналізу джерел (форм) права та за висвітленням сучасних подій та фактів реалізації державної політики.

Ключові слова: сутність та форми реалізації охоронної функції права, антинародна діяльність НКВС, реабілітація репресованих, відповідальність держави за Голодомор.

Обумовленість охоронної функції права має універсальний цивілізаційний характер. Зміст, а також форми її реалізації, як свідчать історичні факти і документи, залежать від багатьох чинників, що вказує про належність цієї функції до органічних властивостей права і влади. Саме влада організовує охорону режиму владарювання, правопорядку, власності, господарського укладу, а також захист товаровиробників. На реалізацію цієї функції безумовно впливали історичні фактори, в яких визначалися властивості політичного режиму (тиранічного, тоталітарного або демократичного), правові ознаки організації державної влади (жорстка вертикальна, партійна або особиста підпорядкованість владних органів або їх подвійна підпорядкованість тощо), стан та дотримання законодавства в державі тощо. Нагадаємо висловлювання Шарля Монтеск'є, який з цього приводу проголосив: «Найжорстокіша тиранія — та, що виступає під мантією законності і під прапором справедливості».

Аналізуючи історичні ступені цивілізаційного сходження права, російський вчений С. С. Алексєєв вказує, що самі ступені — це трансформація і модифікація сили, яка визначає життя і реальність юридичних установлень, коли право, залишаючись «силовим» установленням, змінює силові інститути і засоби, пристосовує їх до даного стану і рівня гуманітарних цінностей. Він виокремлює чотири основні ступені позитивного права: право сильного, право влади, право держави, право громадянського суспіль-

ства [1]. Безперечно, що наші предки знали про основне призначення права — підтримувати і охороняти порядок, котрий в основному є наступним від інших поколінь і базується на визначних культурних і історичних традиціях.

Структурно реалізацію охоронної функції права з точки зору її зовнішньої форми можна поділити на три форми: карально-репресивну, карально-обвинувальну і карально-захисну. Історично ці форми виникали та існували не поодиноко; вони не були належністю виключно якоїсь однієї історичної доби або приналежністю якогось політичного режиму, державної форми правління. Зазначаючи це, ми акцентуємо увагу на правових формах її реалізації, які в різні історичні часи перемежувалися між собою. При тому інколи певна форма реалізації охоронної функції права переважала, виступаючи тенденцією розвитку права як важливого фактора цивілізації, а не у відриві від нього.

Під формою реалізації охоронної функції права ми розуміємо суспільне (владне, державне, повсякденне) культивування традиційних, звичних способів, методів або прийомів охорони суспільних цінностей. Безперечно, що подібне явище супроводжувалося інституціональним поширенням моделей сталих відносин, пов'язаних з правовою репресією, карою, обвинуваченням у вчиненні злочину, захистом від обвинувачення, призначенням покарання виходячи із політичних, правових, культурних, соціальних та етносоціальних інтересів, традицій, звичаїв. Власне, йдеться про інституціональний, політичний та пра-

вовий обов'язок суб'єктів владних відносин охороняти державний лад, суверенітет та незалежність держави, захищати людину, її добробут, спокій, боротися зі злочинністю, іншими соціальними конфліктами або відхиленнями.

Безперечно, що в історичному аспекті неперехідність права і шанобливе ставлення до досягнень правової культури вимагає ретельного обстоювання загальнолюдських правових цінностей. Історія багато чого вчить і, зокрема, того, що *in foveam vitae, libertatis et innocentiae omnia praesumuntur* (лат.) — «усе презюмується на користь життя, свободи і невинуватості». Не буде порушенням логічного та історичного розмежування форм реалізації правоохоронної функції, якщо стверджуватимемо, що цей процес, по суті, є обвинувальним. Він завжди починається докором з приводу ознак вчиненого злочину. В. Гончаренко цілком слушно зауважує, що на всі часи і для всіх абсолютно людей — правовий докір ґрунтується на встановлених ознаках злочину, а не на злочині, наявність якого є лише гіпотезою [2].

Формулою, якою передбачалася споконвічна протидія сторін у конфлікті, був таліон. Про таліон, за свідченням перших писемних пам'яток культури, було відомо за часів Гомера, Гесіода, Конфуція, ранніх християнських учень. Автори книги Старого завіту, підкреслювали, що таліон підкоряв людські відносини нормативно-ціннісним засадам регуляції. Універсальність таліону виявилася в його здатності регулювати ворожі й дружні, мінові й особисті стосунки. І таліон, і вендетта як форми традиційних охоронних відносин були відомі з історичних часів, але в деяких країнах вони поширені і зараз [3].

Розвиток норм охоронного права відбувся у складі кримінального права і мав свої особливості. На жаль, у радянські часи ця тема для дослідження була заборонена, а якщо і розглядалася, то тільки з класових, партійних позицій. Аналізуючи законодавчі акти, літературні джерела щодо історії українського права, можна дійти висновку, що в короткі часи незалежності на українських теренах діючими були норми звичаєвого право, Руська Правда, гетьманські універсали, акти військової канцелярії, а також запозичені правові акти держав (Польщі, Литви, Російської імперії), під владою яких перебувала Україна. Намагання української патріотично налаштованої еліти позбутися впливу на внутрішню політику і ство-

рити свою власну кодифікаційну систему не були реалізовані.

Як підказує історичний досвід, починаючи з середини 20-х років минулого сторіччя в Україні, за допомогою органів Народного Комісаріату внутрішніх справ, здійснювалася небезпечна антинародна діяльність, яку з історико-правової точки зору можна визнати карально-репресивною та карально-обвинувальною. Спеціальне дослідження, проведене науковцями-правниками та згодом Верховним Судом України, а також правозахисними органами, свідчить, що масовим репресіям, безпідставно жорстоким покаранням за роки радянської влади було піддано практично всі прошарки суспільства [4; 5; 6]. За часів СРСР найважливішим завданням, полем реалізації охоронної функції виступала, як правило, лише одна з її складових (важлива, але далеко не головна і тому гіпертрофована) — боротьба зі злочинністю. Зосередження діяльності правоохоронних органів на одному — антикриміногенному напрямі було гіпертрофованим виразом правової ідеології. Розглядаючи правоохоронну діяльність лише під кутом зору антикриміногенного впливу на суспільство і поведінку людини, деякі юристи, і вчені, і практики, звужували її правове поле, підміняли поняття державного впливу на злочинність поняттям боротьби зі злочинністю.

Боротьба зі злочинністю є безперечно важливим державним завданням. За Указом Президента України «Про невідкладні заходи щодо посилення боротьби зі злочинністю» від 21.07.1994 р. № 396/94 правоохоронним органам приписується «вважати боротьбу із злочинами проти особи, злочинністю в економічній сфері, зокрема в кредитно-фінансовій та банківській системах, у зовнішньоекономічній діяльності та торгівлі, на транспорті, головними напрямками діяльності [7].

Історичні зміни охоронної функції права стосуються визначення не тільки завдань боротьби зі злочинністю, а й пріоритетів щодо охорони прав та свобод людини. Формулюючи мету охоронної функції, автори ґрунтовної монографічної розробки радянських часів стверджують, що ця функція має на меті огородити від посягань діючий устрій, новий тип суспільних відносин, а також і забезпечити витіснення відносин, що є чужими для нового суспільства, тобто сприяти звільненню людей від застарілих поглядів та ідей, від егоїстичних мотивів, споживацтва, хабарництва тощо [8]. Неважко по-

мітити, що витіснення чужих для нового суспільства відносин не є власне правовою функцією. У сучасних умовах ми розглядаємо охоронну функцію, її соціальне призначення не тільки в контексті охорони загальнозначущих, соціально важливих політичних, економічних, культурних етнонаціональних, особистих відносин, а також і у напрямі гостроти впливу на явища, що завдають шкоди розвитку цих суспільних відносин. Тому слід погодитися з думками Н. М. Оніщенко про те, що лише шкода розвитку суспільних відносин може бути критерієм напряму та ефективності впливу на негативні явища, але не політична доцільність або певні корпоративні інтереси [9].

В охоронній нормі, що має характер норми-погрози, закладається певний імператив (веління), якій визначається у специфічній формі; в її змісті викладається факт, що обумовлює, викликає, виправдовує, актуалізує цю норму. В такий нормі ми бачимо поєднання форми і змісту, між якими існує тісний органічний зв'язок. Саме завдяки силі імперативу, що асоціюється з правомірним примусом, владним велінням, досягається авторитет норми, якій підсилюється її реалізацією. Кантівський імператив є об'єктивним принципом підкорення суб'єктивній і випадковій волі всеосяжного розуму, який, за І. Кантом, ніколи не помиляється. Імператив (моральний, категоричний чи гіпотетичний) має беззаперечно виконуватися, незважаючи на цілі [10].

Існує чимало прикладів викладу охоронних норм у вигляді наказів, заборон, команд. Та потрібно зазначити, що вони не є абсолютно притаманними лише для охоронних норм. Командний тип правових норм абсолютно не характерний для ліберальної або плюралістичної демократії, яка будується на теренах України. Державна монополія на примус за сучасних умов стала ознакою соціального прагнення до громадянського миру.

Проголосивши незалежність, Україна фактично успадкувала інституціональну систему забезпечення охоронних відносин від СРСР, що потребувало розробки та впровадження суверенної системи забезпечення охоронних відносин, яка б сприяла громадянському миру, ствердженню правового порядку. У цьому процесі важливу роль відіграли такі нормативно-правові акти, які по-новому трактували соціальну роль міліції, прокуратури, СБУ, адвокатури й інших органів. Проте практика реалізації охоронної

функції права з часів проголошення незалежності знає багато прикладів, що дисонують з політичними прагненнями до спокою і громадянського миру. Як владні органи діяли в тій чи іншій ситуації, що потребувала охоронного впливу, свідчать звіти тимчасових слідчих комісій ВРУ, зокрема з перевірки фактів фальсифікації окремих положень декрету КМУ «Про довірчі товариства» від 17.03.1993 р. № 23-93 на сесії ВРУ 30.10.1996 р. тощо. Більше того, саме Президент України Л. Кучма у 1995 р. вперше висловив думку про силу впливу «п'ятої влади», яка зрівнялася з самою владою і навіть почала її переростати. Стурбованість криміногенним впливом на владу, суспільство, роль у тінізації економіки висловлював неодноразово і наступний Президент України В. А. Ющенко.

Український кримінолог В. І. Шакур, який провів спеціальне дослідження зростання влади і злочинності, вважає, що у 90-х роках нелегальна влада в Україні за своїми масштабами і ресурсами перевершує легітимну. Тобто йдеться про тіншову структуру всього суспільства, яку не можна перемогти силою держави. Для цього держапарат не годиться, бо в умовах тотальної корупції будь-який примус чиновників до каральних заходів або розширення контрольних функцій призводить лише до додаткових стягнень, які набувають характеру здирництва [11]. З цього приводу українська поетеса Ліна Костенко казала: «Якщо на злочин відповідати злочином, то як же жити на Землі».

Для того щоб не робити такого сумного висновку, потрібно проаналізувати помилки і прорахунки влади у охоронній сфері, довести до логічного завершення необхідні реформи у цій царині з тим, щоб охоронні норми були ефективними, державний апарат виконував свої завдання, а реалізація охоронної функції здійснювалася у формі, адекватній сучасній цивілізованій державі.

З моменту проголошення Акта незалежності (1991 р.), накладення мораторію на застосування смертної кари як кримінального покарання (1995 р.), прийняття нової Конституції України (1996 р.) відбувся перехід від карально-обвинувальної до карально-захисної форми реалізації охоронної функції права. Особливого значення при цьому набуло впровадження інституту Уповноваженого ВРУ з прав людини (1996 р.), визнання смертної кари як такої, що суперечить Конституції України (1999 р.), прийняття

нового КК України (2001 р.) та посилення інституціонального впливу судової юрисдикції на усі відносини, які виникають у суспільстві, що відбулося завдяки низці законів, зокрема про судову Україну, про доступ до судових рішень тощо.

Вагомим значення у переході від карально-обвинувальної до карально-захисної форми реалізації охоронної функції права набувають факти, що свідчать про відповідальність держави перед людиною (ст. 3 Конституції). Одним із них є порушення кримінальної справи щодо Голодомору. Як відомо, 22.05.2009 р. Служба безпеки України порушила кримінальну справу за фактом вчинення геноциду в Україні у 1932—1933 роках, тобто за ознаками злочину, передбаченого ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України (ККУ). Отже, йдеться про логічне завершення заходів щодо визнання Голодомору в Україні 1932—1933 років геноцидом Українського народу, а також обов'язковий крок Української держави в рамках виконання своїх міжнародно-правових зобов'язань. Таким чином, відкриваючи кримінальну справу, СБУ керувалася нормами національного законодавства і, отримавши численні «заяви громадськості», зобов'язана була нести постанову про порушення кримінальної справи за фактом вчинення геноциду проти українського народу у 1932—1933 роках (ст. 98 КПК).

Відповідно до ч. 1 ст. 442 ККУ, за якою було порушено кримінальну справу, геноцид визначається як «діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу». Сторона, яка стверджує існування геноциду, повинна довести намір за допомогою «повністю переконливих» доказів. Такий елемент існував у діячів влади СРСР, яка організувала Голодомор 1932—1933 років в Україні, що вже доведено дослідниками документально.

Проблемним питанням з точки зору реалізації охоронної функції є визначення держави як суб'єкта кримінальної відповідальності, оскільки це не є в традиції українського кримінального права. Суб'єкт злочину як елемент складу злочи-

ну характеризується такими ознаками, як індивідуальність (фізична особа), осудність (особа здатна усвідомлювати події і керувати своїми діями), досягнення віку кримінальної відповідальності (особі має виповнитися 18 років на час вчинення злочину). У статтях 6, 7 і 8 КК України, до того ж, говориться, що нести кримінальну відповідальність можуть громадяни України, іноземці й особи без громадянства. Отже, закладається певна суперечність у тому, що лише громадяни України, іноземці й особи без громадянства є суб'єктами злочину, а за положеннями міжнародного кримінального права держава може нести міжнародну відповідальність. Адже варто нагадати і про ст. 3 КК України, у якій встановлюється, що законодавство України про кримінальну відповідальність ґрунтується на Конституції України та загальнозвизнаних принципах і нормах міжнародного права. Положення про міжнародну відповідальність держави належить до норм і принципів міжнародного права. Тим більше, що про це свідчить міжнародно-правова практика [12]. За відсутності хоча б одного з елементів складу злочину (конкретні винні особи) кримінальна справа підлягає закриттю. Але контроль за діями, що мали місце під час Голодомору 1932—1933 років, покладається на державу, тому порушення кримінальної справи має сенс щодо осіб, причетних до геноциду. Важливим з точки зору історичної справедливості є реабілітація осіб, які були притягнені до кримінальної відповідальності, наприклад особи, що були репресовані у ході здійснення цього злочину, або особи, які чинили спротив владі та допомагали чи полегшували долю інших голодуючих.

Окрім правового обов'язку дослідити всі обставини геноциду під час Голодомору 1932—1933 років в Україні, Законом України «Про Голодомор 1932—1933 років в Україні» покладено загальний моральний обов'язок перед минулими та наступними поколіннями українців відновити історичну справедливість, утвердити в суспільстві нетерпимість до будь-яких проявів насильства. І хоча рішення суду у цій справі не відповіло на більшість поставлених запитань, сподівання на розвиток юридичний, а не політичних питань лишаються позитивними. Перші спроби виявити історичні і правові нюанси цієї справи дають підстави для початку нового розуміння історичної обумовленості охоронної функції права, зокрема її певної форми реалізації [13].

Висновок про розуміння історичної обумовленості охоронної функції права має, на нашу думку, базуватися на тому, що розвиток цивілізації і усього суспільства безумовно ґрунтується на історичній пам'яті та уроках минулого. І незважаючи на це потрібно кожен раз

повертатися до цих історичних уроків, поки наступники не почнуть усвідомлювати і виправляти помилки шляхом вчинення належних дій, що мають призвести до історичної справедливості, до гуманізації охоронної функції права.

ПРИМІТКИ

1. Алексеев С. С. «Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. — М. : НОРМА, 2001. — С. 222—226.
2. Гончаренко В.Г. Opus probanti в контексті процесуальних функцій і етики спілкування / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури. — Вип 4. — 2005. — С. 5—9.
3. Більш докладно про таліон, який був характерним на українських теренах і отримав свій вираз у художній прозі, див.: Злочин і кара у класичній українській прозі. Твори І. Франка, О. Кобилянської, О. Стороженка, В. Вінниченка / вступна стаття В. С. Ковальського. — К. : Юрінком Інтер, — 2006. — С. 5—18.
4. Жертви репресій: наук.-популярне вид. / Ю. С. Шемшученко, Т. В. Варфоломеева, Г. А. Мурашин [та ін.]. — К. : Юрінформ, 1993. — 278 с.
5. Білас І. Г. Репресивно-каральна система в Україні 1917—1953: Суспільно-політичний лад та історико-правовий аналіз: у 2 т. / І. Г. Білас. — К. : Либідь, 1994. — 432 с.
6. Реабілітація репресованих. Законодавство та судова практика. Верховний Суд України / за ред. В. Т. Маляренка. — К. : Юрінком, 1997. — 476 с.
7. Преступность в Украине // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — № 2. — 1994. — 192 с.
8. Правовая система социализма. Функционирование и развитие / отв. ред. А. М. Васильев. — М. : Юрид. лит, 1986. — Кн. 2. — С. 32.
9. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії / Н. М. Оніщенко. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. — С. 60—61.
10. Кант И. Критика практического разума / И. Кант. — СПб., 1995. — С. 75—76.
11. Шакун В. І. Влада і злочинність / В. І. Шакун. — К. : Пам'ять століть, 1997. — С. 61.
12. Футей Богдан. Справа про Голодомор / Богдан Футей // Юридичний вісник України. — 2009. — № 37.
13. Дудін В. Голодомор: новий вимір трагедії / В. Дудін // Юридичний вісник України. — 2010. — № 3.

Ковальський Віктор. Охранная функция права: вопрос исторической обусловленности. Историческая обусловленность охранной функции права имеет сложный противоречивый предмет исследования. Такая обусловленность отражается в сущности и исторических формах, реализуется на пересечении цивилизационных, правовых и властно-политических явлений. Историческая обусловленность охранной функции права анализируется в аспекте развития цивилизации (степени развития позитивного права), а также в аспектах анализа источников (форм) права и по освещению современных событий и фактов реализации государственной политики.

Ключевые слова: сущность и формы реализации охранной функции права, антинародная деятельность НКВД, реабилитация репрессированных, ответственность государства за Голодомор.

Kovalskiy Viktor. Guarding function of law: question of the historical conditionality. The historical conditionality of guarding function of law has the difficult contradictory objective of research. Such conditionality is reflected in essence and historical forms, it is realizing on crossing of the civilizative, legal and imperiously-political phenomena. The historical conditionality of guarding function of law is analysed in the aspect of development of civilization (degrees of development of positive law), and also in the aspects of analysis of sources (forms) of law and by analysing modern events and facts of realization of public policy.

Key words: essence and forms of realization of guarding function of law, anti-human practice of NKVS (Soviet ministry for Internal Affairs), rehabilitation of subjected to repression, responsibility of the state for Holodomor (famine-genocide 1932—1933).