

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Андріюк В. В.

ПРИНЦИПИ ЮРИДИЧНОГО ПРОГНОЗУВАННЯ: ДЕЯКІ МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ

УДК 340.11; 340.116

Визначення перспектив розвитку правової системи, знання майбутнього державно-правової сфери життєдіяльності суспільства є необхідною умовою для правильного та ефективного соціального управління та правового регулювання суспільних відносин. Практична необхідність підвищення ефективності, надійності юридичного прогнозування, а також потреба надання теоретичної та методологічної стрункости, чіткості вченню про юридичне прогнозування зумовлюють науковий інтерес до формулювання основних принципів юридичного прогнозування. А враховуючи той факт, що юридична прогностика покликана, в першу чергу, генерувати методологічний інструментарій прогностичного дослідження об'єктів державно-правової дійсності, основними структурними елементами якого є, насамперед, принципи юридичного прогнозування, *актуалізується* необхідність дослідження цього питання.

Разом з тим, методологічні засади юридичного прогнозування *не одержали належного теоретичного підґрунтя* ні в загальній теорії права і держави, ні в галузевих юридичних науках, за винятком окремих публікацій (переважно з проблем кримінологічного та криміналістичного прогнозування).

Все вищесказане підводить до думки про *необхідність детальної розробки методологічних проблем прогностичних досліджень в юридичній науці, і в першу чергу визначення основоположних ідей, на яких базується процес наукового осягнення майбутнього розвитку досліджуваного об'єкта*, адже рівень і глибина дослідження предмета прямо залежить від обраного комплексу принципів та методів юридичного прогнозування.

Основною метою даної статті є визначення системи та детермінація основних принципів юридичного прогнозування, а також їх дезагрегація на рівні конкретних методологічних вимог, що ставляться до процесу юридичного прогнозування.

Для досягнення поставленої мети будуть проаналізовані основні принципи юридичного прогнозування, сформульовані конкретні методологічні імперативи кожного з них та визначені основні характеристики

ки системи принципів юридичного прогнозування.

Насамперед, варто відзначити, що побудова системи наукового знання в будь-якій галузі теоретико-прикладного освоєння дійсності ґрунтується на певних корінних, вихідних положеннях, що мають методологічне значення й інтерпретуються в науковій літературі як принципи. Тобто останні, поряд із законами розвитку досліджуваного об'єкта, забезпечують цілісність наукової теорії в логіко-гносеологічному аспекті, “зв'язують всі наявні елементи теорії в єдине ціле і виступають як норма, вимога, методологічна директива”, як “непорушні устої, на яких тримається наукова теорія” [12, с. 70].

Під *принципами юридичного прогнозування* слід розуміти первоначала, головні (основоположні) ідеї, на яких базується процес наукового осягнення майбутнього розвитку досліджуваного об'єкта, головні структурні елементи методології юридичного прогнозування, як системи в яких “знаходять своє вираження найбільш суттєві риси методології, завдяки яким забезпечується цілісний зв'язок між фактами, поняттями, законами і теоріями, а дослідження набуває рис спрямованості і керованості” [2, с. 4]. В. Г. Виноградов цілком вірно відмічає основні особливості методологічних принципів, якими є: 1) їх синтезуючий характер; 2) їх стійкість; 3) вони є найбільш загальними ідеями, знаннями; 4) свою пізнавальну роль виконують опосередковано (наприклад, через методи, поняття, закони науки); 5) вони виступають як засоби організації знання і пізнавальної діяльності [2, с. 4-5]. Саме завдяки цим особливостям принципи юридичного прогнозування виконують роль каркасу в конструкції прогностичного дослідження державно-правової дійсності як в його теоретичному, так і в практичному аспектах.

Теоретично та практично доцільно розрізняти принципи прогнозування і принципи побудови, існування та функціонування досліджуваних (прогнозованих) об'єктів. Одним з останніх є, наприклад, так званий “принцип інерційності процесу” (див.: [13, с. 13]), який активно використовується при перспективному прогнозуванні. Крім того, не зайвим буде розмежування принципів власне процесу юридичного прогнозування та принципів побудови теорії юридичного прогнозування (юридичної прогностики). Хоча, з іншого боку, принципи процесу (практики) юридичного прогнозування не слід абсолютно відривати від принципів побудови і функціонування об'єкта та теорії юридичного прогнозування, адже всі вони тісно пов'язані між собою, взаємообумовлюють один одного, а досить часто в теорії та практиці прогностичного дослідження взаємопереплітаються та взаємовплітаються один в одного.

Звичайно, кожен автор намагається створити власну систему прин-

ципів прогнозування, або хоча б акцентувати увагу на одному чи кількох найбільш важливих, на його думку, ідеях, вимогах, принципах прогностичного дослідження реальної дійсності. Так, В. В. Косолапов в якості основних принципів соціального прогнозування називає принцип пізнаваності світу в цілому, принцип конкретно-історичного аналізу, принцип єдності ретроспективного і прогностикоспективного аналізу з дослідженням сучасності, з точним і об'єктивно-науковим вивченням теперішнього, принцип єдності цілей і проблем, комплексності, історичного оптимізму соціальних прогнозів, спеціального аналізу поворотних “точок росту” в розвитку об'єктів [4, с. 101-104], В. Г. Виноградов та С. І. Гончарук серед принципів соціального передбачення називають, наприклад, науковий підхід, принципи історизму систем дійсності, первинності суспільного буття і вторинності суспільної свідомості, первинності економічного базису і вторинності надбудови, діалектичного взаємозв'язку загального, одиничного та особливого, єдності загальних та специфічних законів, детермінізму, розвитку, єдності теорії і практики, конкретно-історичний підхід [2, с. 9-49]. Іноді пропонується виділяти принципи системності, узгодженості, варіантності, безперервності, верифікаційності та рентабельності прогнозування (див.: [11, с. 395-399]), а також принципи специфічності, оптимізації та неперервності аналізу об'єкта прогнозування (див.: [10, с. 17-18]). В. Я. Матвієнко виділяє методологічні та методичні принципи прогнозування (див.: [8, с. 52]). Причому, серед перших автор називає принципи оптимізму, майбутнього та актуалізму, а серед других – принципи обґрунтованості прогнозу, безперервності прогнозу та активності прогнозу (див.: [8, с. 52-59]). В. А. Журавель називає наступні методологічні принципи прогнозування: компонентність, детермінізм, ситуаційна обумовленість, перманентність, комплексність, пріоритетність прогнозів ([3, с. 93-94], [4, с. 17]). В. П. Горбатенко формує систему принципів політичного прогнозування, серед яких гносеологічний принцип, принцип випереджувальності подій, принцип системності, синтетично-плюралістичний принцип, синергетичний принцип, принцип реактивності, принцип рентабельності, принцип безперервності, принцип верифікації (перевірки) [3, с. 72-83].

Досить часто акцентується увага й на плідності окремих принципів прогнозування, серед яких можна назвати, наприклад, так званий конструктивний підхід, принцип історизму, принцип доповняльності в прогностиці, принципи плавності, зв'язаності, внутрішньої непротиричності.

Загалом, в прогностичній літературі можна зустріти й інші сукупності, часто різнопланових та різнорівневих принципів прогнозування.

З огляду на вищесказане, теоретично і практично доцільно сформувати певну ієрархічно побудовану систему принципів юридичного прогнозування, диференціювавши останні на певні рівні. При цьому можна запропонувати виділення таких чотирьох основних рівнів структурної організації принципів прогностичного дослідження державно-правової дійсності: 1) філософсько-світоглядний (універсальний); 2) загальнонауковий; 3) спеціальнонауковий; 4) конкретнауковий.

Філософсько-світоглядний (універсальний) рівень включає найзагальніші положення, ідеї гносеології, принципи діалектики, які визначають основні засади будь-якої пізнавальної діяльності. Такими є, наприклад, принципи об'єктивності навколишнього світу, пізнаваності останнього, історизму, конкретності істини, активного творчого відображення, єдності теорії і практики, єдності чуттєвого та раціонального, логіки та інтуїції в пізнанні, діалектичності пізнання. Філософсько-світоглядні (універсальні) принципи мислення знаходять конкретизацію на інших трьох (нижчих) рівнях.

Загальнонауковими є принципи саме наукового освоєння світу, яке, на відміну від філософування, характеризується конкретизацією абстрактно-загальних філософсько-світоглядних положень, зверненістю лише на дослідження об'єкта (на відміну від філософії, яка займається також і самопізнанням, рефлексією), однозначністю вирішення проблем, чіткістю і строгістю понятійного апарату та методології. Тобто, цю групу складають принципи тільки такої форми суспільної свідомості, як наука, що зумовлює їх меншу загальність (в порівнянні з філософсько-світоглядними) дії (використання).

Спеціальнонаукові принципи можна інтерпретувати як принципи пізнання соціальних явищ. Їх виділення та існування зумовлене специфікою соціальної форми руху матерії, яка й зумовлює особливості соціального пізнання, в тому числі й соціального прогнозування.

Конкретнауковий рівень складають принципи прогностичного дослідження об'єктів державно-правової дійсності. Формулюванням та аналізом цих принципів займається юридична прогностика, що досить часто в підсумку зводиться до конкретизації та спеціалізації принципів прогнозування вищих рівнів (філософсько-світоглядних, загальнонаукових та спеціальнонаукових).

Варто згадати й те, що вся ця ієрархія вбачається і в онтологічних (принципах побудови існування і функціонування об'єкта юридичного прогнозування), і в зумовлених ними гносеологічних (принципах процесу юридичного прогнозування) принципах прогнозування. Далі мова йтиме, здебільшого, про основні принципи юридичного прогнозуван-

ня, які проходять через усі рівні, беручи свій початок на філософсько-світоглядному рівні і завершуючись в деталізації на конкретнауковому рівні напрацювань прогностики, в тому числі й юридичної. Звичайно, при цьому не слід забувати, що в будь-якому такому чи подібному поділі, диференціації є певна умовність, яка, проте, не заважає сформулювати основні вимоги до процесу прогнозування, його правила.

В літературі з прогностики досить часто ведуть мову про так званий комплексний (див., наприклад, [7, с. 60]), системний (див., наприклад, [14, с. 111]) підхід до прогнозування, принцип комплексності, системності прогнозування. Причому, поняття “комплексність” і “системність” то отожднюють, то підпорядковують перше другому, а то й протиставляють їх.

Не вдаючись до тонкощів етимології та розуміння цих термінів, можна стверджувати про доцільність виділення принципу системності (комплексності) юридичного прогнозування, який включає, принаймні, такі структурні елементи:

1) вимога співвідпорядкування та діалектичного взаємозв'язку прогностичних досліджень об'єкта прогнозування (профілю прогнозу) і всієї сукупності зовнішніх відносно цього об'єкта факторів, що впливають на нього (прогнозного фону). Причому, особливий акцент слід зробити на необхідності максимально повного і всестороннього врахування факторів, що складають прогнозний фон. А виходячи з того, що під час проведення прогностичного дослідження певного державно-правового явища досить важко здійснити аналогічне дослідження фонових явищ, які до того ж є об'єктами вивчення інших суспільних наук, доцільно, мабуть, скористатись результатами інших видів соціального прогнозування (наприклад, економічного, соціологічного, політичного, науково-технічного тощо). Іноді може виникнути необхідність використання висновків і природознавчого прогнозування;

2) вимога максимального узгодження перспективного та нормативного прогнозування, що дозволить звести в єдину цілісну ієрархічну систему весь комплекс проблем та цілей стосовно досліджуваного об'єкта державно-правової дійсності, а також шляхів та способів досягнення цих цілей і, відповідно, вирішення вказаних проблем. А це, в свою чергу, покликане підвищити рівень прогностичного дослідження, причому, як стосовно його результату (рівень достовірності, обґрунтованості, точності, ефективності та надійності прогнозу), так і щодо самого процесу прогнозування (наприклад, зручність дослідження, менші витрати часу на його проведення, зменшення кількості матеріальних та людських ресурсів прогнозування);

3) вимога цілісного, узгодженого, комплексного застосування всього необхідного і достатнього методологічного інструментарію юридичного прогнозування. Треба сказати, що ця вимога зводиться не тільки до необхідності системного (комплексного) використання методології юридичної прогностики. Нагальною виступає також потреба органічної єдності і взаємозв'язку методів дослідження державно-правової дійсності, вироблених юридичною наукою, та філософсько-світоглядних засад і всієї необхідної й достатньої загальнонаукової методології дослідження;

4) вимога дослідження права і держави як надскладних систем, які, в свою чергу, є елементами соціальної системи. До цього варто додати необхідність врахування системного характеру не тільки самого об'єкта дослідження (в даному випадку певного державно-правового явища), але й будь-якого фонового явища;

5) вимога цілісного використання в процесі юридичного прогнозування знань з різних галузей науки і сфер суспільної діяльності, в тому числі і залучення спеціалістів з різних галузей знань при проведенні експертного дослідження перспектив розвитку досліджуваного об'єкта;

6) вимога єдності теорії і практики юридичного прогнозування, адже практика, як критерій істини, визначає прикладний ефект теорії, а теорія, в свою чергу, виступає інформаційною, методологічною та методичною базою для практики прогностичних досліджень;

7) вимога діалектичної єдності кількісних та якісних параметрів досліджуваного об'єкта і прогнозного фону, адже саме якісно-кількісний аналіз дозволяє найбільш достовірно та адекватно виявити тенденції розвитку досліджуваного об'єкта державно-правової дійсності та здійснити коректну екстраполяцію цих тенденцій на майбутнє з метою одержання достовірного, обґрунтованого, точного, надійного та ефективно прогнозу;

8) вимога тісного взаємозв'язку та органічної єдності дескриптивного передбачування (прогнозування) з прескриптивним (плануванням, проектуванням, програмуванням, ціленакладанням та управлінням загалом), що дозволить активізувати та покращити вплив людини на розвиток державно-правової дійсності;

9) вимога побудови чіткої матеріальної та процесуальної структури прогностичного дослідження того чи іншого об'єкта державно-правової дійсності.

Звичайно, принцип системності (комплексності) можна й далі деталізувати, наповнювати новим змістом, адже в кожному конкретному випадку, на кожному з етапів прогностичного дослідження він має свої

прояви.

З принципом системності (комплексності) прогнозування тісно пов'язаний принцип науковості прогностичного дослідження, адже останній обов'язково передбачає наявність першого. Взагалі, треба сказати, що цей принцип впливає вже навіть з самої суті прогнозування як наукового передбачування. В літературі з прогностики завжди звертається увага на таку рису прогнозування як науковість, і, по великому рахунку, вона розкривається більш-менш повно в будь-якій праці, присвяченій теоретико-методологічним питанням прогнозування. Але, крім того, іноді ще окремо наголошують на необхідності наукового підходу до вивчення майбутнього (див., наприклад, [2, с. 9]), що практично еквівалентне явному введенню до номенклатури принципів прогнозування і принципу науковості. Необхідність особливого акценту на дотриманні цього принципу, як і зрештою інших принципів, є особливо актуальною для юридичної науки, адже, як цілком справедливо зазначає М. І. Козюбра, “висловлювання правознавців про перспективи розвитку конкретних державно-правових явищ нерідко опираються на загальні міркування, а не на комплексні дослідження закономірностей і тенденцій розвитку цих явищ, широке використання даних практики і відповідно методик обробки, в тому числі кількісну оцінку тих чи інших можливостей” [5, с. 55-56].

Принцип науковості юридичного прогнозування можна інтерпретувати як одну з центральних ідей, що лежить в основі всієї теорії юридичного прогнозування, згідно з якою існує загальна вимога відповідності процесу прогностичного дослідження державно-правових явищ рівню розвитку сучасної науки загалом і юридичної науки зокрема. При цьому можна виділити наступні складові частини цього принципу:

1) вимога створення цілісної і упорядкованої системи понять (термінів) юридичної прогностики, в якій би виключалася будь-яка термінологічна неточність, невпорядкованість і неузгодженість, надмірна полісемічність і синонімія слів;

2) вимога втілення по можливості усієї системи принципів ідеального юридичного прогнозування в реальному прогностичному дослідженні того чи іншого державно-правового явища;

3) вимога залучення до процесу юридичного прогнозування усієї необхідної і достатньої суми знань, напрацьованих сучасною наукою;

4) вимога належного технічного забезпечення прогностичних досліджень, зокрема сучасною електронно-обчислювальною технікою;

5) вимога забезпечення проведення прогностичних досліджень належним чином підготовленими науковими кадрами;

6) вимога формування цілісної теорії юридичного прогнозування, яка б відповідала сучасному рівню розвитку науки;

7) вимога розробки такої кількості варіантів прогнозу, яка необхідна для найбільш повного врахування усієї палітри можливостей розвитку об'єкта прогнозування та прогнозного фону;

8) вимога наукового визначення достовірності, точності і обґрунтованості юридичних прогнозів, для чого слід проводити верифікацію останніх;

9) вимога врахування при проведенні прогнозування всіх закономірностей побудови та функціонування як об'єкта прогнозування і прогнозного фону, так і самого процесу прогностичного дослідження;

10) вимога створення та використання необхідного і достатнього розробленого сучасною наукою методологічного інструментарію юридичного прогнозування.

Поки що ці вимоги, як і більшість інших, можна формулювати лише на рівні побажань, оскільки загалом теорія і практика юридичного прогнозування не одержали розвитку, відповідного сучасним реаліям суспільного життя. Особливо гостро на сьогодні в цьому плані стоїть питання термінології і методології юридичного прогнозування.

Науковий підхід до прогнозування виводить також і на інші принципи, що повинні бути покладені в основу прогностичних досліджень державно-правових явищ. Так, принцип неперервності прогнозування (див.: [7, с. 8],) вимагає постійного коректування прогнозів при надходженні нових даних про об'єкт прогнозування або прогнозний фон. На жаль, досить часто забувають про необхідність дотримання цього принципу, що призводить до неточності, низької ефективності та ненадійності прогнозів. Хоча неперервність в даному випадку, звичайно, не означає абсолютного неприпинення прогностичних досліджень, адже питання про необхідність наступного коректування прогнозу вирішується на основі врахування вагомості нових даних про об'єкт прогнозування або прогнозний фон, а також дотримання ще одного досить важливого принципу – принципу рентабельності прогнозування (вимоги перевищення економічного ефекту від використання прогнозу над витратами на його розробку).

Треба сказати, що в прогностиці принцип рентабельності конкретизується через такі дві вимоги: а) співмірність прогнозованих знань про об'єкт і наявних ресурсів його подальшого розвитку; б) перевищення ефекту від використання прогнозу над витратами на його розробку [3, с. 81-82].

Вказаний принцип тісно пов'язаний з принципом економності ре-

сурсів в процесі прогнозування, який зводиться до вимог оптимального співвідношення фінансових витрат, витрат часу, експертних та інших ресурсів. Причому, іноді існує необхідність економити і в показниках того чи іншого параметра прогнозу. Так, наприклад, коли підвищення точності прогнозу на незначний відсоток вимагає надмірних витрат ресурсів, то в такому випадку, мабуть, все-таки цілком резонно дещо знизити рівень точності прогнозу (звичайно до певної, допустимої, межі), і таким чином здійснити економію ресурсів прогнозування.

З огляду на велику складність будь-якого прогностичного дослідження виникає необхідність певної побудови логічної послідовності проведення операцій процесу продукування прогнозу, що є вимогою так званого принципу етапності (стадійності) прогнозування. В літературі з прогностики дається лише спрощена загальна послідовність етапів (стадій) прогнозування (див., наприклад, [7, с. 145-147], [9, с. 29-30], [1, с. 12-16]), а в кожному конкретному випадку питання про етапи (стадії) прогнозування слід вирішувати виходячи з конкретних обставин.

Раціонально побудоване прогностичне дослідження державно-правових явищ повинно враховувати вимогу єдності цілей і проблем, яка в літературі іноді також зводиться в ранг принципу (див.: [13, с. 102]), про що йшлося під час характеристики перспективного та нормативного прогнозування. Треба сказати, що, очевидно, в даному випадку слід вести мову про принцип єдності цілей, проблем і заходів вирішення проблем та досягнення цілей.

Крім вищезазначених, в науковій літературі виділяють і інші принципи прогнозування. Звичайно, з одного боку, дійсно науковий підхід до прогнозування вимагає втілення всіх цих принципів в реальному дослідженні, про що вже йшлося вище. З іншого – доводиться стверджувати про до певної міри умовність межі між цими та іншими принципами, які взаємопереплітаються, взаємодіють між собою. Крім того, вони відрізняються між собою рівнем загальності, що призводить до неможливості ставити деякі з них в один ряд. Але, загалом, викладені положення формують певні елементи загальної схеми прогностичного дослідження державно-правових явищ, яка наповнюватиметься конкретними правилами безпосередньо на практиці юридичного прогнозування.

1. Бестужев-Лада И.В. Мир нашего завтра. – М.: Мысль, 1986. – 269 с.
2. Виноградов В. Г., Гончарук С. И. Методологические принципы социального предвидения. – М.: Знание, 1979. – 64 с.
3. Горбатенко В. П. Политическое прогнозирование: теория, методология, практика. – К.: Генеза, 2006. – 400 с.
4. Журавель В. А. Проблемы теории та методологии криминалистического прогнозирования. – Х. : Право, 1999. – 304 с.

5. Козюбра Н. И. Юридическая наука и перспективное прогнозирование. // Методологические проблемы юридической науки. – К.: Наукова думка, 1990. – с. 55-68.
6. Косолапов В. В. Категориальный аппарат общественной прогностики. // Вопросы прогнозирования общественных явлений. – К.: Наукова думка, 1978. – с. 44-81.
7. Косолапов В. В. Методология социального прогнозирования. – К.: Вища школа, 1981. – 311 с.
8. Матвієнко В. Я. Прогностика: Прогнозування соціальних та економічних процесів: Теорія, методика, практика. – К.: Українські пропілеї, 2000. – 484 с.
9. Прогнозирование в социологических исследованиях. Методологические проблемы. / Отв. ред. И. В. Бестужев-Лада. – М.: Мысль, 1978. – 272 с.
10. Прогностика. Терминология: Сб. научно-нормативных терминов. / Отв. ред. В. И. Сифоров. – М.: Наука, 1990. – Вып. 109. – 56 с.
11. Рабочая книга по прогнозированию. / Отв. ред. И. В. Бестужев-Лада. – М.: Мысль, 1982. – 430 с.
12. Румянцева Т. М. Концепция предвидения как целостная научная система. // Мировоззренческие вопросы предвидения и времени: Межвуз. науч. сб. – Издательство Саратовского университета, 1986. – с. 70-74.
13. Саркисян С. А., Голованов Л. В. Прогнозирование развития больших систем. – М.: Статистика, 1975. – 192 с.
14. Стефанов Н., Яхиел Н., Качаунов С. Управление, моделирование, прогнозирование. / Пер. с болг. – М.: Экономика, 1972. – 143 с.

Andriiuk V.V

The principles of juridical forecasting: some methodological problems

In the article the author tries to determine the principles of juridical forecasting. The author pays attention to the problems of the determination the principles of juridical forecasting and unification them into the system.

Key words: juridical forecasting, juridical prognostics, principles of juridical forecasting.

Легін Л.М.

ПРАВОВЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ НОРМОТВОРЧОГО ТА ЗАКОНОДАВЧОГО ПРОЦЕСІВ

УДК 340.134:342.531.41

Аналізуючи законодавчу діяльність в Україні, необхідно вказати, що її кількісні показники відповідають загальносвітовим стандартам, але рідко підкріплені якісними. Одним із недоліків і причин неефективності є недостатнє правове врегулювання процесу прийняття законів. Постає потреба в прийнятті ряду нових законів, у першу чергу Закону “Про нормативно-правові акти” й Закону “Про закони і законодавчу діяльність”. При цьому Закон “Про нормативно-правові акти”, що повинен

урегулювати загальні питання правотворчого процесу, має пріоритетне значення, оскільки на його основі повинні прийматися всі інші спеціальні законодавчі акти в цій сфері.

Проблемами правової основи правотворчого й законодавчого процесів займалися А. Заєць, Є. Назаренко, С. Горьова, Л. Кривенко, А. Ришелюк, В. Шаповал. Однак у працях учених, як правило, йдеться про Конституцію України та про регламент парламенту як правову основу законодавчого процесу. Мають місце й дослідження законопроектів, покликаних урегулювати правотворчий та законодавчий процеси, але ці праці аналізують законопроекти, які вже були на розгляді у Верховній Раді України. Наукові дослідження нових законопроектів “Про закони і законодавчу діяльність” і “Про нормативно-правові акти”, які готуються до першого читання Верховною Радою України, відсутні.

Мета даної статті – правовий аналіз законопроектів “Про закони і законодавчу діяльність” і “Про нормативно-правові акти”.

На даний час у Верховній Раді України знаходяться законопроекти “Про закони і законодавчу діяльність” і “Про нормативно-правові акти”. Важливість указаних проектів законів не можна переоцінити, але постають проблеми, які не дозволяють швидко прийняти ці закони, й, у першу чергу, це обставини, пов’язані з якістю самих законопроектів. Наприклад, 18 грудня 2006 року у Верховній Раді України був зареєстрований новий законопроект “Про закони і законодавчу діяльність”, у ньому переважно відтворений текст Закону України “Про закони і законодавчу діяльність”, останній варіант якого був прийнятий Верховною Радою України попереднього скликання 22 грудня 2005 р. і повернутий Президентом України для повторного розгляду. При повторному розгляді 15 березня 2006 року Закон не був прийнятий Верховною Радою України, що призвело до його скасування.

У даний час в Україні відсутній єдиний нормативно-правовий акт, який встановлював би вимоги щодо розроблення нормативно-правових актів, їх прийняття, набрання ними чинності, обліку, системи, видів, ієрархії та нормопроєктувальної техніки. Основоположні засади щодо нормативно-правових актів установлюються Конституцією України. Крім того, в даній сфері діють: постанова Верховної Ради України від 16 березня 2006 року №3547-IV “Про Регламент Верховної Ради України”, укази Президента України від 30 березня 1995 року №270/95 “Про затвердження Положення про порядок роботи над законопроектами й іншими документами, що вносяться Президентом України на розгляд Верховної Ради України”, від 10 червня 1997 року №503/97 “Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів і набран-

ня ними чинності”, від 15 листопада 2006 року №970/2006 “Про Положення про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України”, постанови Кабінету Міністрів України від 5 червня 2000 року №915 “Про затвердження Тимчасового регламенту Кабінету Міністрів України”, від 6 вересня 2005 року №870 “Про затвердження Правил підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України” й інші законодавчі акти.

Проект закону “Про нормативно-правові акти” складається з восьми глав – “Загальні положення”, “Види, форми та ієрархія нормативно-правових актів”, “Техніка нормопроекування”, “Засади нормотворчого процесу”, “Державна реєстрація, систематизація та офіційне оприлюднення нормативно-правових актів”, “Реалізація нормативно-правових актів”, “Прикінцеві положення”, “Перехідні положення” і спрямований на реалізацію конституційних положень щодо створення ефективної системи законодавства, встановлення єдиних загальнообов’язкових вимог до розроблення, прийняття та реалізації нормативно-правових актів, сприяння упорядкуванню і підвищенню якості нормотворчої діяльності, стабілізації та систематизації законодавства й на цій основі – зміцнення законності та правопорядку, утвердження принципу верховенства права, забезпечення належних умов для реалізації прав і свобод людини та їх ефективного захисту [1, с.1-19].

Статті 2, 3 проекту закону “Про нормативно-правові акти” визначають сферу застосування закону й суб’єктів нормотворення.

Положення другої глави відображають окремі конституційні норми й положення про види, форми та юридичну силу нормативно-правових актів.

Третя глава проекту заслуговує на особливу увагу. Це пов’язано з тим, що нормотворча техніка як система вимог і способів створення найбільш доцільних за формою і досконалих за структурою, змістом і викладом нормативно-правових актів, безпосередньо пов’язана з додержанням вимог на всіх стадіях нормотворчого процесу.

Відповідно до статті 29 законопроекту нормотворчий процес – спеціальна організаційно-правова діяльність уповноважених суб’єктів, яка полягає в ініціюванні, підготовці, розгляді проектів нормативно-правових актів та їх прийнятті (виданні). Нормотворчий процес регулюється Конституцією України, цим Законом, іншими законами та прийнятими відповідно до них підзаконними нормативно-правовими актами.

Положення відповідних глав проекту, що визначають загальні вимоги до певних стадій нормотворчого процесу, побудовано за класичними принципами нормотворчості, притаманними демократичній правовій

державі. Дотримання цих вимог сприятиме створенню більш якісної системи всієї нормативної бази. Важливо зазначити, що неабияку роль у нормотворчості відіграє одна з її ключових стадій – розгляд та експертиза проектів актів. Цьому присвячено шосту главу. Відповідно до статті 41 проекту з метою забезпечення якості й обґрунтованості нормативно-правового акта, своєчасності його прийняття (видання), виявлення можливих негативних наслідків його дії проводиться експертиза проекту нормативно-правового акта. Крім того, доречно виписана норма про обов’язкову правову експертизу проектів нормативно-правових актів.

Однак, проаналізувавши даний законопроект, постала низка зауважень до нього. Насамперед залишається не зрозумілим, як будуть співвідноситись між собою вказаний законопроект і проект закону “Про закони і законодавчу діяльність”. Виходячи з теоретичних основ, логічно було б, щоб ці законопроекти співвідносились як загальний та спеціальний, оскільки законотворення є частиною нормотворчого процесу й покликане формувати основу правової системи.

У першу чергу, не можна погодитись із таким положенням: нормотворчий процес здійснюється за процедурою, що складається зі стадій – самостійних, логічно завершених етапів і організаційно-технічних дій щодо підготовки та прийняття (видання) нормативно-правових актів, якими є:

- 1) планування нормотворчої діяльності;
- 2) нормотворча ініціатива й підготовка проекту нормативно-правового акта;
- 3) експертиза проекту нормативно-правового акта;
- 4) внесення проекту нормативно-правового акта суб’єкта нормотворення;
- 5) розгляд проекту нормативно-правового акта;
- 6) прийняття (видання) нормативно-правового акта;
- 7) набрання чинності нормативно-правовим актом;
- 8) введення нормативно-правового акта в дію.

Зі змісту статті 30 зрозуміло, що всі передбачені стадії складають структуру нормотворчого процесу та є обов’язковими для проекту нормативно-правового акта, однак у такому разі виникає сумнів у доцільності закріплення деяких із них.

Викликають зауваження, як стадії нормотворчого процесу, планування нормотворчої діяльності; підготовка проекту нормативно-правового акта; експертиза проекту нормативно-правового акта; внесення проекту нормативно-правового акта суб’єкта нормотворення; набрання чинності нормативно-правовим актом; введення нормативно-правового акта в

дію.

Планування нормотворчої діяльності юридична наука, перш за все, розглядає як принцип нормотворчого процесу. Планування нормотворчого процесу спрямовується на створення цілісної, науково обґрунтованої системи права й повинно забезпечувати послідовність підготовки, розгляду та прийняття нормативно-правових актів, координацію діяльності суб'єктів нормотворчої ініціативи й використання в цій діяльності результатів наукових досліджень.

Планування здійснюється на певний термін (1 рік, 5 років), однак не можливо передбачити всі ті суспільні відносини, які потребуватимуть нормативно-правового врегулювання. Якщо виходити зі змісту законопроекту, то можна буде суб'єктом нормотворення реалізувати своє право нормотворчої ініціативи, навіть якщо прийняття нормативно-правового акта не передбачене планами нормотворчої діяльності. Значна кількість проектів нормативно-правових актів, а саме законопроектів, виходячи зі змісту норм чинного законодавства, норм Конституції України, може готуватися непланово, що допускається і даним проектом, і, тим не менше підлягає розгляду суб'єктом нормотворення, а тому не зрозуміло, чому автори законопроекту включили планування нормотворчого процесу до стадій нормотворення.

Згідно з пунктом 2 частини 1 статті 30 проекту нормотворча ініціатива й підготовка проекту нормативно-правового акта об'єднані в одну стадію нормотворення, однак нормотворча ініціатива чомусь передусє підготовці тексту проекту нормативно-правового акта, що є нелогічним. Відповідно до статті 32 проекту нормотворча ініціатива – офіційне подання за визначеною процедурою суб'єктами нормотворчої ініціативи проектів нормативно-правових актів.

Змісту стадії нормотворчої ініціативи відповідає стадія внесення проекту нормативно-правового акта суб'єкта нормотворення, яка проектом розглядається як окрема.

Ще однією окремою стадією нормотворчого процесу пропонується визнати експертизу проекту нормативно-правового акта, яка, відповідно до положень вищезазначеної статті проекту, має передувати внесенню проекту нормативно-правового акта на розгляд суб'єкта нормотворення. Однак експертиза не є єдино можливим варіантом апробації положень проекту нормативно-правового акта, а відтак її проведення не може вважатись обов'язковою окремою стадією нормотворчого процесу. До того ж у подальших статтях даного законопроекту (зокрема, в статтях 40 і 42) допускається можливість проведення експертиз уже після внесення проекту нормативно-правового акта на розгляд суб'єкта нормотворення,

що створює суперечність, зокрема, з положеннями статті 30, в якій передбачено цю стадію.

Відповідно до статті 30 проекту двома останніми стадіями нормотворчого процесу є набрання чинності нормативно-правового акта та введення нормативно-правового акта в дію. Однак тут мова йде про обнародування нормативно-правового акта та набрання ним чинності. Потреби в розрізненні двох окремих стадій немає. Окремі зауваження викликає і стаття 52 проекту, яка не вказує, яким саме законом мають визначатись особливості підписання законів Президентом України.

Доречно в законопроекті розмежовано нормотворчі ініціативу та пропозицію, оскільки реалізувати право нормотворчої ініціативи, в тому числі законодавчої, можна тільки офіційним внесенням уповноваженим на те суб'єктом проекту нормативно-правового акта до нормотворчого органу.

На основі викладеного доцільно статтю 30 проекту закону “Про нормативно-правові акти” викласти в такій редакції: Нормотворчий процес здійснюється за процедурою, що складається зі стадій – самостійних, логічно завершених етапів і організаційно-технічних дій щодо підготовки та прийняття (видання) нормативно-правових актів, якими є:

- 1) підготовка проекту нормативно-правового акта;
- 2) нормотворча ініціатива;
- 3) розгляд проекту нормативно-правового акта;
- 4) прийняття (видання) нормативно-правового акта;
- 5) введення нормативно-правового акта в дію.

Викладене свідчить, що положення даного проекту щодо стадій нормотворчого процесу й інші, пов'язані з ними, положення потребують нового концептуального осмислення та істотної переробки. Також доцільно, щоб законопроект відобразив і особливості законодавчого процесу, адже для одних нормативно-правових актів розробка проекту нормативно-правового акта буде першою стадією створення, а для законодавчого процесу розрізняють і законопроектний процес, що відповідає потребам оптимізації законодавчого процесу й існуючим у науковій юридичній літературі розробкам [2, с.19].

Аналіз законодавства, що регулює здійснення законодавчої діяльності, дозволяє зробити висновок про те, що діюче законодавство фрагментарно забезпечує її регулювання. Правового регулювання потребують як змістовні, так і процесуальні аспекти, діяльності законодавчого органу й усіх інших учасників законотворчого процесу. Необхідно нормативно визначити всі стадії законотворчого процесу, процедур підготовки,

оформлення, внесення законопроектів, прийняття закону й набрання ним чинності. Адже “закон це нормативний акт, який має особливий юридичний статус, він має особливий предмет законодавчої діяльності. Отже, ми цілком переконані в тому, що потрібен спеціальний закон, який визначить правовий статус закону як основного акту, акту вищої юридичної сили, який визначить особливу законодавчу процедуру, що характерна для законодавчого органу, для ухвалення законодавчих актів, який визначить специфічні гарантії конституційності законів. Тобто – ту сферу, яка характерна саме для закону і яка далеко не повною мірою визначається під час створення інших нормативних актів” [3, с.19].

Законопроект “Про закони і законодавчу діяльність” визначає основні характеристики закону як правової основи всіх нормативно-правових актів, умови дії закону, порядок його прийняття і зміни, суб’єктів та організаційно-правові засади законодавчої діяльності, а також вимоги щодо систематизації законів, і визначає принципи законодавчої діяльності, обов’язкові стадії законодавчого процесу, загальний порядок реалізації законодавчої ініціативи, підстави для відхилення законопроекту. Особливо слід наголосити на вимогах проекту щодо планування законодавчої діяльності, розробки державних програм розвитку законодавства, перспективних і поточних планів законодавчих робіт і вимог до них. Актуальними є пропозиції щодо наукової експертизи законопроектів [4, с.1-11].

Законопроект складається з чотирьох глав, а саме: глави 1. “Закон – нормативно-правовий акт вищої юридичної сили”; глави 2. “Засади законодавчої діяльності”; глави 3. “Чинність і дія закону. Тлумачення та роз’яснення закону”; глави 4. “Облік, систематизація і видання законів”.

У даному проекті дано визначення законодавчої діяльності, зазначені її принципи, розкрито поняття “законодавчий процес” та “стадії законодавчого процесу”, кожну зокрема.

За законопроектом основу законодавчої діяльності становить законодавчий процес – діяльність визначених законом суб’єктів, що включає логічно завершені етапи (стадії) і здійснюється за встановленою Конституцією України і законами процедурою, пов’язана з поданням до органу законодавчої влади законопроектів, розглядом, прийняттям (змінюю, припиненням чинності) і введенням у дію законів, а також із формуванням єдиної системи законодавства України.

Обов’язковими стадіями законодавчого процесу є:

- 1) законодавча ініціатива;
- 2) підготовка проекту закону до розгляду його Верховною Радою

України;

- 3) розгляд проекту закону Верховною Радою України;
- 4) прийняття та визначення умов введення в дію закону;
- 5) підписання прийнятого Верховною Радою України закону Президентом України;
- 6) набрання чинності законом.

Однак є певні зауваження до даних положень, насамперед, доцільно першу стадію законодавчого процесу назвати не законодавча ініціатива, а реалізація права законодавчої ініціативи, адже законодавча ініціатива – це право уповноважених на те суб’єктів, а не обов’язок. Зі змісту статті 18 законопроекту можна зробити висновок, що право законодавчої ініціативи реалізується шляхом подання проекту закону на розгляд Верховній Раді України. Відповідно, не зрозуміло, для чого відокремлено як окрему стадію підготовку проекту закону до розгляду його Верховною Радою України, тим більше, що таку підготовку статтею 26 законопроекту віднесено до розгляду проекту закону у Верховній Раді України.

Наступне зауваження стосується пункту 4 статті 16 законопроекту, а саме – що розмежовано прийняття законів і визначення умов введення їх у дію, що не відповідає частині п’ятій статті 94 Конституції України, зі змісту якої зрозуміло, що умови набрання законом чинності визначаються в самому законі.

Також не зрозуміло, яке місце в структурі законодавчого процесу займає стадія обнародування (промульгації) закону, яка включає в себе підписання та оприлюднення законів.

На основі викладеного доцільно частину 2 статті 16 проекту закону “Про закони і законодавчу діяльність”, яка визначає структуру законодавчого процесу, викласти в такій редакції:

Обов’язковими стадіями законодавчого процесу є:

- 1) реалізація права законодавчої ініціативи;
- 2) розгляд проекту закону Верховною Радою України;
- 3) прийняття закону;
- 4) обнародування закону.

Наступне зауваження, викладене у висновку науково-дослідного відділу на проект закону “Про закони і законодавчу діяльність”, а саме – недоцільними вважаються положення статті 20 проекту, якою встановлюються “підстави” для відхилення Верховною Радою України законопроектів. Щоправда, в ч.3 цієї статті зазначено, що в разі відсутності цих “підстав” парламент має розглянути законопроект по суті й прийняти щодо нього рішення відповідно до цього Закону, а в ч.4 ст.26 передбачено, що за результатами розгляду законопроекту Верховна Рада

Україні може “відхилити проект закону із зазначенням причин відхилення”. Однак у разі прийняття цих положень і заміни ними існуючих нині положень Регламенту Верховної Ради України щодо рішень, які приймаються за підсумками розгляду законопроектів, виявиться, що:

1) Верховна Рада має здійснювати окремий розгляд кожного законопроекту на предмет наявності передбачених у статті 20 “підстав” для його відхилення;

2) у разі відсутності “підстав” для відхилення законопроекту він все одно може бути відхилений після нового його розгляду по суті, але лише за умови зазначення причин відхилення.

У такий спосіб збільшується кількість обов’язкових стадій для розгляду кожного законопроекту й скасовується існуюча за чинним Регламентом можливість автоматичного відхилення законопроекту в тому разі, коли інші пропозиції щодо його подальшої долі не підтримані належною кількістю народних депутатів. Результатом буде невиправдана бюрократизація процесу розгляду законопроектів і накопичення на розгляді кожного складу парламенту тисяч законопроектів, щодо яких після їх розгляду на пленарному засіданні не прийнято ніякого рішення (за чинним Регламентом такі проекти вважаються відхиленими). Отже, статтю 20 проекту слід вилучити, а статтю 26 належно відкоригувати [5, с.4].

Окрім того, пункт 4 статті 30 законопроекту містить перелік підстав для застосування Президентом України права вето, а саме: суперечність прийнятого закону Конституції України, невідповідність його визначеним Верховною Радою України засадам внутрішньої і зовнішньої політики, суперечність міжнародним договорам України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, суперечність чинним законам (за відсутності визначення Верховною Радою України порядку вирішення колізії законів), інші підстави, що обумовлюються статусом Президента України, визначеним статтею 102 Конституції.

Це не відповідає статті 94, пункту 30 частини першої статті 106 Конституції України, які жодним чином не обмежують Президента України в підставах для застосування до закону права вето. Як свідчить практика, крім наведених у проекті, підставами застосування главою держави права вето можуть бути неможливість виконання закону, його економічна недоцільність тощо. Отже, пункти 4 і 5 статті 30 проекту закону “Про закони і законодавчу діяльність” не відповідають положенням статті 94 Конституції України.

Не відповідає і частині п’ятій статті 94 Конституції України положення частини третьої статті 34 проекту, що закон, у якому не перед-

бачено строк набрання ним чинності, набирає чинності з дня його офіційного опублікування.

Частина третя статті 30 законопроекту передбачає, що підписаний Президентом України закон має бути офіційно оприлюднений в державних електронних засобах масової інформації (телебачення, радіомовлення) шляхом повідомлення про підписання закону Президентом України з викладом його змісту або основних положень. Зі змісту цієї норми випливає, що автори законопроекту під оприлюдненням розуміють повідомлення про підписання главою держави закону з викладом його змісту або основних положень. Стаття 33 законопроекту вказує, що офіційне опублікування здійснює Верховна Рада України.

Однак сутність оприлюднення, як стадії законодавчого процесу, полягає в розміщенні від імені держави повних текстів прийнятих нормативно-правових актів у спеціально визначених для цього виданнях [6, с.64 – 65].

Офіційне опублікування є лише формою оприлюднення і не можна закріплювати оприлюднення шляхом повідомлення про підписання закону за Президентом України, а офіційну публікацію – за парламентом. Опублікування нормативно-правових актів є найефективнішою формою доведення до відома громадян змісту правових норм, а також найоптимальнішою формою для забезпечення реальності презумпції знання закону. Отже, саме оприлюднення і здійснюється шляхом публікації.

З вищевказаного, можна зробити висновки, що законопроекти “Про закони і законодавчу діяльність” і “Про нормативно-правові акти” потребують ґрунтовного вдосконалення, що ще може зробити законодавчий орган, оскільки ці проекти готуються до першого читання у Верховній Раді України.

Прийняття вищевказаних законопроектів дозволить удосконалити законодавчий процес, що дасть змогу ліквідувати певну безсистемність розвитку законодавства, внутрішню суперечливість у регулюванні суспільних відносин, безадресність і декларативність деяких із них, хиби юридичної техніки та недостатню наукову обґрунтованість. Відсутність чіткого нормативного врегулювання законодавчого процесу в Україні позначається, насамперед, на якості самих законів.

Наукове дослідження сприяє проведенню нових наукових розвідок, присвячених удосконаленню правової основи законодавчого процесу.

1. Проект Закону України “Про нормативно-правові акти” // www.rada.kiev.ua.
2. Бойко Ю. Законотворчість: поняття та структура // *Право України*. – 2002. – №5.
3. Назаренко С.В.. Теоретичні і прикладні питання законодавчого регулювання нормотворчості. Основні засади проекту закону “Про закони і законодавчу

діяльність” // Вісник Програми сприяння Парламентові України. – 1997р. – №6.

4. Проект Закону України “Про закони і законодавчу діяльність” // www.rada.kiev.ua.
5. Висновок на проект закону “Про закони і законодавчу діяльність” // www.rada.kiev.ua.
6. Сидельников И.П. Доступность закона: Правовое информирование граждан. – Минск: Наука и техника, 1992.

Legin L.

The Legal Regulation of Standart Creation and Legislative processes.

In the article are investigating actual aspects of Law Basement of Legislative process and problems of law projects «Laws and Legislative Activity» and «Legislative – Legal acts».

Key words: Law Project, Standard Creating Process, Standardization – Legal Process, Legislative Act, Legislative Process, Law, Stages of Legislative Process.

Наум М.Ю.

КРИТИКА ЯК ЗАСІБ ОСМИСЛЕННЯ СУТНОСТІ ПРАВА

УДК 343.102

Впродовж віків мислителі не можуть розгадати, що собою представляє право; з якою метою люди придумали писане право та які критерії його сутності? І взагалі, чи є сенс такого права, тобто чи виконало (виконує) воно свою роль та ін. Зрештою, а може право це не закони, що творяться волею людей і щось вище, ніж закон? Можливо, право – це органічна складова світу природи, чи самої природи людини? Або чи можливе щасливе і справедливе суспільство без права? Адже правова реальність суспільства засвідчує, що не завжди правові системи будуються на засадах моральних цінностей. Ці питання актуальні і сьогодні. Бо однозначних відповідей на них не знайдено. Вони і надалі залишаються проблемним полем філософії права, як наукової і навчальної дисципліни. Питання, “Що є право (який його сенс)?” є основним для філософії права, адже від відповіді на нього безпосередньо залежить вирішення всіх інших найважливіших проблем, у тому числі у сфері правотворчості й правозастосування. Це питання є філософським, оскільки співвідносить право з людським буттям [6, с.23]. Російський вчений В.Нерсесянц підкреслює, що філософія права “досліджує зміст права, його сутність і поняття, його основу й місце у світі, його цінності й значущість, його роль в житті людини, суспільства й держави, у долях народів і людства” [4, с.7].

Мета нашого дослідження – обґрунтувати те, що критика є методом філософії права, і вона (критика) виступає одним із найрезультативні-

ших засобів осмислення сутності права, більш глибокого розуміння правової дійсності. Новизна статті полягає в тому, що в юридичній літературі, немає фундаментальних досліджень з цих питань

Автори підручника “Філософія права” В. Бачинін і М.Панов, як названі вище філософи права, підкреслюють, що дана дисципліна звертає основну увагу на дослідження змісту права, його розумінні. Здавалось би, що філософія права вивчає ті питання, що і теорія права. Однак це не так. Бо, наприклад, якщо з точки зору теорії права пояснення про те, що в основі права лежить воля держави є майже достатнім, то для філософії права явно ні. Бо, по-перше, для філософського підходу до розуміння права тут не вистачатиме хоча б таких відповідей на питання: на яких цінностях базується ця воля? з якою метою буде використовуватись волеустановлене право та ін. По-друге, “філософія права віддає перевагу пошуку тих основ і смислів, які роблять право правом, а не чим-небудь іншим. Вона шукає ці смисли й у самому праві, і в суміжних із ним галузях. Її цікавлять передумовні знання не скільки про саме право, стільки про те, без чого воно не могло б бути правом” [1, с.13].

В цьому зв’язку напрошується необхідність щодо деяких уточнень специфіки філософії права. Вони полягають у необхідності бачення відмінності між науковим пізнанням права і його філософським осмисленням. Вивчаючи закономірності функціонування права, як соціального явища, теорія пояснює (описує) право, правову реальність такими, якими вони є. В той же час філософський підхід ставить перед собою мету не просто пояснити правову реальність, а зрозуміти цю реальність. Тому правову реальність слід розглядати як взаємозв’язок економічних (та інших) інтересів в соціумі та загальнолюдських цінностей, а також з погляду відображення ним ідей рівності і справедливості, з погляду його призначення й ефективності. Отже, “філософія права – це філософське вчення про право, що відповідає на питання, які виникають у правовій сфері методом філософії” [6, с.15-16].

В історії філософсько-правової думки були і є різні погляди щодо визначення філософії права. Йде також сучасна дискусія про предмет цієї дисципліни [6, с.6-10]. Проте, із цих розбіжностей можна визначити те спільне, що об’єднує різноманітні погляди. З нашої точки зору, це – завдання філософії права. Володимир Кузнецов виділяє такі основні завдання філософії права: “розуміння, обґрунтування, оцінку й критику правових систем та інститутів, правової практики й методів дослідження права, правових понять і теорії” [2, с.12].

У відповідності до теми дослідження нас в основному цікавлять такі важливі завдання (мети) філософії права, як оцінка права і конструктив-

на критика правових систем. Мова йде, перш за все, про ідеал права, тобто про те, яке його призначення й значущість в житті людини, суспільства, про оцінку права з погляду реалізації ним ідей справедливості й рівності та інших етичних цінностей. Оцінювання права передбачає, що уже досягнуто розуміння того, яким право має бути, бо інакше не можливо виробити критерії оцінки правової дійсності.

Що стосується критики права, то вона передбачає, що аналітика є вже певне розуміння чинного права, його позитивних рис і вад. Конструктивна критика, а саме така критика притаманна філософії права, уточнює розуміння права. Критика, зазвичай, загострює увагу й на аспектах права, не усвідомлених певною правовою концепцією [2, с.16].

Що стосується критики, то окремим наукам, в тому числі і чисто юридичним, не притаманна критична оцінка своїх основних теоретичних положень. Тільки філософія по своїй природі критична, вона оцінює свої підстави. Розглядаючи поняття “рефлексії”, автори навчального посібника “Філософія права” зауважують, що метод цієї дисципліни можна визначити терміном “рефлексія” чи “критика”, і тому критика є обов’язковим елементом філософсько-правового пізнання. В цьому зв’язку вони підкреслюють, що німецький філософ моралі і права О.Гюффе рефлексію основ права і держави визначає як критичний аналіз “легітимізації й обмеження політичного співтовариства”. В той же час, з іншого боку, рефлексія філософії права, як критичного аналізу своїх основ, виступає в якості обговорення і дискурсу, зокрема, і як “філософський дискурс справедливості”. Тому рефлексію і дискурс можна назвати найважливішими особливостями методу сучасної філософії і філософії права [6, с.15].

Логіка подальшого нашого дослідження вимагає розкриття (хоча б в загальному) поняття “критика” та його об’єктивних чинників. Так, наприклад, “Новий тлумачний словник української мови” пояснює, що критика це “розгляд і оцінка чогось з метою виявлення та усунення вад, хиб; коментар, судження, оцінка, аналіз ... Негативне судження про щось” [5, с.8]. Однак, таке тлумачення цього поняття ще в повній мірі не наближає нас до розв’язання проблеми, що розглядається. З огляду на це нам необхідно розглянути критику як філософську категорію. Але критика в такій якості, на жаль, не знайшла ґрунтового дослідження у філософській науковій літературі. Навіть сучасні філософські енциклопедичні словники не вміщують статей для висвітлення цього поняття [3, с.24] або дають дуже скупі роз’яснення. Так, “філософський словник 1986 року” [7, с.316-317] пояснює, що в науковому пізнанні критика це - “спосіб розвитку знання, який зумовлюється тим, що критерієм істин-

ності знання є суспільна історична *практика*” [7, с.316-317]. Як бачимо, критика є необхідним моментом пізнання істини, вона є однією із частин пізнавального процесу.

На наш погляд, *об’єктивною основою критики* є суперечливий процес історичного розвитку, різноманітні суспільні інтереси людей, боротьба між новим і старим баченням або теоретичними підходами подальшого розвитку суспільства, подолання недоліків в свідомості людей. Гносеологічні коріння критики полягають в постійному незадоволенні людини об’єктивним світом і її прагненні пізнати, змінити і удосконалити цей світ, а також в суспільних суперечностях. Сутність критики полягає в пізнанні і розкритті суспільних суперечностей, помилок, недоліків, що виникають в життєдіяльності людей з метою їх подолання та усунення.

Отже, можна зробити висновки, що критика – універсальний метод пізнання та удосконалення суспільних явищ. Вона цілком може стати засобом вирішення завдань філософії права, про що йшла мова вище, та розв’язання багатьох проблемних питань, що належать до проблемного поля цієї юридичної дисципліни. Зазначимо, що ряд проблем філософії права відрізняються своєю глибиною, важливістю і складністю дослідження. Це вимагає наявності у юристів, політиків, державних діячів не загальних уявлень, а досить ґрунтовних знань про право взаємопов’язаних з філософським підходом до його розуміння.

Про деякі з них ми вже вели мову на початку нашого дослідження. Але їх є набагато більше. Скажімо, як визначити позитивні і негативні (або навіть небезпечні) моменти (можливості) тих чи інших підходів до праворозуміння? Що таке правова реальність, тобто як проявляє себе право в житті суспільства? Чи можливі свобода, рівність, справедливість без права? Що таке правова система і її сутність? Яка природа правових норм? Як пов’язане право з такими феноменами як влада, суспільство, мораль, людина та ін?

Вищезазначене дає нам підстави твердити, що критика як об’єктивний спосіб пізнання, яка витребувана суперечливими реаліями людського буття та його розвитку, якраз є тим засобом, що уможливує глибше проникнення в сутність права, його осмислення. Вона також, на нашу думку, виступає необхідною умовою удосконалення права, недопущення зіткнень суспільних суперечностей, які могли б мати руйнівні дії на суспільство. Найбільша небезпека таких зіткнень можлива якраз там, де з допомогою волеустановленого права державна влада вибудовує диктаторські, деспотичні та інші недемократичні режими в суспільстві.

Для запобігання негативним явищам в суспільстві, в долі людей у ХХ столітті започаткована нова течія “правовий критицизм” як напрям

у філософії права. Прибічники цього напрямку намагаються довести суттєву невизначеність сучасних правових систем, випадковий характер багатьох правових норм і принципів, їх політичну заангажованість, легітимізацію правом соціальної несправедливості.

Отже, такий підхід щодо методу філософії права та поняття критики дає можливість зробити висновок, що тільки при допомозі конструктивної критики можна прийти до більш глибокого розуміння права, його сутності, а також усунути недоліки права, правотворчої та правозастосовчої діяльності.

1. Бачинін В.А., Панов М.І. Філософія права: Підручник для юрид. спец-ей вищих навч. закладів освіти. – К.: Видавничий дім “Ін Юре”, 2002. – 472с.
2. Кузнєцов В.І. Філософія права. Історія та сучасність: Навчальний посібник. – К.: ВД “Стиль”: ПЦ “Фоліант”. 2003. – 382с.
3. Наприк. Філософський енциклопедичний словник. / За заг. ред. В.І. Шинкарука та ін. // Видавництво “Абрис”. – К., 2002. – 742с.
4. Нерсисянц В.С. Філософія права. – М.: Норма-Инфра, 1999. – 647с.
5. Новий тлумачний словник української мови: у 3-х т.Т.2.К., 2007.
6. Філософія права: Навч. посіб. / О.Т.Данільян, Л.Д.Байрична, С.І.Максимов та ін.; За заг.ред. О.Т.Данільяна. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 272с.
7. Філософський словник // За заг. ред. академ. АН СРСР В.І. Шинкарука. – Київ, Головна редакція Укр. Ред. Енциклопедії, 1986.

Naum M. Yu.

The criticism as an object and tasks philosophy of law

The questions of object and tasks philosophy of law light up in the article. The concept of criticism is considered as to the mean of comprehension of right essence.

Keywords: right, legal reality, philosophy of right, critic.

Пристава Л. Т.

ПОРЯДОК ФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ МІСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ НА ТЕРИТОРІЇ ЗАХІДНОЇ УКРАЇНИ У СКЛАДІ ПОЛЬЩІ (1918-1939РР.)

УДК 343

Особливе місце серед проблем, які вимагають дослідження, є питання правового статусу органів місцевого самоврядування на території Західної України у складі Польщі у 1918-1939 роках. Такий аналіз є важливим для пошуків оптимальних способів захисту інтересів окремих етнічних територій та національних меншин, в тому числі в Україні. З огляду на вищезазначене, порушена в даній статті проблематика є актуальною.

Проблеми становлення правового статусу органів місцевого самоврядування на території Західної України у складі Польщі висвітлювалися в межах окремих розділів монографій В. Калиновича, Р. Шведа, Я.

Мартинюка, проте переважна частина питань з даної проблеми залишається малодослідженою.

Метою дослідження є виявлення об'єктивних закономірностей, на основі яких можна поглибити історико-правові знання про систему органів місцевого самоврядування в Східній Галичині у складі Польщі.

У відповідності до міських австрійських законів 1889 і 1896рр., які ґрунтувалися на громадському законі 1866р., органи міського самоврядування обиралися на основі цензового куріального виборчого права. Перевагу у виборах до міських органів самоврядування мали землевласники, домовласники, промисловці, купці, чиновники, священники.

Основна відмінність між містами, які керувалися законами 1889 і 1896рр., полягала в структурі органів міського самоврядування. Всі міста мали міські ради, що обиралися цензовими куріальними виборами і були розпорядчими та контрольними органами. Міські ради обирали зі свого складу міські правління.

В більших містах, які керувалися законом 1889р., міське правління одержало назву магістрату і складалося з бургомистра, його заступника і 2-5 асесорів. У менших містах, які керувалися законом 1896р., міське правління не називалося магістратом і складалося з начальника громади, його заступника і 2-5 асесорів.

Тільки місто Львів було виділене з повітового підпорядкування і мало міську раду, що складалася з 100 депутатів. Львівська міська рада обирала президента міста, 3-ох віце-президентів і певну кількість делегатів магістрату. До складу магістрату, крім президента, віце-президента і делегатів міської ради, входили інші службовці міської ради.

Міське самоврядування на Волині до 1933 року спиралося в першу чергу на розпорядження Генерального комісара Східних земель, видане 14 серпня 1919р. [2]. Розпорядження стосувалося більших міст, перелічених в ньому. Міста з населенням менше 2000 мешканців були складовими волостей зі статусом громади, решта міст утворювали окрему волость.

Функції правотворчого та наглядового органу у міських волостях виконувала міська рада, а виконавчого - магістрат. В малих містах, які не значилися у вищезазначеному розпорядженні, магістрати призначалися повітовими старостами і складались із бургомистра, його заступника та радних (повітовників), склад магістрату в більших містах включав президента, віце-президента і лавників.

Згідно з розпорядженням, міська волость вважалась територіальною самоврядною одиницею і юридичною особою, а її членами - особи, котрі володіли нерухомістю та проживали не менше 3 місяців на терито-

рії волості. Особи без нерухомості отримували право членства в тому випадку, якщо мешкали у волості не менше 10 місяців. Цим розпорядженням членам волості надавали право користуватися її майном, брати участь у виборах до органів волосного самоврядування та їх роботи, а також користуватися, у разі потреби, її опікою.

Активним виборчим правом до волосних самоуправ були наділені всі мешканці незалежно від статі, які досягли 21-річного віку і постійно проживали в цій міській волості. Однак користуватись виборчим правом не могли керівники державної адміністрації, працівники правоохоронних органів, а також військовослужбовців. Всі права, в тому числі і виборче, член міської волості втрачав в разі вчинення ним злочину і з моменту початку слідства.

Пасивним виборчим правом до міської ради користувались особи, які відповідали таким умовам: а) володіли активним виборчим правом; б) досягли 25-річного віку; в) вміли читати і писати польською мовою.

Міська рада обирала магістрат, в тому числі бургомистра та його заступників, кандидатури яких подавались на затвердження повітовій державній адміністрації. У тому випадку, коли кандидатура відхилялась органами влади, проводились нові вибори. Якщо ж радні повторно обирали не затвердженого владою кандидата, то адміністрація призначала бургомистром одного з членів президії магістрату. Він керував доти, доки не затверджувався кандидат, обраний радними [5, с. 60].

Отже, адміністрація отримувала право відхиляти кандидатури бургомистрів до тих пір, поки результати виборів не починали відповідати всім її вимогам. В подальшому це значною мірою вплинуло на національний та соціальний склад магістратів Волинського воєводства. Бургомістр та його заступники складали відповідну присягу.

У 1924р. у виборче законодавство Другої Речі Посполитої знову було внесено суттєві зміни. Наприклад, до кандидатів, згідно із новим законодавством, ставились такі вимоги: обов'язкове знання польської мови (хоча б на рівні початкової школи), систематична сплата податків і, як мінімум, рік постійного проживання в даній волості. Всі ці умови повинні були забезпечити вибір осіб, "найбільш придатних для роботи у самоврядуванні" [1].

Згідно із новим законодавством, радні не втрачали своїх мандатів у тому випадку, коли обиралися до магістрату чи правління сільської волості, за винятком посади війта. Однак, коли на засіданнях вищезазначених інституцій обговорювалась їх діяльність, члени волосних рад не мали права ухвального голосу [6,с.63].

У 1928 році в Польщі були проведені вибори до органів міського

самоврядування. В результаті виборів у Львівському воєводстві з 2024 мандатів міських рад менших міст (за законом 1896р.) українці здобули 222 мандати (10 відсотків), євреї – 758 мандатів (37 відсотків), інші національності - 21 мандат [5, с. 4].

З 520 мандатів міських рад більших міст Львівського воєводства (за законом 1889р.) було обрано 62 українців до складу міських правлінь. В містечках Львівського воєводства - Яричів Новий, Щирець, Винники, Наварія з переважною більшістю українського населення було по одному (найвище по два) члени правління української національності [1].

Особлива ситуація склалася під час проведення виборів до органів міського самоврядування, що відбулись у тому ж 1927р. Там, де результати виборів не задовольняли воєводські власті, вони були визнані недійсними і проводилися вдруге. Наприклад, у Любомлі в першому турі всі 12 мандатів виборців отримали євреї, у другому - 5 євреїв, 5 поляків, один українець та один росіянин. Але й це не задовольнило адміністрацію, яка провела ще й третій тур виборів у Любомлі. Повторні вибори також відбулись у Ковелі, Корці, Острозі [8,с.67].

Воєвода мав право розпуску міської ради. Протягом трьох тижнів з моменту розпуску оголошувались вибори, а до обрання нового складу міської ради всі її функції виконував магістрат. Новообрані радні визначали кандидатури майбутніх бургомистра і лавників. Попередній магістрат виконував свою діяльність до часу вступу в дію нового.

Виборними органами повітового комунального зв'язку на території Волині були повітовий сеймик, повітовий виділ і повітовий староста. Оскільки міста з кількістю населення понад 25000 мешканців становили самостійний міський повіт, то тут органами виступали міська рада, магістрат і президент міста.

1. ДАВО, ф. 46, оп. 1, спр. 849 Протоколи з'їзду керівників повітових відділів та інспекторів самоуправління.
2. ДАВО, ф. 46, оп. 1, спр. 1150 Звіти повітових староств про результати виборів до міських рад.
3. ДАЛО, ф. 1, оп. 37, спр. 246
4. ДАЛО, ф. 1, оп. 37, спр. 529
5. ДАЛО, ф. 1, оп. 37, спр. 2436
6. ДАЛО, ф. 200, оп. 1, спр. 59
7. Кульчицький В. С. Державний лад і право в Галичині (в другій половині XIX ст. – на поч. XX ст.), Львів, 1966
8. Szwed R. Samorzadowa Rzeczypospolita 1918-1939. – Czestochow, 2000. - 246s.
9. Розпорядження Польської ліквідаційної комісії від 10.12.1918 року №596.

Prystash L.T.

The forming order of local government organs on the territory of Western Ukraine under Poland (1918-1939)

The article deals with the problems of local government legal status formation on the territory of Western Ukraine under Poland.

Keywords: law, the right to vote, city council, city advices, volost management, local government organs.

Саветчук Н.М.

ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ І.ФРАНКА

УДК 34+ 140.8 : 821.161.2

Сучасні українські суспільствознавці значну увагу приділяють вітчизняній філософській та державно-правовій думці. Річ в тім, що українські мислителі протягом багатьох століть подавали важливі філософсько-правові ідеї щодо соціального та національного визволення українського народу, розробляли вагомні теоретичні питання, пов'язані з національним державотворенням. Визначне місце в історії української філософської та державно-правової думки займає І.Франко – видатний мислитель, письменник, філософ, правознавець та політичний діяч. Його колосальний інтелект виявив себе не тільки в поетичних, прозових, драматичних творах, а й у науково-публіцистичних працях, де викладені його оригінальні й глибоко філософські погляди на державу і право. Ці ідеї є важливими і для сучасної розбудови нашої держави, всього українського суспільства, що і визначає **актуальність** нашого дослідження.

Мета дослідження полягає в аналізі філософських поглядів І.Франка і критичне осмислення ним законодавства Австро-Угорської імперії та її конституції.

Новизна дослідження – це спроба комплексно висвітлити філософсько-правові погляди І.Франка на розв'язання суспільно-політичних проблем українського народу, особливо, що стосується реального забезпечення прав і свобод людини у контексті загальнолюдських цінностей. Звичайно, в останній час, особливо у зв'язку з відзначенням 150-річчя від дня народження І.Франка, з'явилося ряд фундаментально наукових праць сучасних вітчизняних дослідників. Однак в цих дослідженнях комплексно, як ми вище зазначили, не розглядається дана проблема. Отже, на наш погляд, сучасне франкознавство вимагає нового змістовного наповнення і це, зокрема, найбільш стосується філософсько-правового, державницького і націотворчого напрямку Каменяра. Для дослідження особливий інтерес становлять праці І.Франка, які не дуже були популярними у радянський час : «Народники й марк-

систу», «Соціалізм і соціал-демократизм», «Поза межами можливого», «Мислі о еволюції в історії людськості», «Що таке поступ?», «До історії соціалістичного руху», «Суспільно-політичні погляди М.Драгоманова» та його філософські художні твори «Мойсей», «Смерть Каїна», «Перехресні стежки» та ін. Вони надзвичайно цінні не тільки з точки зору піднятих у них філософських проблем, але й тому, що І.Франко подав тут вагомні ідеї української державності та поставив питання щодо суспільного ідеалу, прав і свобод людини, забезпечення кращої долі і щастя української нації.

Доба, в якій прийшлося жити і творити великому мислителю, була в соціально-політичному та правовому плані надто складною. Західноукраїнські землі в складі Австро-Угорської імперії знаходились в колоніальному становищі, були сільськогосподарським додатком її економіки. Розподіл українських земель між двома монархіями прирік український народ на неволю, культурну відсталість і моральну деградацію. Жорсткий соціальний гніт посилювався національним приниженням і гнобленням. Аграрна реформа 1848 року та прийняття Австрійської конституції не принесли покращення на західноукраїнські землі. Це дало можливість тільки для поширення процесу капіталістичних відносин, які будувалися на національній, соціальній і правовій нерівності та гнобленні українського народу. В цих умовах центром національно-визвольного руху, який був відгуком на такі реалії суспільного життя, стала Східна Галичина.

І.Я.Франко належав до нового покоління української інтелігенції, яке було названо «Молода Україна». Така назва була започаткована промовою «Молода Україна, її становище і шлях», яку виголосив перед земляками-українцями в лютому 1890 року в Петербурзі випускник військово-правничої академії Т.Зіньківський. Слід зазначити, що І.Франко стає лідером цього покоління. Це пояснюється роллю Східної Галичини у розвитку соціальних, національних і політичних рухів, які відбувались на розчленованих між двома імперіями українських землях на рубежі Х/Х-XX століття. Галичина, за висловом М.Грушевського, стає центром подальшого розвитку всіх структурних компонентів культури. Тому на долю «Молодої України», в т.ч. чи не найперше - І.Франка, випадає місія вироблення нового світогляду, що включає в себе перш за все категорію поступу та філософії національної ідеї. «Поступ» був центральною категорією, навколо якого укладався світогляд І.Франка, як в молодому, так – з певним застереженням – і зрілому віці» [7, с.108]. Постаць І.Франка була винятково представницькою для цього покоління інтелігенції і вагомою в подальшому розвитку прогресивних світогляд-

них засад українського народу його національної самосвідомості. Тому не дивно, що Франка називали одним із найвідданіших речників посту-пу у Галицькім краї.

Євген Маланюк пише : « Пригадаймо собі добу, в якій народився і мусив формувати себе Франко. Це всевладне майже релігійне панування доктрини позитивізму, раціоналізму, соціалізму ба й анархізму. Прудон, Маркс, Бакунін – це визначні апостоли й незахитані божища. Це віра в якийсь соціологічний дарвінізм з, мовляв, мирною еволюцією до земного раю... В консеквенції, як це сформулював хтось з Павликового оточення, символ віри був такий :

1. космополітизм у політиці,
2. натуралізм у штуці,
3. атеїзм у релігії (!)» [5, с.10]

«Для нас, - продовжує Є.Маланюк, - це звучить анекдотом і навіть дотепним. Але в 70-х, 80-х роках минулого століття (X/X – Н.С.). Ця гумористика далеко не була анекдотом, навіть на Заході Європи. Що ж говорити про наші терени і цілий Схід Європи...» [5, с.10]

Дослідження філософських поглядів І.Франка на сьогоднішній день є надто складним. У фундаментальній статті Б. Тихолоз «Іван Франко-філософ» [7, с.106-119], яка присвячена цій проблемі, вказує на те, що подальша розбудова франкознавства на сучасному етапі ускладнена тим, що в дослідженні творчості І.Франка склались (або складаються) два підходи, які пов'язані з різними історичними періодами, а саме : радянською добою та пострадянською добою, які і визначили « стереотипи, котрі значною мірою диктують характер і спосіб сприйняття» спадщини мислителя. «Над дослідниками і просто читачами, - пише Б.Тихолоз, - все ще виразно тяжіють ідеологічні штампи підрадянської доби, сконцентровані у метафоричному означенні «Каменяра». Франко – «революціонер-демократ», «матеріаліст», «войовничий атеїст», соціаліст, сим- патик та популяризатор марксизму, « науковий реаліст», лютий ворог усіляких «декадентів»[7, с.106].

Річ в тім, що дослідники радянського періоду «прив'язували» його філософією до марксизму. «Для оцінки І.Франка в радянській історіографії і літературознавстві майже аксіомою стала формула, що він близько підійшов до марксизму» [4, с.319]. Правда, автор вказаного дослідження наслідують тільки дещо в дипломатичній формі відзначити, що він не береться судити про точність такої аксіоми і особливо, що стосується «світогляду І.Франка, його філософії, економічних поглядів, розуміння історичного процесу, де Франко стояв на висоті свого часу»[4, с.319-320]. Однак далі цю тезу науковець не розвиває. Навпаки, наголошує

на його «практичній участі в революційному русі, в пропаганді марксизму, ідей пролетарського інтернаціоналізму..., гострому класовому чутті і видатному таланті ученого-революціонера...»[4, с.320] Правда, С.Макаруч відзначає, що Франко «відходить від пошуку шляхів організації політичного авангарду трудящих мас», свідчило про «його **обмеженість** (виділено нами – С.Н.) як революційного діяча»[4, с.320]. Такі звинувачення як «обмеженість», нерозуміння тих чи інших позицій марксизму, особливо щодо національного питання та ін., були непоодинокими на адресу І Франка, який не зумів «дорости» до вершин ідей Маркса.

«З другого боку, - застерігає Б.Тихолоз, - формується нова система стандартів сприйняття, до певної міри генетично пов'язана з попередньою : Франко – «народник» (на соціальній звуженості цього поняття наголошувалось неодноразово, однак воно віднедавна набуло статусу ідеологічної політики, мало чим кращої від «буржуазного націоналіста»), антимодерніст, ...ретроград в естетиці та літературній теорії. Ця рецептивна модель, частково артикульована у працях С.Павличко, Я.Поліщука та інших послідовників, базується насамперед на літературних маніфестах раннього Франка... Обидві ці моделі «стара й нова», драма, що розходиться в часі, насправді мають спільний знаменник... - нерозуміння феномена Франка...» [7, с.106-107]

Не з погляду відповідних штампів до філософії Франка поставилась Оксана Забужко у своїй праці «Філософія української ідеї та європейський контекст : Франківський період»[3]. Вона виділяє екзистенційно-художній характер філософського мислення митця і те, що «філософ І.Франко більший у своїх художніх творах,...ніж у теоретичних працях»[3, с.57].

Відомий науковець з історії філософії України Вілен Горський пише, що аналіз творчої спадщини І.Франка свідчить про те, що чисто теоретико-філософських праць таких як трактат «Із секретів поетичної творчості» не так вже й багато. Але разом з тим, підкреслює він, «переважна більшість його розвідок, статей та інших нехудожніх творів містить багатий матеріал для історика філософії, який дає змогу збагнути масштаби філософської ерудиції мислителя, спрямованість його філософського пошуку»[2, с.237]. Крім цього, влучно, на наш погляд, вчений з цього приводу зауважує, що «І.Франко як філософ найбільш оригінальний і самобутній у своїх художніх творах, передусім в поемах, як жанрі чи не найсприятливішому для виразу філософських ідей засобами мистецтва»[2, с.237]. Отже, філософському пошукові Франка властивий, по-перше, екзистенційно-художній характер, і, по-друге,

етико-антропологічне спрямування його філософії [2, с.239].

Філософські питання І.Франко порушує для пошуків розв'язання суспільно-політичних, державно-правових, моральних і національних проблем, прав і свобод людини. Тому ми можемо виділити етико-правову, антропологічну проблематику його творчих роздумів і його етико-антропологічний підхід до будь-яких філософських проблем. Так, задумуючись над суспільним буттям русинів, І.Франко звертався до осмислення таких складних соціальних явищ як право, держава, влада, їх взаємозв'язку. Характеризуючи законодавство Австро-Угорської монархії, він не відривав його від держави, її політичної діяльності. Вникаючи в сутність законодавства тогочасної імперії, виходив із співвідношення права і закону, природних прав і свобод людини. У питаннях оцінки тогочасних реалій та вдосконалення права і держави Іван Франко виходить із позицій таких вселюдських цінностей, як природна рівність індивідів, свобода, соціальна справедливість та політична рівноправність людей. З цього приводу І. Франко пише: „Відти конечно впливає **конституціоналізм** новочасних держав, незвісний в давнину, так як незвісний був сучасний капіталізм»[9, с.132]. Однак мислитель, даючи філософський аналіз реального тогочасного конституціоналізму, робить висновок: «Конституціоналізм, так як і капіталізм опирається на свободі, але він ще не свобода. Свобода тут не тільки в теорії, рівність тут не тільки в **букві права**»(виділено нами –Н.С.), а на ділі гніт сильнішого над слабшим, нерівність економічна. В теорії капіталізм знає тільки вольні одиниці, конституціоналізм знає тільки вольних горожан, а на ділі бачимо зовсім не те, бачимо два ворожі табори: багатів і бідних, т.е. економічно сильних і слабих, т.е. вольних невольників» [9, с.132]. З цього висновку випливає те, що І.Франко як філософ, характеризуючи стан суспільства, не переносить теорію конституціоналізму «живцем» на питання суспільні [9, с.82-83]. Прийняття конституцій в тих чи інших сучасних йому державах, в тому числі і в Австро-Угорській імперії, тобто проголошення конституціоналізму ще автоматично не забезпечує реальних прав і свобод для усіх громадян, бо „робочий люд не має майже ніяких прав: його кожний багач і кривдить, і обдирає, і туманить, і ще й ганьбить в додатку” [11, с.161]. Мислитель також відзначає, що поняття «буква права», з точки зору філософії права, ще не є «духом права», сутністю права, яка (сутність) може мати вираження тільки в єдності правової рівності, правової справедливості та правової свободи. Бо, перш за все, економічна нерівність, на думку І.Франка, зводить нанівець такі цінності як: свобода, рівність, справедливість. Тому І.Франко у своїй праці «Чого ми хочемо» чітко констатує, що головним змістом робітни-

чого питання є забезпечення соціальної справедливості та ліквідація нерівності, особливо – економічної [10, с.26].

Основоположною тезою для І.Франка були ідеї Просвітництва про те, що людина сама собою є певним буттям, від своєї природи є вільною істотою і має належні їй відповідні невід'ємні від її сутності права. Оскільки природа людина є однаковою в усіх людей, то всі вони однакові у цих правах, рівні в них. Отже, права і свободи людини є не штучними, придуманими чи установленними волею влади. Вони мають інше походження. «Свою значущість права людини набувають через те, що вони є природним здобутком людини...»[8, с.191]

Участь Франка у виборній кампанії свідчить про те, що він був добре обізнаний з різними галузями права, особливо - конституційного, цивільного та земельного. Виступаючи на селянському вічі у Львові у листопаді 1896 року Франко, звертаючись до присутніх, відзначивши важке «економічне положення галицького селянства», закликав їх «самим собі помагати», всі селяни повинні «пізнати свою нужду, бути її свідомі» і «разом її усунути.» Більше того, наголосив промовець : «... селянство мусить стати силою політичною. Треба раз вже положити сему кінець, щоби не шили нам сукмани ті, котрі не брали з нас міри. **Конституція не зла річ, та лихо в тім, що не припасували її до нас**» (виділено нами – Н.С.)[6, с.187].

На цьому ж віче І.Франко був надто активний, виступав декілька разів, звертав увагу присутніх на неточні або неправдиві вислови виступаючих. Добре розуміючи в чому причина селянських бід, він спростовує думку тих, хто вважає, що цісар не знає про «хлопську біду» і тому такі реалії селянського життя. Вносить конкретні пропозиції про необхідність реформи «закону громадського, про потребу зміни закону дорогового, про закон ловецький і про реформу ординації виборчої»[6, с.190]. І.Франко назвав Конституцію 1867 року «клочком паперу», у своїх працях, виступах на зборах перед населенням Галичини, у пресі, на конкретних прикладах доводив несправедливість та антидемократичність її положень. Він говорив, що проголошення ряду демократичних інститутів у Австро-Угорщині було лише тактичним маневром, тому що, по-перше, основний закон встановлював нерівність, по-друге, значна частина інших австрійських законів знецінювала конституційний закон, тому особисте значення людини в суспільстві залежало від наявності у неї капіталу, а для бідних людей права і свободи в дійсності не існували. Звідси, заможні люди мали суспільну вагу, а людина бідна мала нульове значення в суспільстві. Таким чином, задекларовані конституційні свободи в дійсності для незаможних не існують, вони не мо-

жуть поскаржитись на несправедливість і нерівність [1, с.154-155].

Узагальнюючи вищенаведене, можна дійти таких висновків, що :

1. філософсько-правові погляди І.Франка важко вписати в ту чи іншу філософську систему. Філософські ідеї його доби та і попередніх часів він критично переосмислював і направляв на життєву конкретику свого часу. Його погляди були сконцентровані на питаннях людського прогресу, гуманізму, проблемах філософії права, правах і свободах людини та праві нації на самостійну незалежну і власну державу, які мають актуальне значення для сучасного державотворення.

2. В контексті моральних чеснот, прав і свобод людини І.Франко намагається розв'язати на національному ґрунті людські філософські і державно-правові проблеми. У питаннях оцінки тогочасних реалій суспільного життя, бачення шляхів удосконалення держави і права мислитель виходить із засад таких вселюдських цінностей, як природна рівність індивідів, свобода, соціальна і правова справедливість та рівноправність людей.

1. В.Кульчицький, Б.Тищик. Історія держави і права України, навч. посібник. Випуск другий, доповнений. Львів ЛНУ, 2000
2. Горський В.С. Історія української філософії. Курс лекцій. Навч. посіб.-К.: Наукова думка, 2001.-375 с.
3. Забужко О. Філософія української ідеї та європейський контекст : Франківський період. - К.: Наукова думка, 1992.-116 с.
4. Іван Франко і світова культура : Матеріали міжнародного симпозіуму ЮНЕСКО // Львів 11-15 вересня 1986 р. У 3-х кн. - Кн. 1.- К. : Наукова думка, 1990.- с. 319
5. Маланок С. Франко як явище інтелекту. // Українська мова й література в середніх школах. – 2002.-№ 2.- с.8-13
6. Тетяна Космеда. Комунікативна компетенція Івана Франка : між- культурні, інтерперсональні, риторичні виміри. – Львів : «Видавництво «ПАІС», 2006.- 326 с.
7. Тихолоз Б. Іван Франко – філософ (До характеристики стилю та еволюції мислення) // Сучасність. – 2002. - № 12. – с.106-119
8. Філософія права: Навч. посібник / За заг. ред. М.В.Костицького, Б.Ф. Чміля. - К.: Юрінком Інтер, 2000. - 336 с.
9. Франко І. Мислі о еволюції в історії людськості // Франко І. Зібр.тв.: У 50 т. – К., 1986.- Т.45. – с.76-139.
10. Франко І. Чого ми хочемо // Франко І. Зібр.тв.: У 50 т. – К., 1986.- Т. 44, кн. 1 – с.25-27.
11. Франко І. Чого хоче галицька робітницька громада // Франко І. Зібр.тв.: У 50 т. – К., 1986.- т. 44, кн.1. – с. 151-164.

Savetchuk N.M.

Philosophical and legal views of Ivan Franko

The article deals with philosophical and legal outlook of Ivan Franko and his views on the problems of law, state, rights and freedoms of people, and constitutionalism.

Key words: philosophical views, legal views, state, law, rights and freedoms, constitution.

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ЛАД ТА ПРАВА ЛЮДИНИ. ПИТАННЯ ФІНАНСОВОГО ТА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Гіренко О. Т.

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ ДО ІНОЗЕМНОЇ ДЕРЖАВИ У ПРАКТИЦІ НАЦІОНАЛЬНИХ СУДІВ КРАЇН ЄВРОПИ

УДК 343

Стаття присвячена огляду судової практики європейських країн за останні 50 років у сфері надання іноземній державі імунітету від примусових заходів у спорах з приватними особами, як однієї із головних проблем у застосуванні концепції обмеженого імунітету. Адже відсутність у приватної особи дієвих засобів для виконання винесеного проти іноземної держави рішення у зв'язку з наявністю у останньої імунітету від примусових заходів фактично позбавляє сенсу теорію обмеженого імунітету.

Актуальність цього питання обумовлюється не лише можливістю дослідити сучасні тенденції у розвитку теорії обмеженого імунітету, а необхідністю реформування законодавства України. Не дивлячись на зміни, які відбулися у цивільному законодавстві, в Україні продовжують використовуватися вироблені за радянської доби підходи до надання імунітету державі, які базуються на теорії абсолютного імунітету.

Слід відзначити, що в Україні, так само як і в інших пострадянських країнах, дослідженню проблеми надання імунітету державі у міжнародному приватному праві не присвячено належної уваги. Більшість фундаментальних праць у цій сфері, які розроблені ще за радянських часів, спрямовані на обґрунтування необхідності надання державі абсолютно-го імунітету. У опублікованих останнім часом роботах проблема надання імунітету державі, на відміну від праць іноземних фахівців, висвітлюється здебільшого як окреме питання у підручниках з міжнародного приватного права та невеликій кількості статей [1; 2; 3; 4; 5; 6].

Особливістю імунітету іноземної держави від примусових заходів, порівняно з власне судовим імунітетом, є те, що у цьому випадку досить важко застосовувати критерій природи діяльності держави – основний критерій при розмежуванні комерційної (*jure gestionis*) та суверенної (*jure imperii*) діяльності держави. Розмежовуючи комерційну та суверенну діяльність держави для застосування примусових заходів, європейські суди переважно керуються критерієм мети використання майна та

враховують індивідуальні особливості у кожному конкретному випадку [7, 25; 5, 399].

Такий підхід закріплено у § 13(4) Акту Великобританії про імунітет держави 1978 року (далі – закон Великобританії) [8, 798], відповідно до якого, імунітет від примусових заходів не поширюється на власність держави, яка використовується з комерційною метою. Слід відзначити, що ця норма Закону Великобританії законодавчо закріпила уже наявну на той час судову практику більшості західноєвропейських країн та є значно прогресивнішою, ніж положення статті 23 Європейської конвенції про імунітет держав 1972 року (далі – Європейська конвенція) [9], відповідно до якої, примусові заходи до іноземної держави можуть бути застосовані лише за згодою цієї держави .

Відставання нормативного регулювання надання імунітету від примусових заходів порівняно з судовою практикою підтверджується також положеннями Конвенції про імунітет іноземних держав та їх власності 2004 року (далі – Конвенція ООН) [11]. Хоча підготовка тексту конвенції тривала понад 30 років, а її розробники намагалися врахувати найновішу практику та національне законодавство держави щодо юрисдикційних імунітетів держави, слід відзначити, що положення Конвенції ООН про надання державі імунітету від примусових заходів є консервативнішими порівняно з європейською судовою практикою .

Однією з визначальних у сфері надання державі імунітету від примусових заходів є справа «X v. Republic of Philippines», яка була розглянута у 1977 році Конституційним Судом Німеччини [12, с.167; 13, с.297-321]. Застосований судом критерій розмежування майна держави на те, яке використовується з комерційною або суверенною метою був використаний у багатьох пізніших рішеннях європейських судів . Навіть швейцарські суди, які займають порівняно з іншими державами досить ліберальну позицію у питанні застосування примусових заходів до власності іноземної держави, визнають, що примусові заходи не можуть бути застосовані до майна, яке призначене для виконання суверенних функцій держави .

Загалом судова практика Швейцарії розглядає застосування примусових заходів як логічне продовження судового процесу. Такий висновок ще у 1951 році зробив бельгійський суд у справі «Socobel v. Greese» [14, с.3-6]. Відтак, швейцарські суди виходять з того, що імунітет держави від примусових заходів повинен бути обмежений, оскільки надання такого імунітету заперечуватиме саму можливість судочинства. Ще у 1956 році Федеральний суд Швейцарії у справі «Royaume de Grece v. Banque Julius Vdg & Cie» зазначив, що факт прийняття судом до прова-

дження справи, однією зі сторін у якій є іноземна держава, а предметом судового розгляду є права та обов'язки цієї держави, що впливають з її участі у приватноправових відносинах, є підставою для застосування до цієї іноземної держави примусових заходів у зв'язку з можливим рішенням проти неї. Обґрунтовуючи таку позицію, суд вказав: якщо неможливо буде виконати судові рішення, то воно втратить свою невід'ємну характеристику – обов'язковість того, що воно буде виконане навіть у випадку, якщо сторона, проти якої винесене рішення, буде заперечувати проти цього [14, с.198].

Крім використання критерію мети використання майна держави, європейські суди приділяють значну увагу дослідженню питання наявності зв'язку між наданням іноземній державі судового імунітету та імунітету від примусових заходів. Застереження про необхідність зв'язку з державою суду, відповідно до якого, майно держави, щодо якого планується застосувати примусові заходи, повинно бути пов'язане з предметом спору та має знаходитися на території Швейцарії.

Менш послідовною видається італійська судова практика. Наприклад, у справі 1989 року «Libya v. Rosobet SRL» касаційний суд виходив з наявності прямого зв'язку між наданням судового імунітету та імунітету від примусових заходів [15, с.66]. Натомість, у справі 1992 року «Condor and Filvem v. Ministry of Justice» Конституційний Суд Італії зазначив, що імунітет іноземної держави від заходів забезпечення позову та примусового виконання рішення у країні суду не може розглядатися як просте «продовження» судового імунітету [17, с.402].

Розглядаючи випадки, коли суди країн Європи відмовляли у наданні імунітету від примусових заходів, необхідно відзначити, що у жодній країні не заперечується право іноземної держави на такий імунітет, навіть якщо він досить обмежений. У деяких європейських країнах можливість застосування примусових заходів досі пов'язується з необхідністю позитивного висновку відповідного органу виконавчої влади країни суду, як правило міністерства закордонних справ або міністерства юстиції. Хоча сучасна судова практика свідчить про обмеження значення таких висновків та надання виключно суду права приймати рішення про надання імунітету чи ні, оскільки рішення про надання чи ненадання імунітету іноземній державі у конкретному випадку, якщо воно залежить від позиції уряду держави суду, стає предметом політичного розсуду та доцільності [18, с.136]. Крім того, необхідність отримання висновку уряду про можливість застосування примусових заходів до іноземної держави на даний час розглядається як порушення права людини на доступ до правосуддя.

У зв'язку з цим, в країнах, де такі висновки вимагалися, останнім часом відбулися суттєві зміни, як в законодавстві, так і в судовій практиці. Наприклад, у 1963 році Конституційний Суд Італії у справі «Mrs. Guerrato v. United Kingdom» визнав неконституційними та такими, що порушують право особи на ефективний судовий захист положення італійського процесуального закону 1926 року, відповідно до якого будь-які примусові заходи до власності іноземної держави могли бути застосовані лише за згоди міністерства юстиції Італії [19, с.97-109]. У 1992 році Конституційний Суд Італії визнав закон 1926 року повністю неконституційним [17, с.406; 21, с.134-158].

Консервативнішу позицію у цьому питанні зайняв Верховний Суд Греції у рішенні у справі 1997 року «Greek Citizens v. Federal Republic of Germany». Розглядаючи, наскільки необхідність отримання попереднього висновку міністерства юстиції відповідає положенням статті 6 Європейської конвенції з прав людини та статей 2, 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, суд дійшов висновку, що право на ефективний судовий захист, у тому числі в частині застосування примусових заходів, може бути обмежене, якщо таке обмеження відбувається відповідно до закону чи міжнародного договору. На підставі цього суд визнав відмову міністерства юстиції Греції у наданні згоди на застосування примусових заходів до Німеччини такою, що не суперечить зазначеним вище положенням міжнародних договорів, якщо таке примусове виконання стосується власності іноземної держави, яка використовується з суверенною метою, або якщо це ускладнить відносини Греції з відповідною іноземною державою [22, с.556].

Аналогічного висновку дійшов у рішенні у справі 1992 року «Diana Gayle Abbott v. República de Sudáfrica» Конституційний Суд Іспанії, який, підтвердивши, що надання державі абсолютного імунітету від примусових заходів суперечить праву особи на судовий захист та справедливий розгляд справи у суді, відзначив, що примусові заходи не повинні стосуватися власності іноземної держави, якій імунітет надається відповідно до норм міжнародного права [23, с.422]. У подальших своїх рішеннях Конституційний Суд Іспанії запропонував судам нижчих інстанцій, розглядаючи питання про застосування до іноземної держави примусових заходів та з метою дотримання права особи на судовий захист, розмежовувати власність держави, яка використовується з суверенною та комерційною метою, а також використовувати інші (не примусові) можливості забезпечення позову чи виконання рішення, винесеного не на користь іноземної держави [24, с.168-193].

Так само, як і у випадку з судовим імунітетом, держава може добро-

вільно відмовитися від імунітету від примусових заходів. Можливість відмови від імунітету передбачена навіть законодавством країн, які використовують концепцію абсолютного імунітету, зокрема України. У зв'язку з цим, суди європейських країн розглядають питання, чи означає згода держави на підпорядкування спору за її участю суду іноземної держави згоду на застосування до неї примусових заходів у конкретній справі. Здебільшого суди виходять з того, що відмова держави від імунітету від примусових заходів потребує окремої заяви, а відмова від юрисдикційного імунітету не означає автоматичної відмови від імунітету від примусових заходів [7, с.23]. Проте, деякі національні суди досить ліберально підходять до встановлення факту чіткої відмови, особливо у випадку надання оцінки укладеній державою арбітражній угоді.

Держава може також зарезервувати майно для забезпечення позову або виконання рішення, яке може бути винесене не на її користь. Можливість виділення такого зарезервованого майна для наступного виконання винесеного рішення передбачена статтями 18(b) та 19(b) Конвенції ООН та є загальноприйнятою у судовій практиці європейських країн. Так, у рішенні у відомій справі 1984 року «Alcom Ltd v. Republic of Colombia» Палата Лордів відзначила з цього приводу, що держава не користується імунітетом від примусових заходів щодо зарезервованих нею коштів [28, с.187]. Якщо держава спеціально зарезервувала майно для гарантування конкретної комерційної угоди, то європейські суди надають імунітет щодо іншої власності.

Вирішуючи питання про застосування примусових заходів, європейські суди часто досліджують наявність зв'язку власності, відносно якої можуть бути вжиті примусові заходи, з предметом позову та державним органом, який є відповідачем у справі. Проте, на даний час європейська судова практика не виробила єдиних підходів до необхідності встановлення такого зв'язку [29, с.402]. Суди багатьох європейських країн не досліджують питання наявності зв'язку майна, щодо якого планується застосувати примусові заходи, з предметом позову, досліджуючи передусім мету, з якою держава використовує те чи інше майно.

Крім загальних критеріїв судова практика європейських країн виділяє конкретну власність держави, яка зазвичай використовується для виконання публічних функцій. Так, найпоширенішою власністю держави, щодо якої може виникнути бажання застосувати примусові заходи, є звичайно власність дипломатичних та консульських представництв. Відповідно до норм міжнародного права, нерухомисть дипломатичних установ та інше майно, яке використовується для забезпечення їх діяльності, визнаються такими, що використовуються державою з суверен-

ною некомерційною метою та звільняються від застосування примусових заходів.

Досить дискусійним залишається питання надання імунітету грошовим коштам держави, які розміщені на банківських рахунках дипломатичних представництв. За загальним правилом, кошти на банківських рахунках дипломатичних представництв у розмірі, необхідному для забезпечення діяльності цих представництв, визнаються такими, що використовуються з урядовою некомерційною метою, та користуються імунітетом від примусових заходів.

Разом з тим, на практиці європейські суди не завжди надавали імунітет рахункам посольств автоматично, а розглядали питання про використання ними так званих „змішаних” рахунків, кошти на яких можуть бути використані як для забезпечення суверенної діяльності, так і для проведення комерційної діяльності. Наприклад, у справі 1978 року «The Kingdom of Morocco v. Stichting Revalidatie Centrum «De Trappenberg» суд Амстердама не взяв до уваги мету, з якою використовувався рахунок посольства Марокко, натомість, розглянувши природу банківського рахунку як такого, зазначив, що самі по собі гроші не користуються імунітетом від примусових заходів [25, с.375]. У згаданій справі 1983 року «Philippine Embassy Bank Account» німецький суд зазначив, що примусові заходи не можуть бути застосовані до єдиного банківського рахунку посольства іноземної держави, який відкритий у країні суду та використовується для задоволення потреб посольства [25, с.150].

Загалом, європейські суди виходять з презумпції, що банківські рахунки посольств мають слугувати публічній меті, якщо інше не доведено сторонами. У згадуваній справі «Philippine Embassy Bank Account» суд вказав, що заяви повноважного представника держави достатньо для встановлення факту використання рахунку посольства виключно для виконання суверенних функцій держави [25, с.186; 25, с.189].

Предметом розгляду судів європейських країн часто було питання про можливість застосування примусових заходів до коштів національних банків іноземних держав. На відміну від норми статті 21(1)(с) Конвенції ООН, якою коштам національних банків за кордоном надається абсолютний імунітет від примусових заходів, практика судів європейських країн є досить одноковою та значно ліберальнішою.

Як приклад можна навести рішення англійських судів у справах 1977 року «Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria» [20, с.111] та 2001 року «Banca Carige SpA Cassa di Risparmio Geneva e Imperia v. Banco Nacional de Cuba and another» [16, с.550-551]. У цих справах англійські суди відмовили у наданні імунітету іноземним національним

банкам, обґрунтувавши таке своє рішення у першому випадку нормами звичаєвого міжнародного права (закон Великобританії на той час ще не вступив в силу), а у другому – положеннями § 14(4) закону Великобританії. Розглядаючи можливість застосування примусових заходів до іншого майна держави, ніж те, про яке йшлося вище, суди європейських країн передусім керуються критерієм мети, за виключенням військового майна, яке користується абсолютним імунітетом від примусових заходів [5, с.391].

Підсумовуючи можна зробити висновок, що за умов, коли ні національне законодавство європейських країн, ні міжнародні акти не визначили єдиних правил обмеження права іноземної держави посилаючись на імунітет, саме на суди лягає «тягар» розвитку та практичного застосування положень теорії обмеженого імунітету держави. При цьому, суди часто виходять за межі наявних кодифікованих актів, зокрема Європейської конвенції та національного законодавства.

Необхідно відзначити також взаємний вплив судової практики європейських країн одна на одну у цій сфері. Розглядаючи конкретну справу, суди звертаються не лише до попередніх рішень власної судової системи, а й враховують позицію судів інших європейських країн, а також Європейського суду з прав людини.

1. Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. – [3-е изд., перераб. и доп.]— М.: Междунар. отношения, 2003. — 416 с.—ISBN: 5-7133-0714-X.
2. Международное частное право: Учебник / Ануфриева Л.П., Бекашев К.А., Дмитриева Г.К. Ред. Дмитриевой Г.К.—М.: Проспект, 2000.- 649 с.—ISBN: 5-8369-0093-0.
3. Ушаков Н.А. Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности / Н. А. Ушаков ; —М. : Наука. ИФ «Наука-философия, право, социол. и психология», 1993. — 238с. —ISBN: 5-02-013217-9.
4. Хлестова И.О. Юрисдикционный иммунитет государства (Монография). - М.: ИД «Юриспруденция», 2007. – 216 с. ISBN: 978-5-9516-0313-5.
5. Н. Fox QC. The Law of State Immunity. – Oxford: Oxford University Press. 2002. xxxii, 555 p. – ISBN: 0-19-829836-6.
6. Dickinson A., Lindsay R., Loonam J.P. State Immunity - Selected Materials and Commentary. – New York: Oxford University Press, 2004. – xc + 542 p. –ISBN 0199243263, 978019924326
7. Bouchez L.J. The Nature and Scope of State Immunity from Jurisdiction and Execution // Netherlands yearbook of international law: State immunity from attachment and execution. 1979. –Alphen aan den Rijn, 1980. –Vol. 10.–P. 21-36.—ISBN-10: 9028607102.
8. State Immunity Act 1978, надруковано у International legal materials : Document Highlights. –Washington :American Society of International Law, 1982. –Vol. 17.

–№ 5. –P. 1123-1127.

9. European Convention on State Immunity, 16 May 1972, вступила в силу 11 червня 1976, European Treaty Series No. 74.
10. Council of Europe, Explanatory Report on the European Convention on State Immunity (1972), Див.: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/074.htm>, п. 92.
11. Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2 December 2004, Док. ООН A/RES/59/38.
12. International Law Reports – Cambridge. —1984.—Vol.65—504p.—ISBN-10: 0521464102.
13. Materials on jurisdictional Immunities of States and their Property. —New York, 1982, vol. XVI. — 657 p. [Doc.] ST/LEG/SER.B/20.
14. International Law Reports – Cambridge.—1957.—Vol. 18.—788p.—ISBN-10: 0521463637.
15. International Law Reports. – Cambridge.—1992.—Vol.87.—820p.—ISBN-10: 052146409926.
16. International Law Reports – Cambridge.—2003.—Vol.124.—668p.—ISBN-10: 0521825865.
17. International Law Reports.—Cambridge.—1996.—Vol.101.—712p.—ISBN-10: 0521496489.
18. Schreuer C. H. State Immunity: Some Recent Developments. - Cambridge University Press : Grotius Publications. - 1988. - 224 p. ISBN: 0949009148 9780949009142
19. 42. Seidl-Hoheveldern I. State Immunity:Austria // Netherlands Yearbook of International Law: State immunity from attachment and execution.— Springer; 1 edition (May 25, 1980). - Vol. 10. – P. 97-109. ISBN-10: 9028607102.
20. International Law Reports – Cambridge.—1983.—Vol. 64.—768p.—ISBN-10: 0521464099.
21. Конституции буржуазных государств: Учеб. пособие для вузов по спец. «Правоведение» Переводы /Сост. В. В. Маклаков ; Отв. ред. П. К. Пантелеев. -М. :Юрид. лит.,1982. –407 с.
22. International Law Reports—Cambridge.—2007.—Vol.129.—834p.—ISBN-10: 0521879191.
23. International Law Reports—Cambridge.—1999.—Vol.113.—620p.—ISBN-10: 0521642434.
24. Pilot project of the Council of Europe on state practice regarding state immunities. Committee of Legal Advisers on Public International Law. Strasbourg, 2002. P. 168-193.
25. International Law Reports – Cambridge.—1982.—Vol. 62.—714p.—ISBN-10: 0521464072.
26. International Law Reports – Cambridge. —1988.—Vol.77.—790p.—ISBN-10: 0521464226
27. International Law Reports – Cambridge.—1995.—Vol.99.— 776p.—ISBN-10: 0521475112.
28. International Law Reports – Cambridge.—1987.—Vol.74.—780p.—ISBN-10: 0521464102.

0521464196.

29. International Law Reports – Cambridge.—1996.—Vol.102.—650p.—ISBN-10: 0521551994.

Hirenko O.T.

Application of forced actions to the foreign countries in the practice of European countries' national courts

This article deals with the practice of European countries' national courts. The author describes the system of giving the immunity by the courts to different systems. He gives a lot of examples.

Keywords: national courts of European countries, forced actions, immunity.

Дроздова І. В.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕНЬ ВЛАДНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ МВС УКРАЇНИ В СИСТЕМІ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИН

УДК 343.2

Адміністративне право є класичним зразком фундаментальної (профільноюю) галузі публічного права, що опосередковує функції публічної влади в державі; регулює відносини, що забезпечують загальні (публічні) інтереси суспільства. Створення режиму партнерських відносин, що є визначальною ознакою демократичної країни, зумовило потребу у комплексному реформуванні управлінських процесів в державі, інститутів українського адміністративного права. Докорінні зміни повинні відбутися, в першу чергу, у змісті принципів адміністративного права, які визначають «спрямованість і найсуттєвіші риси регулювання виконавчої діяльності держави» [3, с.30].

Провідні принципи радянського державного управління (участь народних мас, демократичний централізм, соціалістична законність, плановість, рівність національностей), за визначеннями Коренєва А.П., Еропкина М.И., Сорокіна В.Д., Попова В.И., також відображали «справжній демократизм державного управління». При цьому адміністративно-радянська сутність демократизму полягала у владарюванні держави над людиною у всіх сферах публічного життя. Проголошена Конституцією України стратегія державної політики щодо формування громадянського суспільства, демократичної, соціальної, правової держави, визначила принципово нову роль держави у відносинах з людиною. Оскільки адміністративно-правове регулювання є своєрідним продовженням конституційно-правових норм, конкретизацією їх дій у переважній більшості сфер суспільного життя, людина із об'єкту виключно виконавчо – розпорядчого впливу та примусу з боку органів державної влади перетворюється на суб'єкт адміністративно - правових відносин, перед яким

виконавча влада відповідальна за свою діяльність.

Разом з тим, реалізація найважливішого для українського адміністративного права принципу служіння органів виконавчої влади, їх апарату, посадових осіб суспільству й людині вимагає нового рівня захищеності інтересів людини державою. Тобто, повнота прав і свобод громадян у адміністративно - правовій сфері в сучасних умовах потребує створення дієвого механізму їх забезпечення.

Саме на рівні законів повинна встановлюватись межа втручання органів державної виконавчої влади в громадянське й особисте життя людини, владні повноваження органів державної влади обмежуватись мінімумом, необхідним для розв'язання службових завдань. Пріоритети же сучасної діяльності правоохоронних органів ще не відповідають запитам і масштабам демократизації країни, що обумовлює традиційне, точніше сказати стереотипне, сприйняття органів правопорядку як інституту держави, складових виконавчої вертикалі, інструменту силового впливу на певні групи суспільства, що порушують закон. «Гіпертрофія силового начала», за вдалим визначенням Т.Пікулі [6, с.110], закладена і в основі визначення в системі органів виконавчої влади місця та ролі як правоохоронних органів в цілому, так Міністерства внутрішніх справ України, зокрема. Саме функція боротьби із злочинністю та забезпечення правопорядку є визначальною в теорії та практиці, що окреслює структурні та змістові параметри діяльності органів внутрішніх справ. Чинний Закон України «Про міліцію» визначає міліцію як «державний озброєний орган виконавчої влади, котрий захищає життя, здоров'я, права і свободи громадян, власність, природне середовище, інтереси суспільства й держави від протиправних посягань». Виконанням правоохоронної функції обумовлюються спеціальні владні повноваження МВС України. Однак, сьогодні таке „вужьковідомче“, „репресивне“ розуміння завдань діяльності правоохоронних органів сприяє їх відчуженню від суспільства. Вирішення цієї проблеми, мабуть, полягає у розширенні соціальної спрямованості діяльності ОВС, перетворення їх з карного органу на орган по обслуговуванню населення, здатний цілком забезпечити правовий захист, громадську безпеку та можливість реалізації кожною людиною гарантованих Конституцією прав і свобод .

На черзі черговий етап реформування МВС України. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 04.10.2006 №1383 «Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України», дію якої відновлено згідно з Указом Президента України №577/2007 (577/2007) від 27.06.2007, МВС України набуває правового статусу головного органу у системі центральних органів виконавчої влади з пи-

тань формування і реалізації державної політики у сфері захисту прав і свобод людини та громадянина, охорони громадського порядку, забезпечення громадської безпеки, захисту об'єктів права власності, інтересів суспільства і держави від протиправних посягань, безпеки дорожнього руху, громадянства, імміграційної та паспортної роботи, протидії незаконній міграції.

У проектному, поки що, визначенні Закону України „Про органи внутрішніх справ України” (ст.16 зокрема), Міністерство внутрішніх справ України визначається центральним органом виконавчої влади, який реалізує державну політику у сфері охорони прав та свобод людини і громадянина, протидії злочинності, забезпечення громадського порядку та громадської безпеки, захисту власності, забезпечення безпеки дорожнього руху, здійснення міграційної політики та охорони державного кордону України, а також інших напрямків діяльності, які входять до компетенції Міністерства внутрішніх справ України. Органи внутрішніх справ України – система правоохоронних органів, які здійснюють державне управління у сфері внутрішніх справ (Національна міліція; Служба досудового слідства; Державна прикордонна служба; Державна міграційна служба; Національна гвардія. Допоміжні та забезпечуючі служби, заклади освіти, охорони здоров'я, підприємства, установи та організації необхідні для функціонування діяльності органів внутрішніх справ).

Оскільки органи внутрішніх справ беззаперечно займають особливе місце у формуванні соціальної правової держави та створенні й забезпеченні гарантій прав людини і громадянина, другим, найважливішим напрямком діяльності правоохоронних органів, органів внутрішніх справ зокрема, на законодавчому рівні повинно бути визначено забезпечення умов для реалізації прав, свобод та законних інтересів громадянами, у сфері сервісно – публічних відносин зокрема. Саме тому дослідження механізму реалізації владних повноважень МВС України у сфері сучасних адміністративно – правових суспільних відносин набуває сьогодні актуальності та практичного значення.

Слід зазначити, що в юридичній науці питання про сутність та особливості правових відносин є, мабуть, найбільш суперечливим. Проблема дослідження специфічних особливостей механізму правового впливу на суспільні відносини, теоретичних проблем однієї з найважливіших категорій адміністративного права – адміністративно-правових відносин, наукового обгрутування нових адміністративно – правових категорій відображена в працях В. Б. Авер'янова, Г. В. Атаманчука, Д.М.Бахраха, Ю. П. Битяка, І. П. Голосніченка, Є. В. Додіна, А. І. Сли-

стратова, С. В. Ківалова, В. К. Колпакова, І. Б. Коліушка, А. Т. Комзюка, В. В. Копейчикова, А. П. Коренєва, В. М. Селіванова, Ю. О. Тихомирова, Р. О. Халфінної, Є. О. Харитоновна, В.В.Цветкова, В. К.Шкарупи та ін.

В органах державної влади адміністративна правосуб'єктність (здатність мати права і обов'язки, реалізувати їх, нести відповідальність за порушення АП норм) виявляється у нормативно закріпленій за ними владній компетенції, тобто у сукупності їх юридично-владних повноважень (прав і обов'язків), що надаються їм для виконання відповідних завдань і функцій. Авер'янов В.Б. визначає компетенцію як юридичне відображення (опосередкування) покладених на них функцій у спеціальних, так званих компетенційних (або статутних) нормативно-правових актах, шляхом закріплення цілей, завдань і необхідного для їх реалізації комплексу прав і обов'язків, тобто державно-владних повноважень [2, с.264]. Адміністративно-правова форма прав і обов'язків при цьому передбачає наявність конкретних суб'єктивних прав і обов'язків, які реалізуються даною особою як в адміністративних правовідносинах, так і поза ними. «Кожен орган виконавчої влади, діючи від імені та за дорученням держави, має певний правовий статус, виступає носієм відповідних повноважень юридично-владного характеру, реалізація яких забезпечує йому досягнення мети виконавчо-розпорядчої діяльності [3, с.7].

Межі належної, допустимої та рекомендованої поведінки учасників адміністративно-правових відносин у діяльності МВС України регулюються адміністративно-правовими нормами як регулятивного, так і наказового (імперативного) характеру, які визначають владні повноваження та функції органів внутрішніх справ; форми і методи владної діяльності; способи забезпечення законності в діяльності органів внутрішніх справ (контроль, нагляд, дисциплінарна відповідальність); порядок реалізації правотворчої діяльності (прийняття нормативно-правових управлінських рішень); порядок проходження служби в органах внутрішніх справ; процедуру розгляду звернень громадян в органах внутрішніх справ; адміністративно-юрисдикційні відносини.

Таким чином, усі сфери адміністративно-правових відносин так чи інакше пов'язані із реалізацією владних повноважень суб'єктів влади. Правова сутність “владності” МВС України, на наш погляд, полягає у наявності визначених законом повноважень (прав та обов'язків у всіх сферах адміністративних правовідносин), механізми (формах та способах), а також юридичній можливості (компетенції) їх реалізації.

За визначенням Ковачева Д.А., функція виконавчої влади ”полягає у здійсненні управлінської, організаційної діяльності, спрямованої на виконання правових актів, прийнятих безпосередньо народом або його

представницькими органами”[5,с.122]. Саме ця функція обумовлює весь зміст діяльності виконавчої влади, характер повноважень її органів, визначає підзаконність всіх її рішень. Сутність виконання законів, наряду з виданням нормативних актів та прийняттям інших управлінських рішень, передбачає повсякденний та постійний управлінський вплив на суспільні відносини, як зазначає Бахрах Д.Н.[4]. Битяк Ю.П. розглядає державне управління як виконавчо-розпорядчу діяльність, яка здійснюється системою органів виконавчої влади [3, с.17].

Однак, виконавчу владу неможливо ототожнювати з державним управлінням, яке характеризується як вид державно-владної діяльності, оскільки категорія “виконавча влада” є політико-правовою, а „державне управління” – організаційно-правовою. Зрозуміло, що об’єднує їх виконавча спрямованість. Однак, на сьогодні науково обґрунтованою є думка про те, що діяльність виконавчої влади не може бути зведена тільки до виконання законів і здійснення поточного управління. До сфери діяльності виконавчих органів має бути віднесено також застосування до громадян заходів адміністративного примусу, в тому числі адміністративних стягнень; здійснення позасудового захисту прав громадян в порядку адміністративного оскарження; розгляд і вирішення індивідуальних адміністративних справ, включаючи надання адміністративних послуг; прийняття зобов’язуючих рішень в процесі вирішення „публічних потреб” (наприклад, відведення земель, будівництво громадських споруд); відомча нормотворчість тощо [1, с. 115].

Класична форма виконавчо - розпорядчої державно – управлінської діяльності передбачає наявність державних органів виконавчої влади, МВС, зокрема, які володіють владними повноваженнями. Тому, досліджуючи владну адміністративну правосуб’єктність МВС України, слід уникати або запобігати окремим стереотипам, пов’язаним із особливостями владної правосуб’єктності органів виконавчої влади загалом.

В першу чергу, йдеться про обмеження реалізації адміністративної правосуб’єктності МВС виключно сферами внутрішньо-організаційного або зовнішньо-адміністративного контролю - наглядового впливу. Контрольно-наглядові, юрисдикційні провадження, застосування адміністративного примусу розглядаються науковцями, переважно, як основний спосіб реалізації суб’єктами органів виконавчої влади їх повноважень. Як наслідок, стереотипне звуження сфери адміністративно-правового регулювання, загалом. Визначаючи домінуючою на сьогодні спрямованість МВС на реалізацію публічного інтересу, тобто реалізацію прав громадян, їх свобод та законних інтересів, ми беремо до уваги процедурний аспект адміністративних правовідносин суб’єкта владних

повноважень з громадянами (захист порушених прав і свобод громадян, вирішення індивідуальних адміністративних справ за зверненнями приватних осіб, надання різноманітних адміністративних (управлінських) послуг, так звану „публічно-сервісну” правосуб’єктність, не обмежуючи при цьому сферу реалізації владних повноважень управлінськими або правоохоронними правовідносинами.

По-друге, виходячи із змісту правовідносин, що становлять предмет адміністративного права, не можна обмежувати також спосіб реалізації владних повноважень МВС класичними формами контролю та нагляду, а також загально визнаним в адміністративному праві традиційним методом адміністративного примусу. Вважаємо, що форми та спосіб реалізації владних повноважень МВС як суб’єкту адміністративного права, визначаються змістом конкретних адміністративно-правових відносин. При цьому, дослідження механізму правової реалізації владних повноважень МВС України вимагає не стільки видової класифікації адміністративних правовідносин, суб’єктами яких є органи внутрішніх справ, скільки за сферами реалізації їх владних повноважень. Кожна сфера адміністративних правовідносин передбачає свій механізм правового регулювання, реалізацію правових норм залежно від їх нормативної мети та завдань, які визначені законодавцем.

Таким чином, реалізація владних повноважень МВС України як ОБВ не обмежується класичними формами контролю та нагляду, а також загально визнаним в адміністративному праві традиційним способом примусу. Форми та спосіб реалізації владних повноважень визначаються змістом конкретних адміністративно-правових відносин, приймати участь в яких МВС як ОБВ зобов’язується державою.

Визначаючи сфери адміністративно-правового регулювання за В.Б.Авер’яновим, ми відокремлюємо групи однорідних суспільних відносин, які формуються “у ході державного управління адміністративно-політичною сферою; у ході діяльності органів виконавчої влади, їх посадових осіб щодо забезпечення реалізації та захисту в адміністративному порядку прав і свобод громадян, надання їм, а також одиничним особам різноманітних адміністративних(управлінських)послуг; у процесі внутрішньої організації та діяльності апаратів усіх державних органів, а також у зв’язку з проходженням державної служби; у зв’язку з реалізацією юрисдикції адміністративних судів і поновлення порушених прав громадян та інших суб’єктів адміністративного права; у ході застосування заходів адміністративного примусу, включаючи адміністративну відповідальність щодо фізичних та юридичних осіб”[2, с.71].

Комплексний аналіз наукових досліджень аспектів реалізації

владної правосуб'єктності МВС України радянських (М.І.Єропкина, Г.А.Туманова, Л.Л.Попової, А.В.Серьогіна), російських (Н.П.Анісімової, А.М.Арбузкіна, В.М.Безднежних, О.И. Бекетова, С.Н. Бочарова, Н.І. Буденка, І.І.Веремєєнко, О.І.Граковича, Є.П. Жигарева, І.Н. Зубова, С.Г. Ілясова, А.І. Каплунові, Е.А.Клокаєва, І.В.Кісіна, Ф.Є. Колонтаєвського С.В. Котюргіна, А.К. Макєєва, О.В.Ракова, В.М.. Ольнеєва, В.Є.Помаскіна, Б.Н.Порфірьєва, В.Н.Савичева, А.Н. Сапогіна, Є.А.Черенкова, А.Ю.Якимова, Г.А.Ястремського та ін.) та українських (О.Б.Андрєєвої, О.М.Бандурки, Д.Н.Бахраха, Ю.П.Битяка, І.В.Бондаренка, Ю.В.Іщенко, О.М. Ключєва, В.К.Колпакова, А.Т. Комзюка, Корнієнка М.В. Кузнїченка С.О., М.В.Лошицького, В.О.Негодченка, В.К.Шкарупи та ін) фахівців адміністративного права дозволяє зробити висновок про малодослідженість механізму реалізації владних повноважень МВС у сферах адміністративних правовідносин, що виникають в процесі забезпечення, реалізації та захисту в адміністративному порядку прав і свобод громадян, надання їм різноманітних адміністративних (управлінських) послуг, а також у зв'язку з реалізацією юрисдикції адміністративних судів і поновлення порушених прав громадян та інших суб'єктів адміністративного права.

Підсумовуючи зазначені в статті аспекти проблеми, слід окреслити ряд положень, які вважаємо важливими у дослідженні адміністративної правосуб'єктності МВС. По-перше, ми визначаємо, що категорію „владність” характеризують не тільки наявність владних повноважень, а також можливість їх реалізації, тобто владна правосуб'єктність та владна правоздатність МВС України. По-друге, владність МВС України реалізується через повноваження, надані державою не тільки для здійснення деліктних неюрисдикційних та юрисдикційних адміністративних проваджень, а також з метою забезпечення реалізації законних прав, свобод та інтересів громадян у сервісно-публічній сфері адміністративних правовідносин. Таким чином, владні повноваження надаються державою суб'єктам права не за для здійснення внутрішньо-організаційної управлінської діяльності, а за для їх реалізації у відносинах з фізичними та юридичними особами та здійснення адміністративно – правового регулювання цих правовідносин. По-третє, владність МВС України реалізується не тільки в межах компетенції по здійсненню контрольно - наглядових та адміністративно – деліктних проваджень, а й в компетенційній спроможності вирішити індивідуальні адміністративні справи щодо захисту прав, забезпеченню свобод та реалізації законних інтересів громадян. Тому ознакою владності повноважень МВС України у сфері адміністративних правовідносин слід вважати і відповідальність

за виконання покладених завдань та реалізацію функцій.

На сьогодні обсяг владних повноважень МВС України, визначений Законом України „Про міліцію” та відповідними компетенційними законодавчими актами має виключно правоохоронну спрямованість. Тому і потребує якісного оновлення. Процедурна діяльність МВС України обмежується правовою регламентацією урядового та відомчого характеру, що створює необмежені законом можливості для бюрократизму та корупції. Разом з тим, перетворення правоохоронного відомства МВС в повноцінний орган публічної влади, що вимагає сьогодення, неможливо без удосконалення внутрішньо-системних субординаційних відносин МВС, що, в свою чергу, потребує визначення правових засад структурної побудови МВС та правового статусу його персоналу, як владного суб'єкта управлінських відносин.

1. Аверьянов В.Б. Ще раз про зміст і співвідношення понять „державне управління” і „виконавча влада”: полемічні нотатки // Право України, 2004, №5, с.113-116.
2. Адміністративне право України.Академічний курс:Підруч.:У двох томах:Том 1. Заг.ч./Ред колегія:В.Б.Авер'янов(голова).-К.: Юрид.думка, 2004.-584с.
3. Адміністративне право України: Підручник /Ю.П.Битяк, В.М.Гарашук, О.В.Дьяченко та ін.; За ред.Ю.П.Битяка.- К.: Юрінком Інтер, 2005.- 544с.
4. Бахрах Д.Н. Административная власть как вид государственной власти // Государство и право, 1992, №3.-с.21-25.
5. Ковачів Д.А. Принцип разделения властей в конституциях государств восточной европї.-В кн.:Конституционные реформы в государствах содружества.-СПб,1993.- 324с.
6. Пікуля Т.О. Правоохоронні органи України в механізмі держави: Монографія Тернопіль: вид-во Астон, 2005.- 200с.

Drozdova I.V.

The separate aspects of researches of Ukrainian Ministry of Internal Affairs legal status in the administrative legal relations system

The article is dedicated to the problems of ministry of internal affairs functions. The service function of ministry is separately . The questions of legal status of ministry are discussed The questions of providing of services to the population are .

Key words: Ministry of Internal Affairs, legal status, the system of legal relations.

Луцький Р. П.

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ СОЦІАЛЬНИХ ГАРАНТІЙ ПОСАДОВИХ ОСІБ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

УДК 349.2

Відповідно до ч. 1 ст. 46 Конституції України право громадян на соціальний захист включає право на забезпечення їх у разі повної, част-

кової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом [2, с. 14].

Положення цієї статті поширюються і на таку специфічну категорію суспільства, як державні службовці органів місцевого самоврядування.

На жаль, в даний час суспільний авторитет, а отже і соціальний статус держслужбовців місцевого самоврядування внаслідок їх впливу на суспільні процеси, є досить низьким. Для його підняття уряд повинен створити необхідні умови, вжити низку організаційних, правових, соціальних, економічних заходів. Слід вибудувати чітку систему, яка передбачала б високу мотивацію і захищеність даної категорії осіб з метою залучення й утримання на регіональному рівні політично незалежних професійних осіб. Саме ці положення виражають **актуальність піднятої проблематики**.

Метою дослідження являється система існуючих гарантій соціально-побутового захисту державних службовців органів місцевого самоврядування. **Завданням дослідження** є аналіз та визначення недоліків, а також надання конкретних рекомендацій з метою їх усунення.

Для того, щоб зачіпати соціальні проблеми державної служби органів місцевого самоврядування необхідно охарактеризувати останню та визначити її особливості.

Так, служба в органах місцевого самоврядування (або муніципальна служба) є професійною діяльністю громадян України, що займають посади в органах місцевого самоврядування, спрямована на реалізацію функцій і повноважень останніх, та здійснюється на постійній основі [3, с. 55].

Законодавством закріплено, що право на службу в органах місцевого самоврядування мають громадяни України незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, терміну проживання на відповідній території, які мають відповідну освіту і професійну підготовку та обрані на посади або пройшли у встановленому порядку конкурсний відбір, чи за іншою процедурою, передбаченою законодавством України [1, с. 11].

Законодавством задекларовано також, що державна політика щодо служби в органах місцевого самоврядування здійснюється за такими напрямками:

- законодавче врегулювання служби в органах місцевого самоврядування та забезпечення її ефективності;
- організація підготовки та перепідготовки кадрів для служби в орга-

нах місцевого самоврядування;

- правовий та соціальний захист посадових осіб місцевого самоврядування;

- методичне та інформаційне забезпечення служби в органах місцевого самоврядування.

Інформаційне методичне та координаційне забезпечення служби в органах місцевого самоврядування покладається на органи управління державною службою.

Контроль за дотриманням законодавства щодо служби в органах місцевого самоврядування здійснюється відповідно до законодавства України.

Служба в органах місцевого самоврядування базується на таких основних принципах:

- служіння народові України;
- поєднання місцевих і державних інтересів;
- демократизму і законності;
- гуманізму і соціальної справедливості та гласності;
- пріоритету прав та свобод людини і громадянина;
- рівного доступу громадян до служби в органах місцевого самоврядування;
- професіоналізму, компетентності, ініціативності, відданості справі;
- підконтрольності, підзвітності, персональної відповідальності за належне виконання службових обов'язків і дисципліни;
- дотримання прав і законних інтересів місцевого самоврядування;
- правової і соціальної захищеності посадових осіб місцевого самоврядування.

Посадовими особами місцевого самоврядування є особи, які працюють в органах місцевого самоврядування, мають відповідні посадові повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій, і отримують заробітну плату за рахунок місцевого бюджету. Ці положення не поширюються на технічних працівників та обслуговуючий персонал органів місцевого самоврядування.

Посада в органах місцевого самоврядування - це передбачена законодавством України та визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця органів місцевого самоврядування, на яку законодавством покладено відповідне коло службових обов'язків [3, с. 58].

Посади в органах місцевого самоврядування поділяються на кате-

горії:

- виборні посади, на які особи обираються територіальною громадою;
- виборні посади, на які особи обираються або затверджуються відповідною радою;
- посади, призначення на які здійснюється сільським, селищним, міським головою, головою районної, районної у місті, обласної ради на конкурсній основі чи за іншою процедурою, передбаченою законодавством України.

Правовий статус посадових осіб місцевого самоврядування визначається Конституцією України, Законами України «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» та іншими законодавчими актами.

В цих правових актах закріплюється, що посадові особи місцевого самоврядування діють лише на підставі, в межах повноважень і у спосіб, передбачений законодавством, та керуються у своїй діяльності Конституцією України і законами України, актами Президента України і Кабінету Міністрів України, а в Автономній Республіці Крим також нормативно-правовими актами Верховної Ради Автономної Республіки Крим [1, с. 13].

А зараз повернемося до соціальних проблем та питань проходження державної служби органів місцевого самоврядування в Україні.

Говорячи про оплату праці, яка є визначальною складовою соціально-побутового становища держслужбовців місцевого самоврядування, слід зауважити, що порівняно з приватним сектором економіки, вона залишається низькою. Непропорційно мала частка посадового окладу в структурі зарплати спричиняє непрозорість в оплаті праці та її незалежність від суб'єктивного фактора. Крім того, значно відрізняється рівень зарплати в розрізі конкретних відділів держадміністрацій, часто без урахування відповідальності працівників, яку вони несуть. Це спричиняє плінність кадрів та призводить до дисбалансу високопрофесійних кадрів. Нестабільність заробітку обумовлюють надбавки і винагороди, в т.ч. за вислугу років, що складають від половини до двох третин сукупного доходу. Така система нарахувань перешкоджає залученню молоді, проте стимулює людей передпенсійного віку. Однак, у системі наявні певні протиріччя: середня зарплата держслужбовця місцевого самоврядування по Україні значно вища, ніж середній заробіток в інших секторах економіки. Кваліфікаційні вимоги до держслужби є високими, а тому служба не може на рівних конкурувати з тими організаціями, що платять зарплату вище середньої. Більшого, нові працівники поступа-

ють у систему держслужби на нижчому рівні. Й хоча цей рівень відкритий для молодих спеціалістів, але саме для цієї вікової групи існують кращі можливості поза держслужбою.

Аналізуючи вищенаведене, можна зауважити, що чинна система оплати праці держслужбовців місцевого самоврядування не пов'язана з результатами роботи. Залишаються однією з ключових проблем і умови проходження служби на регіональному рівні. Тому без суттєвих змін у законодавстві буде досить складно залучати та утримувати висококваліфікованих працівників усіх вікових груп до системи державної служби органів місцевого самоврядування.

Посилення мотивації та стимулювання праці, заохочення службовців та підвищення гарантій їх соціально-побутової захищеності є важливим кроком на шляху реформування системи державної служби.

Намагаючись розв'язати цю проблему, доцільним видається прийняття пропозиції Мінпраці щодо спрощення системи оплати праці: збільшення частки посадового окладу, приведення надбавок та єдиної премії до 17% від загальної зарплатні. Хоча така цифра (17%) набагато перевищує західно-європейські канони, це дозволить (якщо будуть встановлені чіткі правила визначення відсотка премії) підвищити прозорість системи та звести до мінімуму можливість прийняття на власний розсуд рішень керівниками [4, с. 55].

Проблемі фінансування державної служби органів місцевого самоврядування теж, на жаль, приділяється недостатньо уваги.

Вважається, що всі структури забезпечують своє існування та діяльність за рахунок місцевого бюджету. Натомість, фонд оплати праці виділяється під конкретну кількість працівників апарату регіонального рівня, інші ж напрямки бюджетних коштів мало привертають увагу і не розголошуються. Фінанси, що отримуються з бюджету кожним органом влади місцевого самоврядування повинні мати відповідні напрямки витрат, де домінуючими мали б бути витрати на соціально-побутовий захист.

Стосовно системи призначення на посади державних службовців місцевого самоврядування, а також їх просування по службі та ротации кадрів, можна стверджувати наступне:

- 1- призначення на посади держслужбовців органів місцевого самоврядування вищих категорій непрозоре і залежить від політичних та суб'єктивних чинників;
- 2- відсутні чітко сформульовані кваліфікаційні вимоги до посад, які обіймаються на регіональному рівні;
- 3- немає незалежних комісій та центрів оцінки для відбору канди-

датів на регіональні посади до органів місцевого самоврядування;

-4- не створено систему горизонтальної ротації та просування по службі за спеціальними програмами кар'єрного зростання;

-5- не достатній зв'язок між навчанням та просуванням по службі, натомість часто спостерігається визначальний вплив родинних та дружніх зв'язків при формуванні команд регіонального рівня.

Відтак, чинні умови проходження служби на регіональному рівні посилюють дисбаланс у системі державного управління: більшість становлять молоді спеціалісти, для яких це тимчасове місце роботи для здобуття досвіду (відтік кадрів у цій групі найвищий), та старші працівники, яким небагато залишилося до настання пенсійного віку.

Вікова група 30–45 років представлена у держслужбі недостатньо. Це обумовлює високий ризик якості державного управління, і така ситуація повинна бути виправлена.

До позитивних моментів проходження державної служби на регіональному рівні можна віднести той факт, що посадовим особам місцевого самоврядування надається щорічна і додаткова відпустки, вони заохочуються за сумлінну безперервну працю, зразкове виконання трудових обов'язків. Порядок і умови надання відпусток та заохочення визначаються відповідно до законодавства України про державну службу.

Підводячи підсумки, можна відзначити наступні моменти:

1) керівникам центральних органів виконавчої та законодавчої влади, прокуратури, судів слід здійснити конкретні заходи, спрямовані на вдосконалення структури апарату управління органів місцевого самоврядування;

2) встановити, починаючи з одного року, надбавку за вислугу років у конкретному розмірі для усіх державних службовців;

3) посилити роль наукового обґрунтування та прогнозування інститутів державного управління - з цією метою доцільно створити державний дослідницький центр та заснувати відповідний фонд державної служби органів місцевого самоврядування.

Як бачимо, необхідність реформування державної служби пов'язана з системністю проблем, існуючих у цій сфері. Разом з тим, у їх розв'язанні однаково зацікавлені і суспільство, і влада, і самі державні службовці. Але, незважаючи на значний інтерес до реформи і задеклароване прагнення зробити поступальні кроки в цьому напрямку, спроби запропонувати нове бачення законодавчих основ державної служби місцевого самоврядування не мали успіху через відсутність суспільно-політичного консенсусу.

1. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. №280/97 ВР// www.gada.kiev.ua
2. Конституція України із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV. – К. «Атіка», 2006.- Ст. 14.
3. Лазар О. Основи місцевого самоврядування. – К. Центр навчальної літератури, 2003. – 432 с.
4. Степанюк В. Соціальний захист держслужбовців // Соціальний захист. – 2005.- №10. – 55 с.

Lutsky R.

Problem of the social garant state office workers by the organ og local government
The actuality of the problem in the sphere of jurisprudence is the definition of the legal garants social defence state office workers by the organ of local government. This problem needs further development and improvement. The problem is of great importance and interest in modern society. It plays an important role an is grate interest in modern society.

Keywords: jurisprudence, legal garants, social defence.

Магновський І. Й.

УДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ТЕРИТОРІАЛЬНОГО УСТРОЮ УКРАЇНИ ЯК ОДИН ІЗ ОСНОВНИХ СКЛАДОВИХ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА

УДК 342. 26: 342.72

Територіальна організація Української держави являє собою складний комплекс заходів, що визначаються пріоритетними напрямками внутрішньої загальнодержавної політики по забезпеченню ефективного функціонування місцевих органів публічної влади, захисту конституційних прав, свобод та інтересів територіальних громад. У правовій демократичній державі законодавець прагне досягти оптимального рівня територіальної організації. Здійснюючи таку діяльність, він стикається із рядом проблем, розв'язання яких набуває перманентного характеру і здійснюється не раз за досить драматичним сценарієм.

Українські історико-правові джерела донесли нам безліч прикладів успішного вирішення питань в галузі територіального устрою. Проте, всі ці реформи здебільшого мали тимчасовий характер, оскільки реформа ніколи не є останньою, за нею слідує наступна. З плином часу, територіальна організація української держави не раз змінювалась. І, як правило, це було пов'язано з таким основним державотворчим процесом, як зміна форми держави.

На сучасному етапі державотворення в Україні надзвичайно гостро постало питання удосконалення адміністративно-територіального

устрою держави, його реформа. Адже адміністративно-територіальний устрій є одним з найважливіших державно-правових інститутів. Він являє собою таку організацію території і управління, яка покликана сприяти ефективному здійсненню державою своїх функцій, без яких неможливе належне забезпечення прав і свобод громадян в суспільстві. Як відомо, функції держави реалізуються через її складові – адміністративно-територіальні одиниці, які є просторовою основою суспільних відносин в цілому і здійснення державної політики на місцях, зокрема.

Тому актуальність даної проблеми не викликає ніякого сумніву, оскільки і світовий досвід свідчить про важливість та необхідність активного застосування територіальної політики як в соціально-економічному, так і в політичному розвитку суспільства. Кожна держава прагне якомога ефективніше використовувати свою територію для економічного прогресу, гармонії людських стосунків, створення сприятливого просторового середовища життєдіяльності населення. Через те адміністративно-територіальні одиниці за своєю структурою, формою і характером діяльності мають відповідати державним потребам та інтересам місцевих територіальних громад, громадянського суспільства, де на першому місці перебуває людина.

Питанням територіальної організації держави приділялись праці українських державознавців: Андрузького Г.Л., Драгоманова М.П., Ейхельмана О.О., Окіншевича Л.О., Панейка Ю.Л., Рудницького С.Л., Спекторського Є.В., Чижевського Д.І., Франка І.Я. та інших.

Суттєве значення для розробки теоретичних положень реформування територіального устрою України мають праці сучасних українських фахівців, зокрема, Бутка І.П., Давидова Р.К., Кампо В.М., Корнієнка М.І., Лимаренка О.І., Нижник Н.Р., Орзіха М.П., Погорілка В.Ф., Пухтинського М.О., Тодики Ю.М., Томенка М.В., Ткачука П.Н., Чушенка В.І., Шаповала В.М., Яворського В.Д., Юзькова Л.П. і багатьох інших.

Не обминули увагою територіальний поділ, як такий, дослідження представників радянської школи конституційного (державного) права, зокрема, Барсегова Ю.Г., Бойцова В.Я., Кодирова В.А., Климента Б.Н., Лепьошкіна О.І., Миронова О.О., Основіна В.С., Ржевського В.О., Фарбера І.Е., Югова А.А. та інші, а також зарубіжних державотворців: Зіллера Ж., Деттона Є., Фердросса А. і інших.

Увага вчених в більшій мірі зосереджувалась на розвитку продуктивних сил, удосконаленні системи управління, впровадженні місцевого самоуправління. У той же час стан вивчення територіальних проблем як на загальнодержавному, так і на місцевому рівнях залишається недостатнім.

Мета даної статті обумовлена пошуком оптимальної моделі територіального устрою суверенної України, де суспільно-політичні і соціально-економічні відносини узгоджувались би з територіальною організацією держави, що дасть можливість компромісу і усуне непотрібне напруження між політичними силами та створить відповідні належні умови для послідовного провадження громадянської державотворчої політики на місцях.

Пошук оптимальної моделі територіальної організації держави супроводжувався та супроводжується переглядом існуючих територіальних меж окремих адміністративних одиниць, характеризується процесом запровадження все нових і нових організаційно-правових форм та методів діяльності, які покликані породити відповідні політико-правові наслідки.

Процес удосконалення конституційно-правового регулювання територіального устрою потребує фундаментального вивчення не лише власних національних традицій, практики та досвіду України, але й взяття до уваги конституційно-правові надбання зарубіжних держав. Тому найбільший інтерес для нас можуть представляти державотворчий досвід і конституційна матерія тих держав світу, які відрізняються своєю політико-правовою стабільністю, подібними тенденціями конституційно-правового розвитку та однаковою приналежністю правової системи.

Отже, адміністративно-територіальний устрій є важливим державно-правовим інститутом. Він виник з державою і разом з нею зазнав еволюції. У ході реформування адміністративно-територіального устрою держави необхідно домогтися організації в особі адміністративних одиниць як ефективних управлінських структур, так і цілісних соціально-економічних утворень, котрі були б достатньою просторовою і матеріальною основою для становлення самоврядування і забезпечення потреб місцевого населення.

Погорілко В.Ф. наголошує, що вихідним у єдності держави є територіальна єдність. Виходячи з цього, він оцінює нинішній поділ України таким, який не має політичного характеру, і котрий є адміністративно-територіальним [8, с.26].

Доцільно зауважити, що поряд з адміністративно-територіальним устроєм в юридичній літературі та законодавчій діяльності вживаються терміни: «адміністративно-територіальний поділ», «адміністративно-територіальна одиниця», «адміністративно-територіальна система». Проте, в юридичній літературі немає ясності, яким терміном краще користуватися «адміністративно-територіальний устрій» чи

«адміністративно-територіальний поділ». Одні автори вважають, що ці терміни ідентичні [7, с.48], інші прагнуть їх розмежувати [10, с.61].

Як зазначає Ткачук П.М., «адміністративно-територіальний устрій» має більш глибокий зміст. Він являє собою впорядковану сукупність територіальних одиниць, органічно поєднаних між собою; таку організацію (шляхом поділу) території, яка найкраще відповідає потребам суспільства на тому чи іншому етапі розвитку. У певній мірі адміністративно-територіальний поділ можна розглядати як засіб досягнення адміністративно-територіального устрою [12, с.19].

Адміністративно-територіальний устрій є важливим фактором державотворення. Він відображає суть внутрішньої політики держави, є засобом вирішення тих чи інших управлінських, соціально-економічних та інших завдань. Окрім того, він покликаний забезпечувати збереження історичних надбань народу, його матеріальних та духовних цінностей. Тому при удосконаленні адміністративно-територіального устрою має враховуватися попередній досвід організації територій в цілому і його елементи зокрема.

Досвід адміністративно-територіального устрою України показує, що важливе значення має механізм його здійснення. У юридичній літературі радянського періоду зазначалось, що наукове визначення і застосування критеріїв давало можливість утворювати ці адміністративно-територіальні одиниці з урахуванням господарських і природних особливостей, їх взаємозв'язків і перспектив розвитку [11, с.8]. Існуюча адміністративно-територіальна система формувалась зверху донизу, спочатку були утворені округи і райони, а потім низові адміністративні одиниці – сільради. З огляду на це, в умовах демократизації суспільного життя і становлення самоврядування, реформування сьогodнішньої адміністративно-територіальної системи необхідно починати з населених пунктів і районів. Це дасть можливість повніше враховувати місцеві особливості і створити оптимальну територіальну основу для здійснення місцевого самоврядування.

Адміністративно-територіальний устрій України здійснювався у відповідності із завданнями розвитку суспільства та держави. У його основу покладені принципи, фактори і критерії, що обумовлювалися вимогами часу, конкретними історичними умовами. Сьогodні ситуація в Україні докорінно змінилась. Відійшла у минуле командно-адміністративна система, йде демократизація суспільного життя, економіка, сільське господарство, сфера послуг базуються на рівності всіх форм власності, відбувається децентралізація управління і розвиток самоврядування. Отже, територія держави в цілому та її адміністративно-територіальних оди-

ниць, зокрема, повинна бути організована у відповідності з новими реаліями життя і сприяти здійсненню суспільних і соціально-економічних процесів.

Сьогodні як серед вчених, так і серед практиків є погляди стосовно невластивості для України нинішнього устрою, що він був не побудований по жодних принципах, а просто штучно [1, с.66], що форми адміністративно-територіальних одиниць не відповідають нашій історії і традиціям [7, с.71].

Інші дотримуються думки щодо збереження теперішнього поділу України на області і райони, котрі розглядаються оптимальною адміністративно-територіальною одиницею і в умовах становлення на їх просторі місцевого самоврядування [6, с.77-78]. Ряд учених вважає, що роль районної ланки адміністративно-територіального поділу буде зростати [4, с.10], а в діючій системі місцевого самоврядування відбудеться перерозподіл функцій областей на користь районів [9, с.19].

Таке розходження думок стосовно адміністративно-територіального устрою України дає можливість констатувати, що докорінні зміни в суспільному житті дають право ставити питання про реформування адміністративно-територіального устрою держави. Однак, наукові напрацювання в сфері територіального устрою України настільки незначні, що багатьом нелегко зорієнтуватись в цьому досить складному питанні. Так, в юридичній літературі, окрім пропозицій змінити адміністративно-територіальний устрій України, важко знайти детальне обґрунтування невідповідності територій новим політичним та соціально-економічним відносинам, а тим більше зустріти проект моделі нових адміністративно-територіальних одиниць.

Складність здійснення адміністративно-територіального устрою полягає в тому, що він повинен одночасно відповідати багатьом функціям держави. Домогтись цього у практичній діяльності надзвичайно важко. А звідси і труднощі в реформуванні адміністративно-територіальних одиниць. Феномен інституту адміністративно-територіального устрою заключається в тому, що будучи підпорядкованим іншим інтересам, він залишається досить самостійним, а в певні періоди процеси суспільного життя підпорядковує собі.

У практиці державного будівництва непоодинокі випадки, коли система органів влади чи економічні відносини зазнали змін без ломки чи реформування адміністративно-територіального устрою. Так було в перші роки існування радянської влади, така ситуація, а то й більш складна, спостерігається і сьогodні. З часу проголошення незалежності України відбулися реформи місцевої влади, запроваджена її нова модель

– місцеве самоврядування, а адміністративно-територіальний устрій залишився таким, яким був при радянській моделі влади і плановій економіці. Отже, адміністративно-територіальний устрій досить складне явище. Його взаємозв'язки з державними і суспільними процесами, їхня закономірність чи випадковість достатньо не вивчені.

Не принижуючи роль управлінського фактору в адміністративно-територіальному устрої, все ж потрібно зазначити, що на рівні сіл, селищ, міст, а також на рівні району надзвичайно важливе значення в формуванні територій має спільність людей. Історичний досвід свідчить, що часто на цьому рівні переважне значення в здійсненні адміністративно-територіального поділу мала родова, племінна, військово-політична, господарська, етнічна чи інша спільність людей. А тому територіальна, соціально-економічна спільність людей повинна бути закладена в основу майбутнього адміністративно-територіального устрою України, особливо при визначенні територій адміністративних одиниць первинного порядку і районів, оскільки людська спільність відіграє надзвичайно велику роль в суспільному житті і позитивно впливає на розвиток держави. Вона є фактором згуртованості, міцності, здатності держави успішно здійснювати свої функції. Подібно до того, як сім'я є соціальним осередком суспільства, так і певна територіальна спільність людей має бути первинним суб'єктом суспільно-політичних відносин.

Потрібно врахувати, що соціально-територіальна спільність людей не складається враз, її становлення носить тривалий характер і має глибоке історичне коріння. Реформування адміністративно-територіального устрою потребує обов'язкового врахування цього фактору.

Враховуючи, що соціально-територіальна спільність людей в формі общин (сучасна назва територіальна громада) від первісного ладу до нашого часу пройшла випробування тисячоліттями і зберегла своє призначення як соціальна форма організація населення, а також те, що на сучасному етапі суспільного розвитку, на основі територіальних громад йде процес становлення демократичного управління на місцях, ця спільність людей повинна лягти і в основу адміністративно-територіального устрою України, а процеси самоврядування – сприяти її змінненню [5, с.85]. Збереження соціально-територіальної спільності людей є важливим фактором як в здійсненні адміністративно-територіального устрою, так і в цілому у державному будівництві та становленні громадянського суспільства.

Дністрянський М.С. зазначає, що в нових умовах функціонування економіки і держави, у формуванні адміністративно-територіальних систем на перший план виходять соціально-політичні аспекти. В основу

виділення різних адміністративних одиниць потрібно брати «внутрішню цілісність території, яка досягається наявністю районоформуючого центру і його соціальною та економічною спроможністю обслуговувати навколишню територію» [2, с.103].

Внутрішня цілісність території досягається комплексом факторів, що дають можливість сформувати внутрішньо завершену адміністративно-територіальну одиницю, яка була б повноцінним суб'єктом управління і спроможним соціально-економічним організмом. Цілісність території включає в себе найбільш повне поєднання економічних і територіальних факторів.

Необхідною умовою реформування адміністративно-територіального устрою є вирішення питань підвищення ефективності системи управління, покращення діяльності його апарату та скорочення витрат на його утримання.

Здійснення адміністративно-територіального поділу у значній мірі підпорядковано інтересам організації системи влади. Історично адміністративно-територіальний устрій виник як механізм управління територіями держави і населення, яке на них проживало. І цю функцію він виконує і донині. Безумовно, інститут адміністративно-територіального устрою зазнав еволюції. Значно збагатився його зміст, виникли різні системи устрою, визначилась закономірність внутрішніх зв'язків між елементами системи, набули розвитку його відносини з іншими інститутами держави.

Взаємозв'язки території і процесів, які на ній відбуваються, можна було б порівняти з взаємодією філософських категорій форми і змісту, де формою виступає територія держави чи її адміністративно-територіальні одиниці, а змістом – політичні, економічні, національні та інші відносини, що відбуваються на ній [12, с.122].

Як і вказані філософські категорії, так і територія та суспільні відносини знаходяться між собою в органічному взаємозв'язку. Важливим моментом їх єдності є те, що в діалектиці суспільних відносин (змісту) і територій (форми) визначальна роль належить відносинам (змісту). Розвиток відносин (змісту) відрізняється динамічністю і мінливістю. У той же час територія (форма) більш стійка. Однак, це не означає, що територія (форма) пасивна по відношенню до відносин (змісту). Вплив території (форми) на розвиток відносин (змісту) досить відчутний. Вона може сприяти цьому розвитку чи гальмуванню його.

Разом з тим, як свідчать історія філософії, відносини між змістом і формою - це відносини двох протилежних сторін явища. Таке ж спостерігається і у взаємозв'язку суспільних відносин і території. Протириччя

між ними існують тому, що форма (територія) визначає зміст (суспільні відносини) не повно, не абсолютно, а частково і відносно. Про це свідчать численні факти випередження формою (територією) змісту (суспільних відносин) чи відставання від нього. У той же час встановлення нової форми (територіального поділу) приводить до корінної зміни змісту (виникнення нових суспільних відносин) [13, с.211-212]. Отже, територія виступає формою, а відносини змістом стосовно одне одного, взаємозв'язки території і суспільних відносин підпорядковуються певним законам розвитку суспільства.

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, слід зауважити, що адміністративно-територіальний устрій, як форма, знаходиться в стадії чекання нового змісту, нових суспільних відносин, а тому необхідно відслідковувати та прогнозувати новий зміст взаємодії території та суспільних відносин, щоб домогтися ефективного територіального устрою України, здійснивши глибокий комплексний аналіз суспільно-політичної, соціально-економічної, етнічної ситуацій на всіх рівнях адміністративно-територіальних одиниць та визначивши критерії і принципи формування територій.

1. Горинь М.М.З приводу нового підходу до адміністративно-територіального поділу України // Матер. науково-практ. конф. «Актуальні проблеми управління територіями в Україні». – К.: Адм. Президента, НАН України та ін., 1993. – С.66-68.
2. Дністрянський М.С. Адміністративно-територіальний устрій України крізь призму геополітики // Дзвін.-1996. – №8. – С.93-104.
3. Доценко А.І. Шляхи удосконалення територіальної організації розселення // Матер. науково-практ. конф. «Актуальні проблеми управління територіями в Україні». – К.: Адм. Президента, НАН України та ін., 1993. – С.68-72.
4. Кампо В.М. Місцеве самоврядування в Україні. – К.:Ін.Юре. – 1997. – 34 с.
5. Кармов А.А. Формування інститута місцевого самоуправління. – К.: Вища школа, 1993. – 114с.
6. Крот О.М. До питання про державний устрій країни та управління територією // Матер. науково-практ. конф. «Актуальні проблеми управління територіями в Україні». – К.: Адм. Президента, НАН України та ін., 1993. – С.77-78.
7. Миронов О.О. Административно-территориальные единицы – субъекты советского конституционного права // Проблемы конституционного права. – Саратов, Саратовский юридический институт, 1969. – С.47-60.
8. Погорілко В.Ф. Основи конституційного ладу України.–К.: Ін Юре., 1997. – 240 с.
9. Оніщук М.В., Кампо В.М. Правові засади місцевого самоврядування в Україні. –К.: Освіта і культура, 1998. – 58 с.
- 10.Ржевский В.А. Территориальная организация советского государства. – Саратов, Приволж. изд-во, 1966. – 144с.
11. Строительство районов: Сборник статей. – М.: Изд-во Комис. ЦИК СССР

по району, 1927. – 160с.

- 12.Ткачук П.М. Адміністративно-територіальний устрій сільського району: Дис. к.ю.н.12.00.02. Українська академія державного управління при Президенті України. – К.:1999. – 204с.

13. Філософський словник За ред. В.І. Шинкарука. – 2-е вид. перероб. і доповн. – К.: Голов. ред. УРЕ, 1986. – 796с.

Mahnovskiy I.Y

Improving of administratively-territorial system of Ukraine as one of the basic components of ensuring of rights and freedoms of human and citizen

In the article are stated the peculiarities of improving of Ukrainian administratively-territorial system, which are due to the demands of nowadays. The basic factors and criteria of reforming the territorial organization of the state, which are components of ensuring of rights and freedoms of human and citizen, are elucidated and analyzed.

Key words: administratively-territorial system, the territorial organization of the state, rights and freedoms of human and citizen

Степаненко К.В.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ЗА КОРДОНОМ

УДК 342

Набуття Україною незалежності, демократизація суспільного життя, наповнення права людини на вільне пересування реальним змістом обумовили усунення обмежень на перетин державного кордону. Якщо в попередній період у відокремленій від світу “залізною завісою” країні закордонні поїздки були привілеєм не багатьох обраних, то у 90-ті роки минулого століття вони стали доступними пересічним громадянам. Так, за даними Міністерства внутрішніх справ України, у 1986 році, на початку перебудови, кількість поїздок за кордон в особистих справах не перевищувала 43 тис. У 1991 році вона досягла 2327 тис., тобто збільшилася у 54 рази. Нині, за різними обставинами територію України щомісяця залишають сотні українських громадян. Наприклад, за статистичними даними Адміністрації державної прикордонної служби України за 9 місяців 2007 року виїзний потік за приватними та особистими справами становив 13,3 млн. осіб, а дані Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини говорять про те, що за кордоном працюють від 2 до 7 млн. громадян нашої держави.

Зважаючи на зростання динаміки зовнішньої міграції, вкрай необхідно розробити наукові та практичні засади діяльності органів державної влади України, приділивши увагу нормативно-правовому регулюванню,

компетенції, формам та методам їх роботи в сфері забезпечення прав і свобод людини та громадянина. З цим пов'язане і вірне передбачення основних тенденцій розвитку зовнішньої політики України, яке, безперечно, повинне базуватися на національних інтересах, що визначають стратегічний курс взаємовідносин нашої держави з країнами світу.

Одним з пріоритетів міжнародних стосунків для України як держави, що прагне до демократичного правління, є виконання конституційного зобов'язання утверджувати та захищати права і свободи власних громадян, створювати реальні умови для їх самовизначення не тільки у національних кордонах, а й на території інших держав. Такий обов'язок є складовою нового мислення, яке Україна взяла на озброєння, починаючи створювати свій імідж на міжнародній арені. Нове мислення не відвертається від “неприємних” фактів та ситуацій, виходить не із бажаного, а із можливого [5, с. 27] та повинне впливати на створення термінологічних, процедурних, нормативних та адміністративно-правових основ процесу забезпечення прав громадян України за кордоном.

Зазначені обставини і обумовили мету написання цієї статті, яка полягає у: а) визначенні адміністративно-правового змісту терміну “забезпечення” відносно прав і свобод громадян України за кордоном, спираючись на внутрішні елементи дії цього процесу; б) здійсненні класифікації громадян України, які перебувають на території іноземної країни та потребують захисту власних прав; в) визначенні системи суб'єктів адміністративно-правового забезпечення прав і свобод громадян України за кордоном.

Питанням забезпечення прав і свобод людини та громадянина були присвячені окремі розділи в дослідженнях про правове положення особи та системи гарантування прав і свобод. Вони розглядалися у розрізі інших проблем загальної теорії держави і права, теорії управління, адміністративного права, інших наук. Зокрема, ці питання досліджувалися у працях В.Б. Авер'янова, С.С. Алексєєва, С.Д. Гусарева, А.М. Колодія, В.В. Копейчикова, С.Л. Лисенкова, О.В. Негодченка, В.Ф. Погорілка, П.М. Рабіновича, Ю.С. Шемшученка та інших учених. Проте адміністративно-правове забезпечення прав і свобод громадян України за кордоном поки що не стало окремим предметом теоретичних досліджень вчених-юристів; діяльність органів державної влади в цьому напрямку комплексно та всебічно не розглядалася, про що може свідчити незначна кількість спеціальних робіт на цю тему в сучасній юридичній літературі.

Відповідно до Конституції України, кожному гарантується свобода пересування та право вільно залишати територію України [6, ст. 33]. В

той же час Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами [6, ст. 25]. Взаємодоповнення цих положень Основного Закону виводить формулу, за якої утвердження і забезпечення прав і свобод людини є державним обов'язком, що розповсюджується на громадян України, які перебувають за кордоном.

Крім цього, якщо безпосередня регламентація прав людини, їх захист і забезпечення здійснюються, як правило, засобом реалізації норм внутрішнього права держави, то змістовна сторона регулювання цих питань значною мірою вже не входить до внутрішньої компетенції держави. Остання зобов'язана надавати будь-яку можливу допомогу у забезпеченні прав людини за кордоном та погоджувати свою правотворчість у цій галузі з міжнародними стандартами. Ніхто, мабуть, не буде заперечувати того, що конституційні права людини є частиною міжнародних прав людини, так само як кожна людина є членом міжнародної спільноти [3, с. 121].

Об'єктивно, що процес забезпечення прав і свобод особи має адміністративно-правовий зміст. Розвиток національного адміністративного права за останні часи дозволив виділити специфіку та сутність його реформування – забезпечення прав і свобод особистості. Цій ідеї повинні слугувати органи державної влади, діяльність яких, перебуваючи у зв'язку з конституційним обов'язком захисту України за кордоном прав своїх громадян, також повинна трансформуватися у позанаціональну систему дотримання стандартів існування людини.

За останні роки з'явився ряд робіт спеціалістів адміністративного права, які стосувалися питань захисту прав і свобод людини і громадянина. В 2004 році було захищено докторську дисертацію, а в 2003 році було видано монографію І.Л. Бородіна “Адміністративно-правові способи захисту прав та свобод людини і громадянина”, де увага була переважно спрямована на методи захисту прав і свобод. В цей же час О.В. Негодченко підготував докторську дисертацію, присвячену забезпеченню прав і свобод людини органами внутрішніх справ. У 2002 році В.О. Демиденко захистив кандидатську дисертацію на тему “Утвердження і забезпечення конституційних прав та свобод людини й громадянина в діяльності міліції”. Окремі питання забезпечення прав громадян було висвітлено в науково-практичному нарисові “Адміністративна реформа для людини” (2001 р.) та в деяких інших роботах науковців [2, с. 6–7].

Однак комплексного дослідження адміністративно-правового забезпечення прав і свобод людини та громадянина за кордоном поки що не було. Причому наша задача полягає у виокремленні з арсеналу забезпечувальних засобів лише ті, що належать до адміністративно-правових,

та разом з іншими надають умови для створення громадянам України реальних можливостей скористатися правами і свободами за кордоном.

Актуальність створення для правових наук універсального визначення терміну “забезпечення” прав і свобод людини за кордоном зумовлена згаданими адміністративно-правовими чинниками, а також інтересом сучасного права стосовно такого явища. На наш погляд, його тлумачення може звучати так: адміністративно-правове забезпечення прав і свобод громадян України за кордоном – це система їх гарантування з боку органів державної влади, яка функціонує у правовому режимі і до якої входять такі елементи, як компетенція, охорона, захист, а також створення необхідних умов для реальної реалізації людиною та громадянином своїх прав і свобод за допомогою адміністративних засобів.

Складовою адміністративно-правового забезпечення прав і свобод громадян України за кордоном є гарантії їх реалізації, під якими розуміють умови, засоби, способи, які забезпечують здійснення у повному обсязі та всебічну охорону прав і свобод особи. Поняття “гарантії” охоплює всю сукупність об’єктивних та суб’єктивних чинників, спрямованих на практичну реалізацію прав та свобод, на усунення можливих перешкод їх повного або належного здійснення [13, с. 155]. В той же час елементи адміністративно-правового забезпечення (компетенція, охорона, захист, відновлення порушеного права) спрямовані на регулювання за допомогою норм адміністративного права суспільних відносин, що виникають у процесі та для реалізації прав і свобод громадян України за кордоном.

Процес адміністративно-правового забезпечення прав і свобод громадян України за кордоном невід’ємно пов’язаний з діяльністю органів державної влади. Згідно Конституції України людина, її життя та здоров’я, честь та гідність, недоторканість та безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст та спрямованість діяльності держави, головним обов’язком якої є ствердження та забезпечення прав людини [6, ст. 3]. Звідси – головним об’єктом функціонування органів державної влади є права і свободи людини та громадянина, а також, безумовно, їх забезпечення не тільки на території нашої країни, а й за кордоном.

Це положення органічно впливає з Концепції адміністративної реформи, яка за своїм змістом являє собою комплекс узгоджених заходів, спрямованих на суттєве підвищення рівня керованості життєво важливих процесів у суспільстві шляхом створення ефективного механізму державного управління. Згідно з Концепцією ключовим об’єктом реформування виступає апарат державного управління – система органів

виконавчої влади. Останні виступають базовою силою, яка перетворює конституційні норми щодо захисту прав громадян України у практичну площину [1, с. 231].

Для більш об’ємного та змістовного виразу елементів процесу адміністративно-правового забезпечення прав людини та громадян України за кордоном, доцільно зробити їх класифікацію. За своїм правовим положенням, мотивацією знаходження на території іноземної держави, вихідці з України відносяться до таких категорій: 1) громадяни України, які по тим чи іншим причинам легально перебувають на території іноземної країни; 2) трудові мігранти – громадяни України, які легально або нелегально працюють за кордоном (до цієї категорії слід також віднести громадян України, які потрапили у трудове або сексуальне рабство); 3) закордонні українці, які отримали цей статус згідно Закону України “Про правовий статус закордонних українців”; 4) українські моряки.

Враховуючи їх різний юридичний статус, стратегічною лінією політики України по відношенню до власних громадян за кордоном є сприяння їхньої інтеграції у політичне, соціальне, економічне життя нових держав, а також дійовий захист їх природних прав. Україна повинна бути готовою до розвитку подій, що пов’язані з виникненням регіональних конфліктів та необхідністю забезпечити життя своїх громадян.

Конституційний обов’язок гарантування прав громадян України за кордоном, а також визнання та дотримання нашою державою міжнародних стандартів існування людини є чинниками, що обумовлюють необхідність визначення системи суб’єктів забезпечення конституційних прав особи за кордоном. Національну систему адміністративно-правового забезпечення конституційних прав і свобод громадян України за кордоном складають:

1. Верховна Рада України. Відповідно до ст. 85 Конституції України визначення напрямів внутрішньої і зовнішньої політики належить до повноважень Верховної Ради України. Головним документом, що визначає принципи та механізм захисту конституційних прав і свобод людини, є затверджені постановою Верховної Ради від 2 липня 1993 року Основні напрями зовнішньої політики України. В цій постанові рекомендується Кабінетові Міністрів України, Міністерству закордонних справ України, дипломатичним та консульським представництвам України за кордоном, іншим міністерствам і державним установам України, що беруть участь у реалізації зовнішньополітичного курсу України, керуватися у своїй роботі Основними напрямками зовнішньої політики України.

Більш предметно питаннями забезпечення прав громадян України за

кордоном за певними напрямками займаються комітети Верховної Ради України, такі як Комітет з питань європейської інтеграції, Комітет у закордонних справах, Комітет з питань прав людини, національних меншин і міжнаціональних відносин та ін.

2. Президент України. Як глава держави Президент України відповідно до Конституції безпосередньо представляє країну у міжнародних відносинах; здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю держави; веде переговори і підписує міжнародні договори України, приймає рішення про визнання іноземних держав; призначає і звільняє глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях; приймає вірчі грамоти дипломатичних представників іноземних держав; приймає рішення про надання притулку в Україні і т. ін.

3. Кабінет Міністрів України. Є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Відповідно до Конституції України Кабінет Міністрів забезпечує здійснення зовнішньої політики і зовнішньоекономічної діяльності держави; реалізує заходи щодо забезпечення обороноздатності і національної безпеки України; спрямовує і координує роботу Міністерства закордонних справ України тощо.

4. Дипломатична служба України. Забезпечення конституційних прав і свобод особи за кордоном в контексті зовнішніх зносин здійснюється спеціальним зовнішньополітичним відомством – Міністерством закордонних справ України. Ця функція є складовою загальної дипломатії держави та її органів, які здійснюють політичне керівництво зовнішніми зносинами.

Міністерство закордонних справ проводить повсякденну діяльність у сфері зовнішніх зносин, спираючись на дипломатичну службу, її центральний апарат та закордонні установи. Серед головних функцій Міністерства закордонних справ – забезпечення прав людини та громадянина за кордоном при дотриманні норм міжнародного права та використанні авторитету держави.

Відповідно до Консульського статуту України консул зобов'язаний вживати заходів для того, щоб громадяни України користувалися в повному обсязі усіма правами, наданими їх законодавством держави перебування і міжнародними договорами, учасниками яких є Україна і держава перебування, а також міжнародними звичаями, вживати заходів для відновлення порушених прав громадян України.

5. Інші міністерства та центральні органи виконавчої влади (Міністерство праці та соціальної політики України, Міністерство оборони України, Міністерство внутрішніх справ України, Міністерство юстиції

України, Державна служба зайнятості тощо).

6. Правоохоронні та правозахисні органи України: а) прокуратура України; б) органи внутрішніх справ України; в) Уповноважений Верховної Ради України з прав людини; г) органи юстиції України; д) адвокатура України.

Окреме місце відносно забезпечення прав українських громадян за кордоном займають недержавні правозахисні організації. До цих суб'єктів можна віднести чисельні національні громадські організації, які покликані захищати інтереси певної категорії українських громадян за межами держави власного громадянства. Серед таких інституцій “Українська іноземна юридична колегія”, спеціалізовані адвокатські об'єднання з іноземних справ, Міжнародний жіночий правозахисний центр “Ла Страда–Україна”, Центр захисту прав українських моряків, Міжнародний благодійний фонд “Карітас– Україна”, Центр допомоги громадянам України за кордоном тощо.

Таким чином, можливість реального використання людиною своїх суб'єктивних прав в країнах сучасного світу є актуальною теоретичною і практичною проблемою, яка потребує відповідних науково-теоретичних досліджень. Центром цих наукових пошуків має бути комплекс взаємодоповнюючих чинників адміністративно-правового, юридичного, політичного, соціального характеру.

Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод громадян України за кордоном є самостійним комплексним явищем та виступає умовою реального використання людиною та громадянином прав і свобод на глобальному рівні. Механізм цього процесу полягає у роботі за певними напрямками, формами і методами органів державної влади по реалізації власної компетенції, гарантуванню, захисту, охороні, відновленню порушеного права, створенню умов для реального використання за кордоном громадянами України конституційних прав і свобод за допомогою адміністративних засобів.

1. Адміністративне право України. Академічний курс: Підручник у 2-х т. Т. 1. Загальна частина / Ред. кол.: В.Б. Авер'янов (голова). – К.: Вид-во «Юридична думка», 2004. – 584 с.
2. Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод людини та громадянина: Навч. посіб. / І.О. Іерусалімова, І.О. Іерусалімов, П.М. Павлик, Ж.В. Удовенко. – К.: Знання, 2007. – 223 с.
3. Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини. – К.: Видавничий дім “KM Academia”, 2000. – 262 с.
4. Загальна теорія держави і права: Навч. посібн. / За ред. В.В. Копейчикова. – К.: Юрінком, 1997. – 320 с.
5. Касьян В.І. Зовнішня політика України – важливий фактор розбудови сучасної

- української держави: Навч. посібник. – Рівне, РДТУ, 1999. – 177 с.
6. Конституція України (із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 8 грудня 2004 р., № 2222-IV). – К.: Атіка, 2006. – 64 с.
 7. Колейчиков В.В. Социальные реальности и права человека // Права человека в истории человечества и в современном мире. – М., 1989. – С. 46–49.
 8. Лисенков С.Л. Конституція України: матеріали до вивчення. – К.: Либідь, 1997. – 160 с.
 9. Негодченко О.В. Організаційно-правові засади діяльності органів внутрішніх справ щодо забезпечення прав і свобод людини: Монографія. – Дніпропетровськ: Вид-во Дніпропетр. ун-ту, 2003. – 448 с.
 10. Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). – Харків: Право, 1997. – 64 с.
 11. Степаненко К.В. Еволюція терміну “забезпечення” щодо прав і свобод людини // Держава і право: 36. наук. праць. Юридичні і політичні науки. – Вип. 15. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – 608 с.
 12. Шемшученко Ю. Конституція України і права людини // Право України. – 2001. – №8. – С. 13–15.
 13. Юридична енциклопедія / Ю.С. Шемшученко (ред.) та ін.; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – Т. 1: А–Г. – К.: Вид-во “Українська енциклопедія” ім. М.П. Бажана, 1998. – 669 с.

Stepanenko K.V.

Some aspects of administrative law securing of rights and freedoms of Ukrainian citizens abroad

The article explores topical issues of administrative law securing of rights and freedoms of Ukrainian citizens abroad. Juridical and organizational foundations of relevant activities of public authorities are systematized by such directions as revelation of the content of administrative law securing of rights and freedoms of Ukrainian citizens abroad, their classification, determination of subjects frame of securing of rights and freedoms abroad.

Key words: freedoms and rights, public authorities, administrative law, Ukrainian citizens.

ЦИВІЛЬНЕ ТА СІМЕЙНЕ ПРАВО. ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО, ГОСПОДАРСЬКОГО ТА КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА

Anoniy I.B.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ШЛЮБУ НЕДІЙСНИМ В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

УДК 347

Судовий порядок недійсності шлюбу, на відміну від безспірного, не є новелою у сімейному праві України, оскільки був передбачений ще Кодексом про шлюб та сім'ю, проте Сімейний Кодекс вніс у нього низку істотних змін. Так, значно розширене коло підстав недійсності шлюбу, деталізовано умови санації недійсного шлюбу, закріплена можливість визнання шлюбу недійсним після його припинення внаслідок розірвання або смерті подружжя тощо. П'ятирічна практика застосування положень Сімейного кодексу показала ефективність цього нормативно-правового акту, проте виявила і певні недоліки, які потребують висвітлення.

Проблемам правового регулювання недійсності шлюбу присвячені праці вітчизняних і зарубіжних вчених, а саме: Антокольської М.В., Борисової В.І., Панової Л.В., Соловйова О.М., Заїки Ю.О., Фурси С.Я., Ромовської З.В., Червоного Ю.С., Протопопової О.В., Рясенцева В.А. та інш.

Однак наявність ряду незачеплених проблем і необхідність пошуку відповідей на дискусійні запитання зумовили актуальність дослідження на дану тему.

Залежно від підстав недійсності шлюбу закон виділяє випадки, коли суд зобов'язаний визнати це й ті, коли він може визнати шлюб недійсним. До першої групи належать шлюби, зареєстровані без вільної згоди жінки або чоловіка та фіктивні шлюби

Відсутність вільної згоди, як правило, є результатом фізичного або психічного насильства (примусу). Фізичне насильство – це протиправний вплив на організм людини, який вчиняється проти її волі і спричиняє фізичну шкоду. Фізичне насильство можна поділити на таке, що є небезпечним для життя і здоров'я особи (заподіяння тілесного ушкодження, що спричинило розлад здоров'я або втрату працездатності; насильницькі дії, що призвели до втрати свідомості чи мали характер мордування: здушення шиї, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь) і таке, що не є небезпечним для життя і здоров'я особи (заподіяння лег-

ких тілесних ушкоджень, що не призвели до розладу здоров'я або втрати працездатності; інші насильницькі дії, що не були небезпечними для життя і здоров'я особи в момент заподіяння: нанесення ударів, побоїв, обмеження чи незаконне позбавлення волі) [7;68]

Психічне насильство в юридичній літературі визначається як протиправна, реальна погроза заподіяти особі або її родичам чи близьким фізичну, моральну або майнову шкоду для досягнення мети. Залежно від форми психічне насильство може бути: словесним, письмовим, у вигляді конклюдентних дій (жестів, демонстрації зброї) [7;68]

Проте, таке твердження видається надто вузьким, оскільки містить ознаки насильства лише як кримінально протиправного діяння. Адже задля того, щоб змусити жінку або чоловіка погодитись на шлюб, друга сторона може погрожувати вчинити самогубство. Ці дії теж можна вважати психічним насильством (тиском), однак вони не виражають намір особи завдати шкоди комусь, а лише собі.

Погроза – поняття, з яким тісно пов'язане психічне насильство, свого роду його складова. Погрозою називають об'єктивно виражений намір особи завдати шкоди у випадку невиконання поставлених нею вимог. Погроза виконує переважно функцію примушування і будучи специфічною формою впливу на психіку особи, тягне за собою юридичну відповідальність у випадках, передбачених законом. За найбільш небезпечні види погрози передбачена кримінальна відповідальність: погроза вбивством, заподіянням шкоди здоров'ю, знищенням або пошкодженням майна. Для того, щоб погроза кваліфікувалася як психічне насильство, вона повинна відповідати двом ознакам: дійсність і реальність. Реальність погрози – це здатність створити переконання у можливості її здійснення. При визначенні реальності погрози необхідно виходити з об'єктивного ставлення до неї особи, яка погрожує і суб'єктивного сприйняття її потерпілим. При цьому, як зазначають деякі автори, реальність погрози для винного не означає, що він насправді має намір виконати погрозу. Достатньо, аби він вважав, що залякування, яке він застосовує, сприймається потерпілим як таке, що цілком може бути реалізованим і спроможне примусити діяти його певним чином. Реальність погрози для потерпілого означає усвідомлення ним того, що небезпека заподіяння шкоди, якою погрожує винний, за певних обставин може стати дійсністю.[7;595]

Дійсність погрози – це доведеність її до відома потерпілого в об'єктивній формі, придатній до сприйняття.

Варто зауважити, що фізичний вплив на особу набагато легше кваліфікувати як насильство, ніж психічний. Чи можна вважати насильством

тиск з боку батьків на доньку з метою впливу на вибір обранця (бо він багатий, перспективний, з хорошою сім'єю) або з метою змусити її вийти заміж (бо вік підійшов)? Україна – держава з сильними національними традиціями і авторитет батьків є однією з них. У нас, в більшості випадків, молодь, особливо дівчата, живе з батьками і після досягнення повноліття аж до одруження (нерідко і після одруження) та залежна від них не лише морально, але й матеріально. Тому вплив батьків на рішення їх доньок чи синів не можна ігнорувати. Безумовно, шлюб укладений під батьківським тиском не можна вважати повністю добровільним. Але чи достатніми є батьківські погрози на кшталт: «ти нам більше не син», «не розмовлятиму з тобою довіку», «додому можеш не вертатися, йди собі жити куди хочеш» або навіть: «на спадок не розраховуй» для визнання такого шлюбу недійсним? На жаль, ні чинне законодавство, ні правова література відповіді не дає. Буває також, що незадовго перед весіллям наречені сваряться чи виникають інші обставини за яких бажання одружуватися зникає, але зал вже замовлено, витрачено багато грошей на підготовку, гостей запрошено, для батьків це буде ударом, та і скандалу не хочеться... Якщо сварка була поодиноким і спільне життя молодят покаже, що вони зробили правильний вибір – інцидент забудеться, а якщо ні – один з них обов'язково пригадає про небажання одружуватись. Чи буде такий шлюб недійсним? Ще частішими є випадки «вимушених» шлюбів, через вагітність нареченої. Про вільне волевиявлення тут, переважно, і не йдеться, має місце обов'язок «чесної людини». Видається, що формулювання: «шлюб, укладений без вільної згоди», є дещо розмитим і потребує певних уточнень, принаймні, окреслення меж.

Проте, дефект волі не завжди пов'язаний з насильством. Сімейний кодекс відносить до шлюбів, укладених без вільної згоди, і такі, що є результатом алкогольного, наркотичного, токсичного сп'яніння, тяжкого психічного розладу. Важливими є дві умови: особа повинна знаходитися в такому стані безпосередньо в момент реєстрації і особа через цей стан не може повністю розуміти значення своїх дій або керувати ними. Зрозуміло, що основним доказом факту сп'яніння чи загострення психічної хвороби є результати відповідної експертизи, яка має бути проведена у найкоротший строк (1-2 дні) після реєстрації шлюбу. Отже, якщо особа, яка уклала шлюб під впливом подавляючих волю факторів, не подбає одразу про такий доказ, позитивне для неї вирішення справи судом видається сумнівним, адже одних показів свідків часто буває недостатньо, особливо у випадку наркотичного чи токсичного сп'яніння, симптоми якого для неспеціаліста можуть пройти непоміченими.

Вважаю, що доцільніше було б віднести шлюби, укладені в резуль-

таті алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння, до таких, що можуть бути визнані судом недійсними після дослідження всіх обставин справи. Суд мав би додатково дослідити цілу низку обставин: взаємовідносини між нареченими до весілля, демонстрація бажання чи небажання укласти шлюб, поведінка напередодні реєстрації шлюбу. Адже, якщо, наприклад, наречений, організувавши традиційну передвесільну «хлопчачу вечірку» вночі перед одруженням, перебував у стані алкогольного сп'яніння зранку під час реєстрації шлюбу і згодом заявив про це у позові про визнання шлюбу недійсним, у суду повинне виникнути питання: чи є у цьому разі сп'яніння ознакою дефіциту волі? Адже сама організація вечірки свідчить про те, що одружуватися він збирався? Крім того, значення має і строк подання позову – через кілька днів, місяців, років після реєстрації шлюбу. Адже до вимог про визнання шлюбу недійсним позовна давність не застосовується. Проте, чим коротший строк – тим явніше він свідчить про дефіцит волі, який мав місце при реєстрації. Особа може звернутися з відповідним позовом і через кілька років, пред'явивши доказ, що перебувала у стані сильного алкогольного сп'яніння (яке традиційно на весіллях в нас не рідкість), переслідуючи певні корисливі мотиви: правові наслідки недійсності шлюбу в частині поділу майна чи сплати аліментів на непрацездатну дружину (чоловіка) для неї вигідніші, ніж правові наслідки його розірвання. Тут матиме місце явне зловживання правом.

Фіктивним вважається шлюб, укладений жінкою та чоловіком без наміру створити сім'ю. В даному випадку йдеться про реєстрацію шлюбу з метою отримати певні пільги чи привілеї (можливість виїхати за кордон за допомогою грінкарти, отримати «прописку» тощо). Хоча в останні роки частково зникли соціально-економічні передумови існування фіктивних шлюбів, але як явище вони продовжують існувати.

Основною проблемою визнання таких шлюбів недійсними є доказова база. Позови про визнання шлюбу недійсним у зв'язку з його фіктивністю пред'являли найчастіше прокурори. Однак, як слушно зауважує З.В. Ромовська, при запереченні проти позову дружини або чоловіка, довести фіктивність шлюбу практично неможливо. [4;75] На труднощах справ про фіктивність шлюбу наголошує і Заїка Ю.О., особливо у випадку, коли один з подружжя дійсно бажав створити сім'ю, а другий, отримавши те, до чого він прагнув, докорінно змінює свою поведінку і звертається з позовом про розлучення. [6;62] Труднощі у розгляді справ про фіктивність шлюбу пов'язані і з тим, що, згідно з чинним Сімейним кодексом (ч. 2 ст. 3, ч. 1 ст. 56) подружжя не зобов'язане проживати разом, тому їх роздільне проживання ще не свідчить про відсутність на-

міру створити сім'ю.

Крім того, як зазначають деякі автори, потрібно розрізняти фіктивні шлюби і шлюби, укладені з корисливих мотивів. [3;69] Такими мотивами може бути бажання дівчини отримати матеріальне забезпечення у шлюбі з бізнесменом, хлопця – зробити кар'єру за допомогою впливового батька дружини тощо. Проте, не можна погодитися з думкою Ю.С. Червоного, який відносить до шлюбів з корисливих мотивів і такі, що укладаються з метою отримати спадщину. [3;69] Адже, необхідною умовою отримання спадщини, і одночасно підставою припинення шлюбу, є смерть особи. Відповідно, молода дівчина, укладаючи шлюб з 80-річним або смертельно хворим багатієм, розраховує на його близьку смерть, тобто на швидке припинення шлюбу, тому, вважаю, що про намір створити сім'ю не йдеться. Основною ж відмінністю фіктивних шлюбів від шлюбів з розрахунку є те, що в другому випадку особа бажє створити сім'ю, оскільки матиме вигоду саме під час перебування у шлюбі. Як влучно зауважив Заїка Ю.О., хоча укладання такого шлюбу традиційно викликало осуд в суспільстві, він не може бути визнаний недійсним. [6;64]

Законодавчий імператив «шлюб визнається недійсним» означає, що у разі доведення відповідної обставини (відсутності вільної згоди на шлюб або небажання створити сім'ю), суд не має альтернативи. За вимогою позивача він змушений буде визнати шлюб недійсним. Проте, закон передбачає і можливість «санації» таких шлюбів. Згідно з ч. 3 ст. 40 СК шлюб не може бути визнаний недійсним, якщо на момент розгляду справи судом відпали обставини, що засвідчували відсутність згоди особи на шлюб або її небажання створити сім'ю.

До шлюбів, які можуть бути визнані судом недійсними за рішенням суду належать: шлюб між усиновлювачем і усиновленою ним дитиною, між двоюрідними братом та сестрою, між дядьком, тіткою і племінницею, племінником, з особою, яка приховала свою тяжку або небезпечну хворобу, з особою яка не досягла шлюбного віку і їй не було надано право на шлюб.

Основна відмінність шлюбів, які можуть бути визнані судом недійсними від попередньої групи полягає в тому, що доведення самого факту існування перешкоди до вступу у шлюб ще не є підставою для визнання його недійсним. Суд враховує цілу низку обставин: тривалість спільного життя, характер взаємин подружжя, наявність дітей, інші обставини, що мають істотне значення і на основі цього приймає рішення про визнання або невизнання такого шлюбу недійсним.

Заборона шлюбів між усиновлювачем і усиновленим належить до

моральних, адже між цими особами встановлюються такі ж стосунки як між батьками та дітьми за походженням. Закон дозволяє такі шлюби лише у разі скасування усиновлення. Ст. 26 СК не передбачає можливості вступу у шлюб після визнання усиновлення недійсним, проте, видається що в даному випадку можна застосувати аналогію закону, адже скасування усиновлення тягне за собою припинення відносин між усиновлювачем і усивленою ним дитиною, а недійсність усиновлення є підставою його анулювання і має місце з моменту його здійснення. Тобто, якщо за певних обставин, факт усиновлення був незаконним і не мав права на існування, то заборона на шлюб між такими особами не діє.

Пропозицію про заборону шлюбів між двоюрідними братом та сестрою вніс проф. Є.М. Ворожейкін, а між дядьком і племінницею, тіткою і племінником – народний депутат України В.Г. Черненко. Метою введення такої заборони є запобігання можливим вадам потомства, народженого в результаті кровозмішення, тобто турбота про здоровий генофонд нації. Хоча, стосовно шлюбів між двоюрідними братом і сестрою, ця пересторога не є до кінця виправданою, адже медиками доведено, що підвищений ризик патологій є у нащадків рідних або троюрідних брата та сестри, для двоюрідних він такий самий, як і в інших осіб, що не обтяжені родинними зв'язками. До того ж, шлюби між кузенами і кузинами мають давню історію і не сприймаються суспільством як шокуючий факт, тому цю перешкоду важко назвати і моральною.

Недійсність шлюбу з особою, яка приховала свою тяжку або небезпечну хворобу – новела Сімейного кодексу. В ст 18 КпШС містилася норма, за якою особи, які одружуються, мають бути взаємно обізнані про стан здоров'я один одного. Саме формулювання не дає можливості зрозуміти «мають бути» це право чи обов'язок? По–друге, в перелік підстав недійсності шлюбу ця стаття не увійшла. Проте, варто зазначити, що терміни «важка» і «небезпечна» хвороба є оціночними поняттями і не уточнюються чинним законодавством. Небезпечною можна вважати хворобу заразну, таку, що передається у спадок, викликає патології у потомства або унеможливає нормальне виношування плоду. Чи обов'язково ця хвороба має бути невиліковною? Яку хворобу слід вважати тяжкою? Таку, що тяжко піддається лікуванню, за якої особа потребує постійного стороннього догляду, хронічну? Відповіді на це питання закон не дає. Зрозуміло, що є перелік хвороб, таких як СНІД, онкозахворювання, туберкульоз, зарахування яких до тяжких або небезпечних не викликає сумніву. А як бути, наприклад, з алкоголізмом? Ця хвороба, незважаючи на величезну кількість методик практично не піддається лікуванню, має схильність до рецидивів і, безумовно, негативно впливає на потомство.

Та чи буде вона підставою для визнання шлюбу недійсним? Чи можна вважати тяжкою хворобою безпліддя? Вважаю, що відповідною постановою Кабінету Міністрів України необхідно закріпити перелік хвороб, що належать до тяжких або небезпечних.

Шлюб з особою, яка не досягла шлюбного віку може бути визнаний судом недійсним, якщо їй не було надано права на шлюб. Це порушення може бути допущено як працівниками РАЦСу, так і особами, що укладають шлюб на основі підроблених документів (паспорту, рішення суду про дозвіл на шлюб). Дана норма покликана захищати інтереси неповнолітньої особи.

Проте не всі перешкоди до вступу у шлюб, визначені Сімейним кодексом, знайшли своє відображення в положеннях про порядок визнання шлюбу недійсним. Як справедливо зауважує Червоний Ю.С., у главі про недійсність шлюбу нічого не сказано про наслідки укладення шлюбу між рідною дитиною усиновлювача і усивленою ним дитиною, а також між усиновленими дітьми, якщо зазначеним особам не було надано право на шлюб (ч. 4 ст. 26 СК). [3;70] В даному випадку доцільно застосувати аналогію закону. Незважаючи на те, що усиновлені діти виховуються як рідні брати і сестри, застосування по аналогії норми п.2 ст. 39, про абсолютну недійсність шлюбу між рідним братом і сестрою, вважаю, не є прийнятним, оскільки вищевказані особи все ж не родичі за походженням і таке правило буде занадто жорстким для них. Отже, більш правильним видається пропозиція Ю.С. Червоного застосовувати в даному випадку положення ст. 41 як до відносної перешкоди укладання шлюбу. [3;70]

Справа про недійсність шлюбу розглядається судом в порядку позовного провадження. Право на подання позову згідно закону мають наступні особи: дружина або чоловік, інші особи, права яких порушено у зв'язку з реєстрацією цього шлюбу, батьки, опікун, піклувальник дитини, опікун недієздатної особи, прокурор, орган опіки та піклування, якщо захисту потребують інтереси дитини, особи, яка визнана недієздатною або особи, дієздатність якої обмежена. Потрібно звернути увагу на деяку двозначність формулювання ст. 42, а саме застосування слова «батьки» не в контексті «батьки неповнолітньої або недієздатної особи», а в широкому розумінні. Це дозволяє тлумачити дану норму як право свекра, тестя, свекрухи або тещі втручатися в життя своєї доньки чи сина, що є порушенням ч. 5 ст. 5 і ч. 4 ст. 7 СК. Крім того, оскільки право на пред'явлення позову мають обоє з подружжя і нічого не сказано про можливість пред'явлення позову винною стороною, презюмується, що винна сторона має право пред'являти позов про визнання

шлюбу недійсним. М.В. Антокольська висловлює думку, що незалежно від підстави визнання шлюбу недійсним, особа, винна в укладанні такого шлюбу, не має права на визнання його недійсним. [1;124] Такого ж погляду і Ю.С. Червоний, наголошуючи, що такий висновок відповідає ч. 9 ст. 7 СК, відповідно до якої сімейні відносини базуються на засадах добросовісності, справедливості і розумності. [3;72] Проте, не можна погодитися з його твердженням про те, що особа, винна в укладанні недійсного шлюбу, може пред'явити позов про визнання його недійсним, але не має права на задоволення такого позову. [3;72] Адже по-перше, воно не має законодавчого закріплення, по-друге, втрачається сенс подання такого позову.

Сімейний кодекс передбачає можливість санації шлюбів, що можуть визнаватися судом недійсними. Таких підстав є дві: досягнення на момент розгляду справи шлюбного віку особою, що не досягла його на момент реєстрації і не отримала права на шлюб; вагітність дружини або народження нею дитини. Характерно, що друга умова діє не для всіх видів відносно недійсних шлюбів. Так, у випадку реєстрації шлюбу з особою, що приховала свою тяжку або небезпечну хворобу, вагітність і народження дітей не є перешкодою для визнання його недійсним. З правильністю такого підходу законодавця можна посперечатися, адже в даному випадку йдеться про права та законні інтереси дитини. Чи не є ця норма порушенням принципу пріоритетності сімейного виховання дитини, закріпленого в ч.3 ст. 5 СК? Якщо хвороба одного з подружжя позначилася на потомстві, то визнання такого шлюбу недійсним, незважаючи на наявність дітей, можна обґрунтувати, хоча такий підхід є аморальним по відношенню до них, оскільки позбавляє можливості виховуватись в нормальній сім'ї. Якщо ж захворювання є тяжким, але не спадковим і не викликає патологій плоду, тоді незрозумілою є причина, за якої шлюб не матиме санації у зв'язку з народженням дітей. Не можна погодитися з твердженням З.В. Ромовської, що у випадку приховання «...захворювання на рак чи іншу тяжку хворобу... навіть народження дитини не може освятити такого шлюбу, і отже, не виключає можливості визнання його недійсним».[4;76] Вважаю, що вагітність дружини або народження нею дитини повинна бути підставою санації для усіх шлюбів, укладених з відносними перешкодами. В такому випадку подружжя, за бажанням, зможе розірвати шлюб на загальних підставах.

Важливим питанням є час санації, адже закон не дає чіткої відповіді, з якого часу шлюб, укладений з перешкодами, але визнаний судом дійсним, слід вважати санованим. В правовій літературі існують два протилежні погляди на дану проблему. Так, одні фахівці вважають, що

шлюб визнається дійсним з моменту його укладення, за винятком шлюбу, укладеного з порушенням принципу моногамії, який буде дійсним з моменту припинення попереднього шлюбу. [2;81] На думку інших, суд може прийняти рішення щодо дійсності шлюбу лише з того часу, коли обставини, що були перешкодою для укладання шлюбу відпали. [1;125]

Відповідно до ст. 43 СК, шлюб визнається недійсним незалежно від його припинення, тобто смерті дружини або чоловіка чи розірвання шлюбу.

Після смерті одного з подружжя позов про визнання шлюбу недійсним подають заінтересовані особи, тобто спадкоємці. Варто сказати, що таке право спадкоємців часто може використовуватись з корисливою метою, адже у разі визнання шлюбу недійсним, вдова або вдівець усуваються від спадкування в першій черзі і, відповідно частка інших спадкоємців першої черги за законом збільшується, а за відсутності таких, до спадкування приходять спадкоємці іншої черги. При цьому факт, що вдова або вдівець є добросовісною особою (тобто не знав і не міг знати про перешкоди до вступу у шлюб) не враховується. Вбачається, що основними підставами для ефективного оскарження спадкоємцями легітимності шлюбу є його фіктивність або укладання без вільної згоди.

Щодо визнання недійсним розірваного шлюбу, то ч. 2 ст. 43 містить таку умову: якщо шлюб розірвано за рішенням суду, позов про визнання його недійсним може бути поданий лише після скасування рішення суду про розірвання шлюбу. Як слушно зауважує С.Я. Фурса, якщо рішення суду про розірвання шлюбу вже набрало законної сили та не оскаржувалось в апеляційному порядку, то подальше його оскарження в касаційну інстанцію неможливе, оскільки ст. 324 ЦПК передбачено, що сторони та інші особи, які брали участь у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки, мають право оскаржити у касаційному порядку рішення та ухвали суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку. Тобто у касаційну інстанцію можна звернутися про скасування рішення суду першої інстанції тільки за умови, що таке рішення переглядалось апеляційною інстанцією. [5;144-145] Варто погодитись з позицією автора, що у разі, якщо при розгляді справи про розірвання шлюбу особа не знала про те, що її шлюб має бути не розірвано, а визнано недійсним, потрібно застосувати п. 1 ст. 361 ЦПК щодо порядку провадження в зв'язку з нововиявленими обставинами, тобто рішення про розірвання повинно бути скасоване судом першої інстанції. Після скасування рішення про розірвання шлюбу, справу за ч. 3 ст.365 ЦПК розглядає суд за правилами, встановленими ЦПК, в тому числі ст. 31 ЦПК передбачає право позивача протягом усього часу розгляду справи

змінити підставу або предмет позову, тому заявник може змінити предмет позову на визнання шлюбу недійсним, а суд повинен розглянути справу по суті та постановити рішення за зміненими позовними вимогами.[5;145]

Загалом, підсумовуючи вищесказане, можна дійти висновку про необхідність доопрацювання положень Сімейного кодексу про визнання шлюбу недійсним в судовому порядку. Так, уточнення потребують поняття «тяжка хвороба», «небезпечна хвороба», «психічне насильство», необхідно переглянути кваліфікацію шлюбів, зареєстрованих під впливом алкоголю, наркотичних, токсичних речовин; перелік осіб, що мають право звертатися до суду з позовом про визнання шлюбу недійсним; можливість визнавати шлюб недійсним після смерті одного з подружжя. Крім того, потребують законодавчого врегулювання шлюби, укладені між усиновленими дітьми, або рідною дитиною усиновлювача і усиновленою ним дитиною.

1. Антокольская М.В. Семейное право. – М.:Юрист, 1999. – 336с.
2. Комментарий к Семейному Кодексу Российской Федерации / Отв. Ред. И.В. Кузнецова. – М.: БЕК, 2002. – 987 с.
3. Науково-практичний коментар Сімейного Кодексу України / За ред. Ю.С. Червоного. – К.: Істина, 2003.- 464с.
4. Ромовська З.В. Сімейний Кодекс України: Науково-практичний коментар.- 3-тє видання переоб. і доп.- К.: Правова єдність, 2009.- 432 с.
5. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг.ред. С.Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. – 1248с.
6. Сімейне право України: Підручник / За ред. Гопанчука В.С. – К.:Істина, 2002.- 365с.
7. Юридична енциклопедія: в 6 томах /Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. Енцикл., 1998- т. 4: Н – П. – 2002. – 720 с.
Аporiy I.V.

The Problems of Invalid marriage recognition

In this article the author deals with the question of recognition of invalid marriages. He is making some proposals for specification of certain definitons and classification of marriages.

Keywords: invalid marriage, serious illness, cautious illness, mental violence, classification of marriages.

Банасевич І.І.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ УКЛАДЕННЯ ТА ВИКОНАННЯ ДЕРЖАВНИХ КОНТРАКТІВ

УДК 347

Договори про закупівлю товарів, робіт та послуг за державні кошти посідають особливе місце в сучасній системі господарських договорів.

Недосконалість нового законодавства, проблеми фінансування державних закупівель і розподілу державних коштів, суб'єктивізм, помилки і зловживання в процесі вибору виконавців та видачі державних замовлень, незнання учасниками процедури закупівлі своїх прав та обов'язків перешкоджають процесу становлення ринкової системи державних закупівель в Україні.

Слід зазначити, що окремі аспекти даної проблеми вже аналізували деякі автори, зокрема: О.Загнітко досліджував питання захисту вітчизняних товаровиробників при здійсненні державної закупівлі [5, с.12-16], І. Апопій – процедури конкурсного відбору переможця та зміст тендерної документації [1, с.18-21], О.А. Беляневич – історичний розвиток державних контрактів [2, с.128-136], проте розвиток суспільних відносин вніс значні корективи у правове регулювання закупівлі товарів, робіт та послуг за державні кошти. Саме тому в цій статті проаналізуємо чинне законодавство, що регулює порядок проведення державних закупівель в Україні, а також з'ясуємо проблеми, які виникають при застосуванні правових норм на практиці.

Слід зазначити, що відмова від використання державних контрактів (державних замовлень) не відповідає світовій практиці державного регулювання економіки. Контракти як форма управління державними замовленнями широко відомі у світі і апробовані практикою, їх застосовують у Великобританії, Франції, Німеччині та інших країнах з ринковою економікою. Найбільш поширеними вони є у США, де створена і вже багато років функціонує Федеральна контрактна система. Тут, фактично, через систему державних замовлень були створені такі галузі, як атомна, аерокосмічна, електротехнічна і ін. Обсяги держзамовлення на ринках США сьогодні досягають 50 відсотків ВВП. У промислово розвинутих країнах державні замовлення поширюються на сфери з обмеженими можливостями освоєння винаходів, новостворені галузі, їх також застосовують для державної підтримки інноваційної діяльності підприємств, стимулювання неприбуткових науково-дослідних робіт фундаментально-пошукового характеру [3, с.23]. Саме в умовах міжнародної фінансової кризи, рецесії української економіки державне замовлення може стати тією соломинкою для деяких підприємств.

Система державних замовлень в нашій державі за останнє десятиліття в своєму розвитку пройшла два етапи [12, с.654].

У правовому аспекті остаточним досягненням першого етапу було прийняття Закону України „Про поставки продукції для державних потреб” від 22 грудня 1995 р.[9], назву якого змінено Законом України від 15 грудня 2005 року «Про внесення змін до Закону України «Про

поставки продукції для державних потреб» та інших законодавчих актів» [7] на Закон України «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб». Закон закріпив правові та економічні принципи формування, розміщення і виконання на договірній (контрактній) основі замовлень держави на поставку (закупку) товарів, виконання робіт, надання послуг для задоволення державних потреб. Прийняття закону означало великий прогрес у цій сфері, хоча багато з його положень значною мірою ґрунтуються на доринковому розумінні відносин, які ним регулюються.

Разом з тим, згаданий закон у редакції 1995 р. не задовольняв потреби економіки в державному регулюванні за допомогою системи державних контрактів. Закон, перш за все, враховував потреби держави, передбачаючи відповідальність за невиконання зобов'язань по контракту, за відмову укласти контракт, невиконання зобов'язань вчасно. Враховуючи нестабільну ситуацію з дохідною частиною бюджету, також передбачався механізм забезпечення державного контракту. При всій корисності документу в ньому зовсім не було відображено стимулюючої функції державного замовлення. При тому, що закон характеризував державне замовлення як засіб регулювання економіки, незрозуміло є система його застосування, підстави укладення контракту, вимоги до виконавця. Невизначеною також залишалася відповідальність державних органів, які виступають замовниками, за невиконання договірних зобов'язань.

Подальша практика виявила слабкі ділянки в системі державних замовлень, які потребували досконалішого правового забезпечення. Це, перш за все, проблеми фінансування і розподілу державних засобів, подолання суб'єктивізму, попередження помилок і зловживань у процесі вибору виконавців і видачі державних замовлень. Зміщення акцентів правового регулювання в цьому напрямку спочатку торкнулось сфери зовнішньоекономічних закупівель за державні кошти, а потім було розширено для всієї системи державних замовлень. Суть змін полягала у введенні порядку здійснення державних закупівель товарів (робіт, послуг) на тендерній основі, тобто на умовах змагальності претендентів на отримання державного замовлення і вибору виконавців шляхом конкурсу. Такий порядок сприяє досягненню мети підвищення ефективності державних закупівель, раціональному використанню грошових коштів, забезпеченню прийнятного рівня цін і оптимальних умов реалізації договорів (контрактів), недопущенню надходження на ринок України неякісної продукції, попередженню економічно необґрунтованого завищення цін на товари (роботи, послуги).

Так, Кабінетом Міністрів України було прийнято постанову від 28

червня 1997 р. №694, якою затверджено Положення про порядок організації та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг) [11], а також постанову від 1 вересня 1998 р. № 1369, якою затверджено Положення про проведення торгів (тендерів) у будівництві [11].

Логічним завершенням цього етапу стало прийняття Закону України „Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” від 22 лютого 2000 р. [6] Основною метою даного Закону було створення конкурентного середовища у сфері державних закупівель, забезпечення прозорості процедур закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти та досягнення оптимального і раціонального їх використання. Для координації закупівлі товарів, робіт і послуг Кабінет Міністрів України призначає спеціально уповноважений центральний орган виконавчої влади. Таким органом до 17 березня 2006 р. було Міністерство економіки України. Відповідно до змін, які були внесені до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти» 15 грудня 2005 р. функції спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань координації закупівель перейшли від Мінекономіки до Антимонопольного комітету. Функції державного нагляду, контролю і координації розпорозились між Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України, Антимонопольним комітетом України, Рахунковою палатою, Державною контрольно-ревізійною службою України, Державним казначейством України, Міністерством аграрної політики України, Держкомстатом, правоохоронними органами в межах компетенції, визначеної Конституцією України та Тендерною палатою України як спілкою громадських організацій. На нашу думку, перенесення функцій спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань координації державних закупівель на Антимонопольний комітет не узгоджується із його правовим статусом і наділяє останній невласними функціями згідно із Законом України від 26 листопада 1993 р. «Про Антимонопольний комітет України» [8]. Крім того, дублюються функції між суб'єктами контролю у сфері державних закупівель щодо надання погоджень при обмеженій кількості учасників торгів, розгляді скарг учасників торгів, контролю за дотриманням законодавства, складання протоколів про адміністративні правопорушення. Вказані зміни до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт, послуг за державні кошти» мали ще ряд негативних наслідків та отримали несхвальні відгуки Світового банку, який зазначив, що розповсюдження дії цього закону на всі підприємства державної власності без урахування особливостей їх функціонування суперечить законодавству ЄС. Саме велика кількість

негативних відгуків стала причиною скасування даного Закону 20 березня 2008 року.

Сьогодні відносини у сфері укладення та виконання державних контрактів врегульовані Положенням про закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 року, яке хоч і врятувало українське суспільство від повної відсутності правового регулювання державних закупівель, але практично не відрізняється від скасованого Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» у його першій редакції від 22 лютого 2000 року.

Дане Положення передбачає здійснення закупівлі шляхом проведення таких процедур: відкриті торги; торги з обмеженою участю; двоступеневі торги; запит цінних пропозицій (котирувань); закупівля в одного учасника. При цьому основною процедурою здійснення закупівель є відкриті торги. Оголошення про заплановану закупівлю чи про проведення попередньої кваліфікації публікується безоплатно в інформаційному бюлетені “Вісник державних закупівель”, що видається уповноваженим органом, та безоплатно розміщується на веб-порталі з питань державних закупівель, створеному уповноваженим органом. Для організації та проведення процедур закупівель замовник утворює тендерний комітет на засадах колегіальності у прийнятті рішень, відсутності конфлікту інтересів членів тендерного комітету та їх неупередженості. Склад тендерного комітету та положення про нього затверджуються замовником.

Слід зазначити, що практика застосування норм Положення про закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти показала, що складність і тривалість проведення тендерних процедур (до 60 днів) інколи призводить до зриву виробничого процесу, зниження прибутковості підприємства, збільшення інфляційного процесу, погіршення макроекономічних показників і зменшення податкових надходжень. Негативною є обов’язковість надання учасниками тендерного забезпечення та забезпечення виконання договору про закупівлю, що відволікає з господарського обороту фінансові ресурси. Тому при закупівлі з незначною вартістю учасники відмовляються брати участь у торгах. Крім того, учасники торгів витрати на надання тендерного забезпечення і забезпечення виконання договору включають у ціну тендерної пропозиції, що призводить до перевитрат коштів.

Після закінчення відповідної процедури закупівлі, із учасником, тендерну пропозицію якого було акцептовано, укладається договір про закупівлю у письмовій формі відповідно до положень Цивільного кодексу

України та Господарського кодексу України. Умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від умов тендерної (цінної) пропозиції учасника - переможця процедури закупівлі. Тут слід зазначити, що якщо порядок укладення державних контрактів визначений на нормативному рівні, то права та обов’язки контрагентів за таким контрактом значною мірою залишаються поза увагою законодавця.

Необхідно відзначити, що замовники та учасники процедури закупівлі укладають договори про закупівлю відповідно до положень Цивільного кодексу України [13], які містяться у розділі II Книги V і стосуються змісту договору (ст.628), строку чинності (ст.631) та обов’язкової сили договору (ст.629) і деякі інші; а також відповідно до положень, що містяться у розділі III Книги V і стосуються конкретних договорів.

У нормах Господарського кодексу України від 16 січня 2003р. [4] містяться визначення понять „державне замовлення” та „державний контракт” (ч.1 та ч.2 ст. 13). Крім того, Господарський кодекс України визначає особливості укладення договорів за державним замовленням. У ст.183 ГК України зазначено, що договори за державним замовленням укладаються між визначеними законом суб’єктами господарювання – виконавцями державного замовлення та державними замовниками, що уповноважені від імені держави укладати договори (державні контракти), в яких визначаються господарські зобов’язання сторін та регулюються відносини замовника з виконавцем щодо виконання державного замовлення. Укладення сторонами договору за державним замовленням (державного контракту) здійснюється в порядку, передбаченому Господарським кодексом України, з урахуванням особливостей, передбачених законодавством. Державний контракт укладається шляхом підписання сторонами єдиного документа. Ухилення від укладення договору за державним замовленням є порушенням господарського законодавства і тягне за собою відповідальність, передбачену Господарським кодексом та іншими законами. Спори, пов’язані з укладенням договору за державним замовленням, в тому числі при ухиленні від укладення договору однієї або обох сторін, вирішуються в судовому порядку. Виконавець державного замовлення звільняється від обов’язку укладення державного контракту на умовах, визначених державним замовленням, у разі визнання в судовому порядку державного замовлення недійсним.

Слід зазначити, що наведені положення чинного Господарського кодексу України потребують доповнення та деталізації. Так, ч.5 ст. 183 ГК України необхідно деталізувати і визначити, на яких саме підставах державне замовлення може бути визнане недійсним. До того ж, на сьогодні дане питання залишається не врегульованим на законодавчому рівні.

Отже, можна зробити висновок про те, що правове регулювання закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти на сьогодні потребує значного вдосконалення, приведення у відповідність із законодавством ЄС, а найголовніше – ці правовідносини потребують врегулювання від укладення до виконання на рівні єдиного внутрішньо узгодженого та логічного законодавчого акту, який би враховував потреби сьогодення.

Як бачимо, питання правового регулювання закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти є досить складним і містким та потребує поглибленої уваги з боку юридичної науки, виявлення і дослідження актуальних проблем.

1. Апопій І. Нові аспекти укладання договору поставки продукції для державних потреб / І. Апопій // Підприємництво, господарство і право. – 2003. - № 2. – С. 18-21.
2. Беляневич О.А. Державні контракти: історія і сучасність / О.А. Беляневич // Вісник господарського судочинства. – 2003. – №2. – С.128-136.
3. Господарське право : Практикум / [Щербина В.С., Пронська Г.В., Вінник О.М. та ін.]; під ред. В.С.Щербини – К., 2001. – 319 с.
4. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // ВВР. – 2003. – №18, 19-20, 21-22. – Ст.144.
5. Загнитко О. Государственный заказ как средство поддержки отечественного товаропроизводителя / О. Загнитко // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. - № 5. – С. 12-16.
6. Закон України „Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти” від 22 лютого 2000 р.//ВВР України. – 2000. – №20. – Ст.148.
7. Закон України від 15 грудня 2005 року «Про внесення змін до Закону України «Про поставки продукції для державних потреб» та інших законодавчих актів»// ВВР України. – 2006. – №14. – Ст. 118.
8. Закон України від 26 листопада 1993 р. «Про Антимонопольний комітет України»//ВВР України. – 1993. – №50. – Ст.472.
9. Закон України „Про поставки продукції для державних потреб” від 22 грудня 1995 р.//ВВР України. – 1996. – №3. – Ст.9.
10. Постанова КМУ від 1 вересня 1998 р. № 1369, «Про затвердження Положення про проведення торгів (тендерів) у будівництві»//Офіційний вісник України. – 1998. – №35. – Ст.1309.
11. Постанова КМУ від 28 червня 1997 р. №694, «Про затвердження Положення про порядок організації та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)»//Офіційний вісник України. – 1997. – №28. – Ст.41.
12. Хозяйственное право: Учебник / [Мамутов В.К., Знаменский Г.Л., Хахулина К.С. и др.]; под ред. В.К. Мамутова – К.: Юрінком Інтер, 2002. - 910 с.
13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // ВВР України. – 2003. - №40-44. – Ст.356.

Banasevych I.I.

The legal regulation in the field of state orders realization

In this article the author investigates the history of development and modern state of the social relations legal regulation in the field of state orders realization. At the same time the author analyzes currently in force legislation and views of other investigators on the aforementioned problems and suggests his own propositions concerning the legislation development.

Key words: state order, state purchases, state contract, tender (tenders).

Барчук І.В.

СТОСОВНО ОКРЕМИХ ОСОБЛИВОСТЕЙ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ ПРАВОПОРУШЕНЬ ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ МАЛИХ РІЧОК В УКРАЇНІ

УДК 349.6+349.415

Актуальність. На сьогоднішній день питання стосовно особливостей цивільно-правової відповідальності у сфері правопорушень щодо використання малих річок в Україні є достатньо актуальним та таким, що вимагає вирішення спірних питань нагально, оскільки існуючі в чинному законодавстві правові приписи про малі річки, які стосуються заборон та зобов'язань, недостатньо повно забезпечені нормами, що встановлюють юридичну відповідальність за їх невиконання.

Наукова новизна та ступінь дослідження. Над проблемою правового регулювання відповідальності за порушення режиму використання та охорони об'єктів довкілля України займалось ряд науковців, зокрема, В.І.Андрейцев, А.П.Гетьман, В.І.Гордєєв, Б.В.Єрофєєв, Н.Р.Малишева, О.О.Погрібний, Ю.С.Шемшученко, М.В.Шульга та деякі інші, проте їх напрацювання стосувались або загального поняття цивільно-правової відповідальності або відповідальності щодо окремих природних об'єктів, в контексті малих річок дане питання поки що не розглядалось. Тому метою даної статті є висвітлення порядку відшкодування збитків, спричинених водним об'єктам, зокрема, малим річкам, та внесенням пропозицій до чинного законодавства для усунення певних прогалин.

Правовідносини з використання природних об'єктів не тотожні цивільно-правовим і мають свою специфіку, яка зумовлена особливим значенням природних об'єктів, неможливістю швидкого штучного їх відтворення, складністю факторів, що становлять зміст шкоди, віддаленістю прояву екологічної шкоди в часі і просторі, недержаних доходів від втрати або пошкодження даних об'єктів тощо [3; с.63].

У відповідності зі статтею 22 Цивільного кодексу України відшко-

дування збитків є одним зі способів відшкодування шкоди [6]. Таким чином, порушники водного законодавства при притягненні до майнової відповідальності зобов'язані відшкодувати реальний збиток та упущену вигоду в розмірах, передбачених діючим законодавством України.

Водний кодекс України не вирішив конкретно питання про розмір збитків, які підлягають відшкодуванню у разі порушення водного законодавства стосовно малих річок. По суті, ці нормативні приписи в частині визначення розмірів збитків є відсилочними. На даний час основним нормативним документом, де визначаються спричинені збитки, є затверджена наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України від 18.05.95р. №37 Методика розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону та раціональне використання водних ресурсів (далі — Методика) [4].

Методика встановлює основні вимоги стосовно порядку проведення розрахунків заподіяних збитків і застосовується при здійсненні державного контролю у сфері охорони і раціонального використання водних ресурсів. В ній закріплено коефіцієнти кратності в залежності від значення водного об'єкту в господарстві. Тим часом багато водних об'єктів, в тому числі і малі річки, мають не тільки господарське, а й велике екологічне та рекреаційне значення, чого Методикою не враховано.

Крім того, у статті 5 Водного кодексу України усі водні об'єкти поділяються на дві категорії: загальнодержавного і місцевого значення [1]. Вважаємо, що розмір майнової відповідальності у відношенні водних об'єктів загальнодержавного значення повинен бути вищим, ніж водних об'єктів місцевого значення. Викладене дозволяє зробити висновок, що Методика підрахунку заподіяних збитків повинна відбивати специфіку кожного водного об'єкту, а сума збитків не повинна залежати тільки від господарського значення водного об'єкту. Необхідно враховувати не тільки економічне, але й екологічне значення водних об'єктів.

У загальній частині Методики визначені певні особливості її застосування, із деякими з яких, на нашу думку, важко погодитися. По-перше, відповідно до п.4.3 Методики встановлено, що відповідальність не настає за порушення водного законодавства, якщо порушення норм водокористування виникло з незалежних від водокористувача і непередбачених проектом обставин (землетрус, стихійні лиха і т. ін.). Дане положення не дуже коректно викладено. У даному випадку фактично відсутнє правопорушення зі сторони особи, а відповідно не може наставати і відповідальність.

По-друге, згідно п. 4.5 Методики стягнення платежів за забруднен-

ня навколишнього природного середовища не звільняє винних від відшкодування збитків. У випадку сплати штрафних (кратних) платежів за понадлімітні скидання відшкодовується тільки сума збитків, що перевищує сплачену суму платежів, тобто фактично виробляється залік. Однак дане положення цілком суперечить статті 69 Закону України “Про охорону навколишнього природного середовища”, у якій вказується, що збитки стягуються в повному обсязі незалежно від плати за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів [5].

Виходячи із змісту ряду норм, що закріплені в Методиці, деякі з них є позитивними, а саме: заподіяні збитки підлягають стягненню, як правило, у повному обсязі, без застосування норм зменшення розміру стягнення (п.4.1). У випадку наявності у винної особи документальних даних про екологічно обґрунтовані витрати коштів на ліквідацію наслідку забруднення, сума цих коштів виключається із розрахункової суми збитків (п.4.6). Такий підхід, викладений у Методиці, є правильним, оскільки винна особа відповідно до екологічного законодавства, у першу чергу, зобов'язана здійснювати заходи для ліквідації шкідливих наслідків своєї протизаконної діяльності.

Тим часом, у водному законодавстві, крім терміна забруднення, вживається і термін засмічення. Причому ці поняття розрізняються. Тому представляється найбільш правильним виключати із суми збитків кошти, витрачені винними особами на ліквідацію не тільки забруднення, але і засмічення водних об'єктів.

У зв'язку з прийняттям Водного кодексу України 30.01.1996р. у Методику розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону та раціональне використання водних ресурсів, були внесені відповідні зміни. Однак, як показує аналіз даного нормативного акту, у ньому не зовсім точно застосовуються окремі терміни. Водний кодекс України дає визначення поняттям “забруднення” і “засмічення” водних ресурсів, відмежовуючи їх один від одного. Так, у відповідності зі статтею 1 Водного кодексу України під забрудненням вод розуміються несприятливі зміни складу і властивості вод водного об'єкту в результаті надходження в нього забруднюючих речовин. Засмічення вод - це привнесення у водний об'єкт сторонніх предметів і матеріалів, що шкідливо впливають на стан вод.

Юридична відповідальність, у тому числі і майнова, повинна наставати як за забруднення, так і за засмічення водних об'єктів. Однак у даній Методиці взагалі не вживається термін “засмічення”. Тим часом у пункті 5.2.6 цієї ж Методики мова йде фактично про засмічення водних

об'єктів сміттям. Тому представляється доцільним зазначений пункт Методики викласти у наступній редакції: “Розрахунок збитків від засмічення водного об'єкту здійснюється за формулою...”, а також замінити по всьому тексту даного пункту термін “забруднення” на “засмічення”.

У Водному законодавстві визначена специфіка малих річок, що стокується більш суворого правового режиму їх використання і охорони. Це обумовлено тим, що малі річки мають визначені особливості, які полягають в більшій ступені незахищеності від різного роду втручання в їх середовище як у результаті діяльності людини, так і природних сил. Однак правове регулювання майнової відповідальності за забруднення і засмічення малих річок здійснюється без врахування особливостей функціонування цих водотоків.

Основною проблемою цивільно-правової відповідальності за водопорушення є проблема повного відшкодування шкоди, заподіяної малим річкам. Як вже зазначалось, в статті 111 Водного кодексу України передбачено лише, що підприємства, установи, організації і громадяни, а також іноземні юридичні і фізичні особи та особи без громадянства зобов'язані відшкодувати збитки, заподіяні внаслідок порушень водного законодавства, у розмірах і порядку, визначених законодавством України [1]. Статтею 69 Закону України “Про охорону навколишнього природного середовища” встановлено, що шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає компенсації, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від збору за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів [6]. Як бачимо, дана правова норма містить все ж таки можливі винятки із загального правила щодо повного відшкодування шкоди.

На нашу думку, дане положення не є виправданим, оскільки застосування цих можливих винятків із загального правила не сприяє створенню умов для розвитку водної галузі, відшкодуванню екологічної шкоди, компенсації матеріальних витрат на відновлення та охорону малих річок від правопорушень. У будь-якому випадку шкоду малим річкам слід відшкодувати в повному розмірі. Частково або повністю пошкодивши чи знищивши водний об'єкт (в першу чергу, малу річку), вже важко або і неможливо відновити його природний стан, адже втрати при цьому фактично є або невідновними, або маловідновними, які б матеріальні ресурси при цьому не було залучено. До того ж потрібно немалий проміжок часу, щоб відновити, наприклад, ту кількість риби, що була знищена. А деякі види риб та рослинності можуть взагалі не підлягати відновлен-

ню. Тому необхідно запровадити більш жорсткі економічні санкції по відношенню до підприємств, установ, організацій та фізичних осіб, які спричинили екологічну шкоду малим річкам та їх водним ресурсам.

На даний час водне законодавство передбачає можливість компенсувати спричинені збитки не лише державі, але і водокористувачам з боку винних осіб. Правда, законодавець встановлює таку можливість, якщо дії винних осіб призвели до припинення права чи погіршення умов спеціального водокористування. Кабінетом Міністрів України затверджено Порядок відшкодування збитків, спричинених припиненням права або зміною умов спеціального водокористування. При цьому збитки можуть виникати для водокористувачів як в результаті правомірних дій юридичних та фізичних осіб, так і при порушенні ними водного законодавства. Між тим про майнову відповідальність можна вести мову лише у разі вчинення неправомірних дій з боку винних осіб [2; с.67-71].

Таким чином, при відшкодуванні шкоди за нормами цивільного законодавства стягуються збитки, які існують на момент заподіяння шкоди. Але при заподіянні шкоди водопорушеннями більшість збитків, заподіяних малим річкам, проявляються не одразу. Деякі з них на момент відшкодування шкоди ще взагалі не настали чи не отримали достатнього виразу, але вони, безумовно, настануть, коли до винної особи вже неможливо буде пред'явити претензії по їх відшкодуванню за збігом строку позовної давності. Тому шкода, завдана неправомірним використанням природних об'єктів, має характер не лише реальних, а й потенційних збитків.

Підсумовуючи викладене, вважаємо, що особливостями цивільно-правової відповідальності у сфері правопорушень щодо використання та охорони малих річок є те, що шкода, яка спричиняється малим річкам, не співпадає з цивільно-правовим поняттям збитків, є складнішою за змістом, більшою за розміром, а тому, з врахуванням специфіки даного об'єкту природи, повинна відшкодовуватись за нормами екологічного, а не цивільного законодавства. Крім того, за цивільним законодавством заподіювач шкоди зобов'язаний компенсувати потерпілому витрати, понесені до розгляду справи, але не зобов'язаний відшкодувати майбутні витрати; а витрати на відновлення попереднього стану малих річок в більшості випадків не співпадають за часом з моментом заподіяння шкоди і виходять за межі строків позовної давності. Саме тому врахування усіх доповнень та усунення недоліків до Методики розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі внаслідок порушення законодавства про охорону та раціональне використання водних ресурсів, дозволить більш ефективно та якісно вираховувати спричинену шкоду і

майбутні витрати на її усунення.

1. Водний Кодекс України // Відомості Верховної Ради України. - 1995.- №24.- Ст.189.
2. Гордеев В.И. Об имущественной ответственности за нарушение водного законодательства // Право Украины. - 1998.- № 2.- С.46 - 49.
3. Кравченко С.Н. Материальная ответственность в системе охраны природы. - К.: Вища школа, 1981. - 54 с.
4. Про затвердження Методики розрахунку розмірів відшкодування збитків, заподіяних державі в результаті порушення законодавства про охорону і раціональне використання водних ресурсів. Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки від 18.05.95 р. № 37.
5. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року // Закони України. - К.: Інститут законодавства Верховної Ради України. - 1997. - Т. 2. - С. 46-80.
6. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради, 2003, NN 40-44, ст.356.

Barchuk I.V.

About the separate features of civil responsibility in the sphere of violation of legislation in Ukrainian small rivers utilization

The article is dedicated to determination of separate features of civil responsibility in breaking norms of using small rivers according to the Ukrainian ecological and civil legislation. The author analyzes controversies and duplication of norms in Civil Code, in Water Code and special act - Methodic of state damage calculation as the result of violation of legislation in water resources protection and rational utilization; he proposes own decision in solving this problem.

Key words: small river, payment for special water resources utilization, protection of small river.

Кузьмич О.Я.

ВІДМОВА ТРЕТЬОЇ ОСОБИ ВІД ПРАВА, НАДАНОГО ЇЙ НА ПІДСТАВІ ДОГОВОРУ, УКЛАДЕНОГО НА ЇЇ КОРИСТЬ

УДК 347.44 (477)

Окремі питання юридичної природи договорів на користь третіх осіб досліджувалися в працях таких авторів як В.Луць, О.Кот, М.Брагінський, В.Вітрянський тощо. Однак, правові аспекти відмови третьої особи від наданого їй права на підставі договору, укладеного на її користь, є недостатньо висвітлені в цивілістичній науці, що й зумовлює актуальність обраної теми.

Метою цієї статті є аналіз правових аспектів відмови третьої особи від наданого права, наданого їй на підставі договору, укладеного на її користь, що безумовно, стане підґрунтям для дослідження інших проблем цієї договірної конструкції.

Слід зазначити, що договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі (ст.636 Цивільного кодексу України – далі (ЦК)).

Частина 4 ст.636 ЦК не встановлює будь-яких обмежень стосовно відмови третьої особи від наданого їй права, у зв'язку з чим третя особа може відмовитись від свого права незалежно від вираження нею наміру скористатися ним. Прийняття виконання зобов'язання третьою особою свідчить про реальне його виконання. Інакше кажучи третя особа уже не може відмовитись від наданого їй права, тобто третя особа може відмовитись від наданого їй права тільки до прийняття виконання та під час прийняття виконання.

Слід звернути увагу на те, що третя особа може відмовитись від прийняття виконання договірних зобов'язання, але така відмова від прийняття виконання може й не свідчити про її відмову від наданого їй права. Так, підставою для відмови третьої особи від прийняття виконання може бути неналежне виконання боржником зобов'язання. Наприклад, якщо боржник за домовленістю із особою, яка уклала договір, здійснить виконання зобов'язання без попереднього вираження наміру третьою особою скористатися своїм правом, то відмова третьої особи у цьому випадку може свідчити про відтермінування виконання зобов'язання, а не про відмову від наданого їй права. Тому необхідно відмежовувати відмову від прийняття виконання зобов'язання третьою особою від відмови від наданого їй на підставі договору права.

З огляду на зазначене, відмова третьої особи від наданого їй на підставі договору права є водночас і відмовою від прийняття виконання зобов'язання, і навпаки, відмова від прийняття виконання зобов'язання повністю чи частково не є відмовою від наданого їй права.

Третя особа може відмовитись від наданого їй права як шляхом вчинення дій, так і шляхом утримання від учинення дій. Слід зазначити, що третя особа шляхом утримання від учинення певних дій може не тільки відмовитись від наданого їй права, а також і виразити намір скористатися ним. Наприклад, при укладенні договору сторони можуть передбачити, що якщо впродовж строку, вказаного в договорі, третя особа не виразить намір скористатися наданим їй правом, то це свідчитиме про її відмову від нього. І навпаки, якщо в строк, встановлений в договорі, третя особа не відмовиться від свого права, то це свідчитиме про вираження нею наміру скористатися своїм правом.

Якщо третя особа відмовляється від наданого їй права шляхом вчинення одностороннього правочину незалежно від того, чи вона ним ско-

ристалася, то відповідно такий правочин повинен відповідати загальним вимогам, додержання яких є необхідним для чинності правочинів (ст.203 ЦК), адже вчинення такого правочину є підставою для виникнення відповідних прав у сторони, яка уклала договір (ч.4 ст.636 ЦК). Загалом форма вчинення правочину, яким опосередковується відмова третьої особи від наданого їй на підставі договору права, повинна залежати від форми самого договору, який укладений на користь третьої особи, і в обов'язковому порядку такий правочин повинен бути адресований передусім боржнику. Однак незалежно від форми договору, укладеного на користь третьої особи, пасивна поведінка третьої особи, як уже зазначалось, також може свідчити про її відмову від наданого їй права, бо якщо вона ще не скористалася своїм правом і не бажає ним скористатися, то вона не повинна вчиняти ніякого правочину, яким би вона відмовлялася від наданого їй права. Тому, для уникнення спірних моментів у майбутньому спосіб відмови третьої особи від наданого їй права, як і способи вираження такого наміру, на нашу думку, повинні бути визначені в договорі, виходячи із суті укладеного договору.

Так, російський юрист І.Кісель звертає увагу на те, що може скластися ситуація, коли строк виконання зобов'язання настав, однак третя особа ніяк не проявила свою волю відносно прийняття виконання за договором: боржник не одержав від третьої особи відмову від реалізації наданого їй права, але й третя особа не виразила намір скористатися цим правом. При цьому автор ставить питання: якщо третя особа до настання строку виконання зобов'язання не відмовилась від наданого їй права, чи означає це, що вона згідна прийняти виконання? У такому випадку автор звертає увагу на те, що, з одного боку, третій особі не можна нав'язувати прийняття виконання без її волі, але, з іншого боку, необхідно враховувати й інтерес боржника, який не повинен страждати через невизначену позицію третьої особи відносно прийняття виконання. З огляду на зазначене, І.Кісель вважає, що якщо до настання строку виконання зобов'язання третя особа не виразила боржнику намір скористатися своїм правом, боржник зобов'язаний запропонувати третій особі скористатися наданим їй на підставі договору правом і несе ризик настання наслідків ненаправлення такої пропозиції [1, с.23].

Виникає питання, чому боржник повинен нести ризик настання наслідків у зв'язку із пасивною поведінкою третьої особи, на користь якої укладений договір, адже існує протилежна сторона, яка уклала договір, і яка зацікавлена у виконанні договору на користь третьої особи. Більше того, обидві сторони ще при укладенні договору повинні врахувати, що третя особа, на користь якої укладений договір, може скористатися

своїм правом, а може й відмовитись від нього, крім того, може зайняти і пасивну поведінку. Тому, на нашу думку, у випадку, якщо третя особа ні виражає намір скористатися своїм правом, ні відмовляється від нього до настання строку виконання договору на її користь, це свідчить про її відмову від наданого їй права, і тому не має доцільності повторно боржнику пропонувати третій особі скористатися наданим їй на підставі договору правом. Звичайно, боржник може запропонувати третій особі скористатися наданим їй правом у такій ситуації, але вчинення такої дії боржником не повинно бути обов'язком для нього, оскільки і в цьому разі третя особа може утриматися від відповіді.

Боржник, на нашу думку, повинен нести ризик настання правових наслідків тільки у тому випадку, якщо він із власної ініціативи виконає зобов'язання на користь третьої особи без вираження наміру останньої скористатися своїм правом і при цьому третя особа відмовиться від прийняття належного виконання зобов'язання, яке може й не свідчити про її відмову від свого права.

У випадку, якщо боржник виконає зобов'язання на користь третьої особи без вираження нею наміру скористатися своїм правом, але за попередньою згодою із особою, яка уклала договір, то ризик відмови від прийняття виконання зобов'язання третьою особою повинна нести сама особа, яка уклала договір.

Варто зазначити, що І.Кісель звертає увагу на строк, з настанням якого боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи. Загалом сторони в договорі можуть вказувати строк, з настанням якого боржник зобов'язаний виконати обов'язок на користь третьої особи, а можуть і, навпаки, не вказувати. Якщо сторони в договорі вкажуть строк, з настанням якого боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, а до настання цього строку третя особа не виразить намір скористатися своїм правом, але й не відмовиться від нього, то, на нашу думку, така пасивна поведінка третьої особи свідчитиме про її відмову від наданого їй права. Якщо третя особа повідомлена, що на її користь укладений договір, то немає сенсу, на нашу думку, боржнику повторно пропонувати, як зауважує згаданий автор, скористатися наданим їй правом.

Крім того, як зазначив І.Кісель, третя особа відразу після укладення договору на її користь може виразити боржнику намір скористатися виговореним їй правом з тим, щоб позбавити сторін договору можливості розірвати або змінити вигідний для третьої особи договір без її згоди. Однак, після цього третя особа вправі відмовитись від прийняття виконання на підставі договору. При цьому автор звертає увагу на те, що тре-

тя особа повинна повідомити боржника про відмову від права, наданого їй на підставі договору, до настання строку виконання зобов'язання. В іншому випадку вона зобов'язана відшкодувати боржнику збитки, які виникли в результаті виконання зобов'язання третьої особі [1, с.23]. Тобто, якщо виходити із зазначених міркувань, третя особа повинна нести ризик відшкодування збитків боржнику в тому випадку, якщо вона відмовиться від наданого їй права після настання строку виконання зобов'язання на її користь. Однак, із таким висновком не можна погодитись з огляду на те, що третя особа може відмовитись від наданого їй на підставі договору права на будь-якій із стадій існування договірної зобов'язання, оскільки як ЦК України, так і ЦК Російської Федерації не встановлюють будь-яких обмежень із цього приводу. Отже, відмова третьої особи, на користь якої укладений договір, від свого права є правомірною дією, а тому виникає питання, чому за вчинення правомірних дій третя особа повинна нести відповідальність? У такому випадку ризик несприятливих наслідків повинна нести одна із сторін договору, а не третя особа.

Підсумовуючи зазначене, необхідно зауважити, що якщо у договорі буде встановлено умову або строк, впродовж якого третя особа зможе реалізувати своє право, то, відповідно, пасивна поведінка третьої особи в такому разі, на нашу думку, свідчатиме про її відмову від наданого їй права, що дозволить особі, яка уклала договір, скористатися правом третьої особи замінити її тощо, якщо інше не впливає із суті договору. На користь цього висновку можна змодельовати таку ситуацію. Третя особа повідомляє сторін договору про те, що вона не відмовляється від наданого їй права, що є одним із способів його здійснення, проте в майбутньому вона не пред'являє вимоги до боржника про виконання зобов'язання на її користь. Звичайно, ця ситуація буде суперечити інтересам, безпосередньо, сторони, яка уклала договір. Тому з метою уникнення такої ситуації сторонам у договорі необхідно передбачити, що непред'явлення третьою особою вимоги до боржника про виконання договору на її користь впродовж строку, встановленого договором, після вираження нею наміру скористатися своїм правом (тобто після повідомлення сторін про те, що вона не відмовляється від наданого їй права), свідчатиме про її відмову від наданого їй права. Тому не пред'явлення вимоги третьою особою протягом розумного строку після вираження нею наміру скористатися своїм правом свідчатиме про її відмову від наданого їй права. Тобто, сторонами при укладенні договору буде визначено безпосередньо способи здійснення третьою особою наданого їй права, які свідчатимуть або про те, що вона скористалася ним, або

відмовилась від нього.

З огляду на зазначене варто погодитись із висловленим в юридичній науковій літературі поглядом, що нездійснення свого суб'єктивного права або відмова від його здійснення повинна мати певні темпоральні (часові) межі, якщо це тягне за собою ускладнення або унеможливлення повноцінного здійснення суб'єктивних цивільних прав інших осіб [4, с. 32].

Таким чином, аналіз правових аспектів відмови третьої особи від наданого їй права на підставі договору, укладеного на її користь, свідчить про існування багатьох проблем, які можуть стати підґрунтям для подальших наукових досліджень, однак, сьогодні більшість із них з метою уникнення спірних моментів повинні вирішуватись саме учасниками цивільних відносин в індивідуальному порядку залежно від суті договору, який вони прагнуть укласти на користь третьої особи.

1. Кисель І.В. Обезагальство в пользу третьего лица // Российский судья. - №11. - 2001. - С.18-23.
2. Кот О.О. Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 160 с.
3. Луць В.В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с.
4. Стефанчук М.О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : монографія. – К. : КНТ, 2008. – 184 с.

Kuzmych O.Y.

The Third Party's Waiver of the Rights, Given to it by the Treaty Concluded for its Benefit

This article is devoted to the analysis of legal aspects concerning waiver of the granted rights by a third party grounding on the agreement concluded for its benefit.

Key words: third party, treaty, the admission of the execution liability, term, the refusal of the rights.

Логвінова М.В.

ПРО ХАРАКТЕР СУБСИДІАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ БАТЬКІВ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ НЕПОВНОЛІТНІМИ ДІТЬМИ

Тривалий час в науковій літературі дискусійним залишається питання характеру відповідальності батьків неповнолітніх заподіювачів шкоди: чи ця відповідальність є частковою, чи солідарною? Одні науковці визнають відповідальність батьків солідарною (П.Варул, В.Данілін, В.Тархов, З.Чечоткіна), оскільки саме такий вид відповідальності буде сприяти усвідомленню кожного з батьків своєї соціальної відповідальності перед суспільством за виховання дитини, інші (К.Ярошенко)

– частковою. Проте, з останньою точкою зору навряд чи можна погодитися. Для права спільної сумісної власності подружжя характерною є невизначеність до поділу спільного майна розміру частки кожного з подружжя. Тому відповідальність подружжя за їх спільними боргами не може бути визначена у відповідності з часткою кожного з них. Часткова відповідальність подружжя може наступити за умови її закріплення у шлюбному контракті та в договорі між подружжям та кредитором [4, с.144].

В якості обґрунтування субсидіарної відповідальності батьків за дії неповнолітніх, якими завдано шкоди, за принципом солідарної відповідальності виступає норма ст. 73 Сімейного кодексу України (далі – СК України), якою врегульовано питання накладення стягнення на майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя.

Питання про звернення стягнення на майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, пов'язано з питанням спільних і роздільних боргів подружжя. При цьому до спільних боргів подружжя відносяться, зокрема, борги, які виникають із зобов'язань подружжя щодо відшкодування шкоди, завданої їх неповнолітніми дітьми [6, с.109]. Відповідальність батьків за шкоду, завдану їх дітьми, визначається цивільним законодавством. При цьому звернення стягнення на майно подружжя при відшкодуванні ними шкоди, завданої неповнолітніми, здійснюється згідно з ч.2 ст. 73 СК України, тобто стягнення накладається на майно, яке є спільною сумісною власністю подружжя, а також за зобов'язаннями одного із подружжя, якщо судом встановлено, що все одержане за зобов'язаннями одного із подружжя використано на потреби сім'ї. У разі недостатності цього майна подружжя несе за вказаними зобов'язаннями солідарну відповідальність майном кожного з них.

Отже, батьки солідарно відшкодовують потерпілому шкоду, завдану правопорушенням неповнолітнього. Але в житті зустрічаються випадки, коли один із батьків звільняється від майнової відповідальності перед потерпілим, наприклад, внаслідок тривалої хвороби (батько або матір в такому випадку фізично не могли виконувати своїх батьківських обов'язків) або у випадках, коли той із батьків, з ким проживає дитина, перешкоджає тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні. У такій ситуації винний (матір/батько) буде відповідати своїм особистим майном та доходами. При цьому згідно зі ст. 190 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) майном вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Крім того, винний (матір/батько) може відповідати часткою в спільній сумісній власності подружжя, яка йому належала б при по-

ділі цього майна. Так, ст. 370 ЦК України передбачає, що співвласники мають право на виділ у натурі частки із майна, що є у спільній сумісній власності. Однак, слід наголосити, що на практиці важко відділити спільне майно подружжя від особистого, а потім визначити частки подружжя в спільній сумісній власності, оскільки перед тим, як цю частку встановити, необхідно провести поділ спільного сумісного майна. Згідно з ч. 1 ст. 372 ЦК України майно, що є у спільній сумісній власності, може бути поділене між співвласниками за домовленістю між ними. Але в більшості випадків повноваження щодо поділу майна та встановлення розміру частки майна у спільній сумісній власності подружжя належить судові.

Ст. 371 ЦК України надає право кредиторі співвласника майна, що є у спільній сумісній власності, у разі недостатності у нього іншого майна, на яке може бути звернене стягнення, пред'явити позов про виділ частки із спільного майна в натурі для звернення стягнення на неї. Прогалиною в ЦК у даній ситуації, на наш погляд, є відсутність норми, яка б чітко визначала порядок накладення стягнення на майно подружжя при відшкодуванні ними шкоди, завданої їх неповнолітніми дітьми.

При цьому суд може звернути стягнення як на спільне сумісне майно подружжя, так і на майно кожного з них в залежності від достатності спільного майна для відшкодування шкоди та вини батьків.

У даному контексті варто зауважити, що деякі науковці, зокрема А.Рябець, вважають, що солідарну відповідальність перед потерпілим несуть батьки, шлюб між якими зареєстрований у встановленому законом порядку. „Якщо батьки не перебувають між собою у шлюбі, вони несуть часткову відповідальність”. При цьому науковцем наголошується, що часткова відповідальність батьків-подружжя: 1) можлива у тому разі, коли шлюбним договором передбачена спільна часткова власність або особиста приватна власність подружжя; 2) при поділі майна подружжя спільні борги ділять пропорційно виділеної частки. Відповідно до цього відбувається поділ відповідальності батьків-подружжя неповнолітнього заподіювача шкоди залежно від визначеної кожному з подружжя частки в майні [5, с.190-191].

Однак, таке обґрунтування солідарної відповідальності батьків, на наш погляд, є дискусійним. Згідно зі ст. 73 СК України солідарну відповідальність подружжя несе як за рахунок спільного майна, так і за рахунок майна кожного з них. Крім того, згідно з ст. 69 СК України батьки дитини мають право на поділ майна, що належить їм на праві спільної сумісної власності, незалежно від розірвання шлюбу. Проте, і в цьому випадку з огляду на положення ст. 73 СК України вони будуть виступати

суб'єктами солідарної відповідальності, оскільки дана правова норма щодо цієї ситуації не містить жодних винятків. Таким чином, до солідарної відповідальності за заподіяння шкоди можуть бути притягнені як подружжя, яке проживає разом, так і подружжя, яке проживає окремо, в тому числі при припиненні сімейних відносин.

Хоча при порівнянні змісту ст. 1179 ЦК України та ст. 73 СК України можна виявити, що в ст. 73 СК України мова йде про подружжя, а в ст. 1179 ЦК України – про батьків. При цьому якщо подружжя завжди є батьками своєї дитини, то батьки дитини можуть не перебувати у шлюбі між собою, і тому не бути подружжям.

Проте, солідарно відповідають не тільки батьки-подружжя, які проживають разом, але й батьки-подружжя, які проживають окремо один від одного, наприклад, у випадку припинення сімейних відносин [1, с.105].

Так, згідно з ст. 141 СК України матір, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини незалежно від того, чи перебувають вони у шлюбі між собою. В ч. 2 ст. 141 СК України наголошується, що розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їхніх прав і не звільняє від обов'язків щодо дитини. Отже, той з батьків, хто не проживає з дитиною, не позбавляється права і не звільняється від обов'язку виховання та нагляду за дитиною. При цьому батьки, які проживають окремо від дитини, зобов'язані брати участь у її вихованні та мають право спілкуватися з нею, якщо таке спілкування не перешкоджатиме нормальному вихованню дитини (ч. 2 ст. 157 СК України, ч. 2 ст. 15 Закону „Про охорону дитинства”). Крім того, зустрічі та спілкування з дитиною повинні бути досить тривалими, щоб батько (матір) дійсно брав (брала) участь у вихованні дитини.

Проте, в контексті цієї проблеми постає питання відносно того, яким чином той з батьків, хто проживає окремо від дитини, буде брати участь у вихованні дитини; які існують способи такого виховання?

Відповіді на ці питання в сімейному законодавстві ми не знайдемо. Правда, ч.2 ст. 159 СК України побічно вказує, що способами участі одного з батьків у вихованні дитини можуть бути періодичні чи систематичні побачення, можливість спільного відпочинку, відвідування дитиною місця його проживання тощо. А ось Міністерство освіти та культури Ізраїлю розробило спеціальний циркуляр від 1 вересня 1988 року, який містить, зокрема, вказівки директорам шкіл та дитячих садків щодо контактів з батьками, шлюб між якими розірвано, які проживають окремо, або знаходяться в процесі розірвання шлюбу. Наприклад, класний керівник запрошує батьків разом або окремо на бесіду, інфор-

мує їх про все, що пов'язано з дитиною (навчання, поведінка, здоров'я). В обов'язки школи входить зробити все від неї залежне, щоб обидва з батьків (якщо немає заборони на контакт дитини з одним із них) брали участь у вихованні дітей [3, с.57]. Саме таким чином той з батьків, хто окремо проживає від дитини, залучається до виховання дитини. І в таких випадках аж ніяк не буде виникати питання про те, що той з батьків, хто проживає окремо, не може чи не мав можливості брати участі у вихованні дитини.

Участь дошкільних дитячих закладів, школи, органів опіки та піклування в процесі виховання дитини, спілкування того з батьків, хто не проживає з дитиною, на наш погляд, має бути обов'язковою. Завдяки цьому завжди можна проконтролювати поведінку одного з батьків, а в разі невиконання обов'язків – ставити питання про застосування до нього сімейно-правових санкцій.

У випадках, коли щодо дитини, яка народилася поза шлюбом, батьківство не встановлено, за заподіяння дитиною майнової шкоди до відповідальності перед потерпілим притягається тільки матір.

Дитина, народжена від шлюбу, визнаного недійсним, у правовому відношенні прирівнюється до дитини, народженої в дійсному шлюбі. Стаття 47 СК наголошує, що недійсність шлюбу не впливає на обсяг взаємних прав та обов'язків батьків і дитини, яка народилася у цьому шлюбі. Таким чином, батьки дитини, шлюб яких визнаний недійсним, у рівній мірі повинні притягатися до відповідальності за завдану дитиною шкоду.

Отже, з врахуванням положення про те, що відшкодування шкоди є одним із елементів сімейних правовідносин, які виникають між батьками та дитиною згідно з ст. 121 СК України (загальні підстави виникнення прав та обов'язків матері, батька і дитини), за заподіяння шкоди дитиною, яка народилася у зареєстрованому шлюбі, у шлюбі, визнаному з часом недійсним, а також дитиною, яка народилася поза шлюбом, щодо якої батьківство встановлене в порядку, передбаченому законом, батьки відповідають незалежно від того, проживають вони разом з дитиною чи окремо від неї.

Оскільки батьки повинні спільно виховувати свою дитину, вони несуть спільну солідарну відповідальність перед третіми особами за результати своєї виховної діяльності. При цьому відповідальність батьків за шкоду, завдану їх дітьми, є солідарною незалежно ні від правового режиму майна батьків, ні від факту спільного їх проживання, ні від факту реєстрації шлюбу. В основу солідарної відповідальності батьків покладений факт походження дитини від конкретних осіб – батьків-подружжя

або батьків, які не є подружжям. Відношення кожного з батьків до виховання дитини буде враховуватися пізніше – при суперечці між самими батьками. В останньому випадку їх відповідальність залежно від обставин справи може бути визнана як рівною, так і нерівною (частковою).

У контексті розгляду питань, які стосуються субсидіарної відповідальності батьків за шкоду, завдану неповнолітніми дітьми, варто зупинитися ще на одній особливості згаданих правовідносин. Як відомо, відповідальність батьків за шкоду, завдану неповнолітніми, відноситься до сфери цивільно-правового регулювання. При цьому ст. 8 СК України закріплює положення, згідно з яким, якщо майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми не врегульовані СК України, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин. Водночас у ЦК України відсутня норма, яка б передбачала випадки застосування положень сімейного законодавства до цивільно-правових відносин [2, с.23-24]. Оскільки ЦК України не містить жодних прямих відсилок до чинного СК України, то при вирішенні питання про характер додаткової відповідальності батьків (частковий чи солідарний) слід керуватися виключно положеннями цивільного законодавства. Якщо у зобов'язанні беруть участь кілька боржників, то кожний із кредиторів має право вимагати виконання, а кожний із боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного законодавства (ст. 540 ЦК України). Таким чином, цивільно-правове зобов'язання з множинністю осіб, якщо інше не передбачено актами цивільного законодавства або договором, буде носити частковий характер.

На відміну від цього, солідарний обов'язок (солідарна вимога), згідно з ст. 541 ЦК України, виникає у випадках, встановлених договором або законом. Оскільки ст. 1179 ЦК України прямо не вказує на солідарний характер додаткової відповідальності батьків за шкоду, завдану неповнолітніми дітьми, то ця відповідальність носить частковий характер.

Хоча із таким розумінням норм цивільного законодавства навряд чи можна погодитися. У ст. 1179 ЦК України мова йде про відповідальність батьків, проте щодо змісту даної категорії ми можемо говорити на підставі норм сімейного права. Оскільки в ст. 1179 ЦК йдеться про вину батьків, то під нею ми розуміємо неналежне виховання батьками своєї дитини. І в цьому випадку ми керуємося нормами СК України, якими закріплені вимоги до виховання дитини, зокрема, чітко визначені права та обов'язки батьків (статті 150-155, 157 СК України). Зрештою, підста-

вою субсидіарної відповідальності батьків за шкоду, завдану їх дітьми, є не цивільне правопорушення (його вчиняє неповнолітній заподіювач шкоди), а сімейне правопорушення батьків, яке проявилось у неналежному вихованні дитини та відсутності нагляду за нею. До речі, цим й пояснюється, що відповідальність батьків є додатковою – основну відповідальність несе заподіювач шкоди.

Таким чином, у підсумку всього вищезазначеного, вважаємо, що субсидіарній відповідальності батьків за шкоду, завдану їх неповнолітніми дітьми, властивий і солідарний характер. Тому з метою вдосконалення чинного цивільного законодавства, на наш погляд, зміст частини другої статті 1179 ЦК України доцільно викласти в наступній редакції: „У разі відсутності у неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, батьки (особи, які їх замінюють) неповнолітньої особи несуть субсидіарну відповідальність за її зобов'язаннями у відповідному обсязі, якщо вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Батьки (усиновлювачі) відповідають солідарно”.

1. Богданова Е.Е. Субсидиарная ответственность. Проблемы теории и практики / Богданова Е.Е. – М.: Приор-издат, 2003. – 112 с.
2. Гражданское право: Учебник. Т.1. 2-е изд. перераб. и доп./ Отв.ред. Е.А.Суханов. – М., 1998.
3. Кидалова А. Особливості правового регулювання розірвання шлюбу між подружжям, яке має неповнолітніх дітей / А. Кидалова // Право України. – 2000. – №2. – С. 55-57.
4. Научно-практический комментарий Семейного кодекса Украины / [Волосатый Г.С., Калитенко О.М., Труба В.И., Червоний Ю.С.]; под ред. Ю.С.Червоного. – К.: Истина, 2003. – 520 с.
5. Рябец А.М. Обязательства по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью / Рябец А.М. – М., 1998. – 196 с.
6. Рясенцев В.А. Семейное право / Рясенцев В.А. – М.: Юридическая литература, 1971. – 293 с.

Logvinova M.V.

About the nature of joint (additional) responsibility of parents for the offences committed by minor children

Annotation. The article is devoted to consideration of question about the nature of joint (additional) responsibility of parents for the offences committed by minor children. According to the author, parents have common shared responsibility to third parties the results of its educational activities. This joint responsibility of parents for the harm inflicted by their children carries a solidary character, independently neither from the legal regime for property parents, neither from the fact of their common residence nor from the fact of registration of marriage.

Keywords: joint responsibility of parents, drawing of harm, solidary nature of joint responsibility of parents, common compatible property.

ВИДИ ОБМЕЖЕНЬ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ

УДК 349.412 (447)

На сьогодні існують різні підходи як щодо визначення поняття обмежень права власності, так і щодо їх класифікації. Не випадково в статті 111 ЗК України вміщено лише їх примірний перелік.

В літературі можна зустріти класифікації, що здійснюються за різними ознаками. Найбільш часто зустрічаються групування обмежень права власності на землю за підставами виникнення та часом дії [8, с. 76; 2, с. 131; 3, с. 86], за об'єктом, суб'єктом і змістом правовідносин [2, с. 86], за сферою дії [6, с. 279]. На думку Т.Б. Станкевич, обмеження права власності на землю можна поділяти на види залежно від: змісту з прив'язкою до класичної тріади правомочностей власника; виду земель; мети встановлення; моменту виникнення та строку дії; виду діяльності; підстав виникнення; форм власності; виду обмежень прав власника землі на захист від дій третіх осіб [5, с. 109]. Однією з найбільш серйозних спроб здійснити класифікацію обмежень прав на землю за законодавством України слід вважати дослідження Д.В. Бусуйок [1; 2].

Потреба у здійсненні певної класифікації обмежень права власності на землю існує об'єктивно, оскільки це необхідна умова для їх вивчення. Завдання полягає у тому, щоб здійснити таке групування обмежень даного права, котре б їх усіх охоплювало, а з іншого боку - відображало особливості правової природи. Вказане достатньо складно зробити в межах однієї класифікації, оскільки для „висвітлення” всього масиву обмежень прав на землю необхідне використання ряду критеріїв. На нашу думку, необхідно враховувати такі істотні особливості вказаних обмежень, як: 1) порядок встановлення: нормативний, індивідуальний; 2) сфера дії: загальні, адресні; 3) інтереси, в яких встановлюються: публічні, приватні; 4) наявність волевиявлення власника: виникають незалежно від волі власника, виникають внаслідок волевиявлення власника; 5) необхідність спеціальної реєстрації: не підлягають спеціальній реєстрації; підлягають спеціальній реєстрації.

На нашу думку, коли мова йде про обмеження права власності на землю, то, в першу чергу, слід розрізнити дві основні групи: 1) нормативні обмеження права власності на землю; 2) обтяження земельних ділянок.

Що стосується нормативних обмежень, то сюди входять ті обмеження, що безпосередньо впливають з приписів законодавства нормативного характеру і характеризуються такими ознаками як: імперативний

порядок встановлення; поширення дії на всі або достатньо широке коло відносини власності на землю; відображають публічний інтерес; виникають незалежно від волі власника; не підлягають спеціальній реєстрації. Можна також вести мову про безстроковий характер таких обмежень, оскільки вони виникають з прийняттям і діють до скасування відповідної правової норми.

Якщо говорити про конкретні приклади нормативних обмежень права власності на землю, то одним з найбільш фундаментальних з них є вимога використання земельних ділянок за цільовим призначенням. Значну групу нормативних обмежень становлять обмеження екологічного характеру, закріплені в законодавстві у вигляді правил щодо землекористування. До нормативних обмежень права власності на землю також слід відносити правила про добросусідство (глава 17 Земельного кодексу України), положення щодо мораторію на відчуження земель та ін.

Загалом необхідно відзначити, що положення земельного, екологічного та інших галузей природоресурсного законодавства, котрі встановлюють обмеження суб'єктивного права власності на землю, виступають як спеціальні в порівнянні з положеннями цивільного законодавства, які визначають загальні межі щодо здійснення суб'єктивних прав та права власності в цілому. В зв'язку з цим не можна не помітити існуючого розмежування за сферою дії серед нормативних обмежень права власності на землю. В.К. Гуревський цілком правильно акцентує увагу на тому, що обмеження бувають такими, які встановлені щодо всіх земель України (як приклад, положення статей 91, 96 Земельного кодексу України поширюються на усіх власників земельних ділянок), та такими, що стосуються певної групи земель [6, с. 278-279]. Прикладом останніх є обмеження, які стосуються відносин щодо використання певної категорії земель.

Можна зробити висновок, що за сферою дії, рівнями правового регулювання нормативні обмеження права власності на землю визначають, відповідно, загальні межі здійснення права власності в цілому, загальні межі здійснення права власності на землю, спеціальні межі здійснення права власності на певні категорії (види) земель. Дані нормативні обмеження безпосередньо виступають складовою правового режиму земель.

Дещо складніше робити узагальнення щодо обтяжень земельних ділянок, оскільки вони є набагато різноманітнішими за правовою природою. В своїй сукупності вони доповнюють встановлені законодавством нормативні межі здійснення права власності на землю, встановлюючи

індивідуальні межі здійснення конкретного суб'єктивного права власності.

Особливістю обтяжень виступає їх індивідуальний характер: вони виникають на підставі індивідуально-правових актів чи правочинів; мають адресний характер; підлягають спеціальній реєстрації, що виступає умовою їх дійсності чи забезпечує пріоритет над іншими обтяженнями.

Основна особливість обтяжень полягає у їх адресному характері, оскільки вони виникають щодо окремо визначених земельних ділянок або всього майна їх власників (останнє найбільш характерно для публічних обтяжень). На це, зокрема, звертає увагу В.І. Семчик, відзначивши, що обтяження стосуються права конкретних власника чи користувача конкретної земельної ділянки [4, с. 131]. В такому разі виникає певна “прив’язка” обтяження до певного об’єкта, ми можемо говорити про слідування конкретного обтяження за земельною ділянкою; такі обмеження не лише звужують можливості власника щодо реалізації певних правомочностей, але і безпосередньо впливають на сам об’єкт, обтяжуючи його [7, с. 28].

Слід відзначити, що обтяження земельних ділянок можуть мати як приватний, так і публічний характер. Приватний характер мають такі обтяження як речові права на чужу річ, а також обтяження, що впливають із зобов’язальних правовідносин. Публічний характер мають ті обтяження, що виникають незалежно від волі власника в адміністративному чи судовому порядку і безпосередньо не відображають приватні інтереси окремих суб’єктів. Критеріями розмежування виступають підстави виникнення обтяжень (волевиявлення власника або індивідуально-правовий акт компетентного органу), порядок виникнення (приватно-правовий або публічно-правовий); інтерес, з метою задоволення (захисту) якого встановлено обтяження (приватний або публічний).

Приватні обтяження земельних ділянок можна розділити на дві групи: речові права на чуже майно та зобов’язальні права. Необхідність такого розмежування обумовлена різною їх правовою природою, належністю, відповідно, до груп абсолютних та відносних прав.

Речовими правами на чуже майно, що обтяжуючи земельні ділянки одночасно обмежують права їх власників, виступають права земельного сервітуту, емфітевзису, суперфіцію та ін. До групи зобов’язальних прав, що виступають в якості обтяжень земельних ділянок, відносяться права кредиторів за договорами іпотеки, оренди, ренти, довічного утримання та ін. Загалом перелік обтяжень, які власник може встановлювати щодо своєї земельної ділянки на підставі правочинів, є достатньо широким.

Публічними виступають обтяження, які на підставі індивідуально-правових актів в адміністративному чи судовому порядку виникають щодо індивідуально визначених земельних ділянок (заборона відчуження чи арешт) або щодо всіх активів певної особи, включаючи земельні ділянки (податкова застава, накладення арешту на все майно особи). Передбачені Законом України “Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень” публічні обтяження, незважаючи на те, що даний закон регулює відносини щодо регулювання обтяжень рухомого майна, можуть встановлюватись і щодо земельних ділянок як нерухомого майна.

Узагальнюючи викладене, пропонуємо використовувати наступні класифікації обмежень прав на землю в Україні. В першу чергу, існуючі обмеження права власності на землю слід поділяти на дві основні групи: 1) нормативні обмеження права власності на землю; 2) обтяження земельних ділянок.

В складі нормативних обмежень права власності на землю окремими групами необхідно виділяти: 1) загальні нормативні обмеження щодо здійснення права власності; 2) загальні нормативні обмеження щодо здійснення права власності на землю; 3) спеціальні нормативні обмеження щодо здійснення права власності на окремі категорії та види земель.

Обтяження земельних ділянок слід розділяти на: 1) приватні обтяження земельних ділянок; 2) публічні обтяження земельних ділянок.

Серед приватних обтяжень земельних ділянок необхідно розрізняти: 1) речові права на чужі земельні ділянки; 2) зобов’язальні права інших осіб щодо земельних ділянок. Серед публічних обтяжень земельних ділянок необхідно розрізняти: 1) обтяження, що виникають щодо окремо визначених (індивідуалізованих) земельних ділянок; 2) обтяження, що виникають щодо всього майна визначених суб’єктів, включаючи земельні ділянки.

1. Бусуйок Д.В. Види обмежень прав на землю / Діана Василівна Бусуйок // Підприємство господарство і право. – 2006. - № 7. – С. 167-170.
2. Бусуйок Д.В. Обмеження прав на землю за законодавством України: Монографія / Діана Вікторівна Бусуйок. – К.: ТОВ „Видавництво „Юридична думка”, 2006. – 144 с.
3. Гуревський В.К. Право приватної власності громадян на землі сільськогосподарського призначення: монографія / Володимир Климентійович Гуревський. – Одеса: Астропринт, 2000. – 136 с.
4. Земельне право України: підручник / [М.В. Шульга (кер. кол. авт.), Г.В. Анісімова, Н.О. Багай, А.П. Гетьман та ін.]; за ред. М.В. Шульги. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 368 с.

5. Каракаш И.И. Право собственности на землю и право землепользования в Украине: научно-практ. пособие / Илья Иванович Каракаш. – К.: Истина, 2004. – 216 с.
6. Научно-практичний коментар Земельного кодексу України / [Л.О. Бондар, А.П. Гетьман, В.Г. Гончаренко та ін.]; за заг. ред. В.В. Медведчука. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 656 с.
7. Сидоренко А.Ю. Актуальные проблемы правового регулирования ограниченный (обремененный) в земельном праве / А.Ю. Сидоренко // Юрист. – № 11. – 2000. – С. 26-34.
8. Соловйов А. К вопросу о природе ограниченный права собственности / Алексей Соловьев // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 10. – С. 74-77.
9. Станкевич Т.Б. Ограничения права собственности на земельные участки: дис. на соиск. науч. степени канд. юр. наук: спец. 12.00.03 / Станкевич Т.Б. – Краснодар, 2003. – 184 с.

Myronenko I.V.

The types of land ownership

A given article was devoted to the questions about the legal nature and types of limitations of land ownership. The main classifications, which are to be found in the literature, the criteria of such classifications, particular qualities of separate kinds of land ownership legal nature are discussed in this article. The auther offers his own vision of the basic criteria of the Ukrainian land ownership limitations classification.

Keywords: land ownership, lot land, limitation of right, burden of property.

Олійник О.С.

ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ІНСТИТУТУ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ФРАНЦІЇ

УДК 347.626.2

Регулювання відносин подружжя за допомогою шлюбного договору знайшло свій досить чіткий прояв у різних правових системах. Багато країн знають такий правовий інститут як шлюбний договір, однак серед вчених і навіть законодавців немає єдиної думки про необхідність існування цього правового інституту. Як і будь-яке інше явище, інститут шлюбного договору має ряд позитивних і негативних аспектів [1, с. 3-5].

Дослідження різних аспектів становлення та формування інституту шлюбного договору були предметом розгляду у вітчизняній та зарубіжній літературі таких науковців як М. В. Антокольська, І. В. Жилінкова, З. В. Ромовська, С. Я. Фурса, Т. О. Ариванюк, Ульяновко О.О., Л. М. Пчелінцева, В.А. Рясенцева, О. А. Хазова, Л. Б. Максимович, А. В. Слепакова, С. Н. Бондов, А. А. Ігнатенко та інших вчених в сфері цивільного та сімейного права.

Метою написання статті є дослідження особливостей правового регулювання майнових відносин подружжя шляхом укладання шлюбного договору за законодавством Франції у порівнянні із законодавством України.

Відповідно до доктрини французького права шлюб представляє собою укладений у встановленій законом формі цивільний договір, що об'єднує чоловіка та дружину для спільного життя та надання взаємної підтримки. У Франції правовідносини між подружжям врегульовуються французьким цивільним Кодексом 1804 року (в подальшому ФЦК). В Титулі V книги III «Про шлюбний договір і про режими майнових відносин між подружжям» передбачається наявність правових норм, спрямованих на регулювання такого правового інституту як шлюбний договір та норми щодо режиму майнових відносин між подружжям (ст.1387-1581). У Франції законодавець пропонує на вибір подружжю, крім легального режиму спільності, ще декілька варіантів «типових» договірних режимів, розроблених з урахуванням ситуацій, які найчастіше зустрічаються.

Спільність (communaute) – приналежність майна обом з подружжя, але інколи цей термін використовується у французькому законодавстві для позначення самого майна, що знаходиться в сумісній власності. Режим спільності подружнього майна був започаткований саме у Франції Кодексом Наполеона 1804 року. Спільність, яка встановлюється при відсутності шлюбного договору чи шляхом простої заяви про те, що шлюб підпадає під режим спільності, підлягає правилам, закріпленим в ст.1401-1491 ФЦК. Зміни, внесені в систему спільності у Франції, в загальних рисах полягають у звуженні кола майна, що входить у спільність і в обмеженні права чоловіка на управління цим майном.

Спільне володіння сумісно нажитим майном (la communaute reduite aux acquets) – це правовий режим шлюбу, який укладається автоматично і його не потрібно спеціально посвідчувати у нотаріуса (тобто, він є безоплатним, а тому має певну перевагу). Цей режим, зазвичай, підходить більшості осіб, які вступають у шлюб, в його основному, базовому варіанті. Однак, при необхідності, заінтересовані особи можуть змінити такий статус і доповнити зміст шлюбного договору статтями, в яких обумовлюються певні додаткові умови. У вказаному режимі шлюбу кожен з подружжя залишається власником того майна, яке йому належало до шлюбу. Спільним вважається майно, набуте подружжям у шлюбі. Обидва з подружжя розпоряджаються ним на свій розсуд, однак при значних витратах або при набутті кредитних чи інших зобов'язань вимагається згода та підписи обох з подружжя. Один із подружжя не може без згоди

іншого також розпоряджатися правами, що мають відношення до житла сім'ї та предметів його обстановки [2, с. 352].

Окрім випадків особистого майна, набутого до укладення шлюбу, решта боргів подружжя вважаються спільними і для їх погашення використовується все нажите спільно майно, незалежно від того, хто з подружжя створив борги та кредитні зобов'язання. У випадку припинення шлюбу кожен отримує в своє розпорядження особисте майно, яке належало йому до шлюбу, а спільно набуте майно ділиться порівно між подружжям.

У випадку смерті одного із подружжя його особисте майно та його частина у спільно набутому майні подружжя передається у розпорядження його спадкоємців. Тобто, інший з подружжя, згідно законодавства, не може вважатися спадкоємцем майна після смерті свого чоловіка (дружини). Тому, щоб уникнути такої ситуації, подружжя за домовленістю укладає шлюбний контракт, де може врегулювати майнові питання на свій розсуд, в тому числі і питання щодо спадкування. Однак, в тому випадку, коли особа бажає, щоб майно перейшло у випадку її смерті іншому з подружжя, але не бажає укласти шлюбний договір, то необхідно укласти договір дарування на користь іншого з подружжя, який підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню. Фактично, в даному випадку має місце спадковий договір, оскільки на відміну від українського законодавства, яке визначає спадковий договір як двосторонній правочин, за яким одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача [3, с. 1071], французьке право визнає договори про спадкування у своєму власному майні як виняток з загального правила про спадкування за законом або за заповітом, при тому в досить обмеженому вигляді, а саме лише між подружжям, але навіть і так, що в них можуть брати участь й треті особи, якщо вони бажають надати своє майно подружжю або їх дітям (статті 1081, 1082 ЦК Франції). Цікаво, що ці договори навіть користуються своєрідним привілеєм (ст. 1094), а саме, безпосередньо за ним подружжя може передати одне одному як право власності (у випадку, якщо не залишать після себе дітей), так і узуфрукт (право користування, у випадку, коли залишилися діти або інші низхідні), стосовно майна, на яке розповсюджується режим законної частки. В цілому важко вести мову, про те, що ЦК Франції відзначає особливу природу спадкового договору. Скоріше за все, розглядається цей інститут виключно як акт дарування між живими особами [4, 137-140].

На противагу викладеному вище режиму шлюбу, що передбачає су-

місне володіння нажитим майном, режим роздільного володіння майном (*la separation des biens*) повністю виключає поняття сумісного володіння чи користування ним, залишаючи кожному з подружжя ті права на майно, якими вони володіли до одруження. Тобто, кожен з подружжя зберігає всі права на належне йому майно, в тому числі на те, яке було придбане під час шлюбу. Значна кількість подружніх пар обирають зазначений режим шлюбу зважаючи на можливість виникнення боргів, оскільки в даному випадку кожен з подружжя несе особисту відповідальність за своїми боргами та кредитними зобов'язаннями, тобто інший з подружжя ніяким чином не ризикує своєю часткою майна. І, відповідно, при припиненні шлюбу майновий статус подружжя не змінюється. Якщо ж особа бажає, щоб чоловік (дружина) отримала належну їй частку майна, то, знову ж таки, необхідно укласти договір дарування, який підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню. Це пояснюється тим, що шлюбний договір про роздільне майно подружжя має наступний недолік: у випадку смерті одного з учасників цього договору все його майно ділиться між родичами – прямими і непрямими спадкоємцями. А тому, передати таке майно іншому з подружжя можна лише за правом спадкування за заповітом, оскільки згідно «букви» договору майно померлого не стає власністю іншого учасника договору [5].

Наступний режим шлюбу – *la participation aux acquets*. Даний режим шлюбу рідко використовується, не надто відомий, а тому з цієї причини іноді неправильно розуміється та застосовується. Тут присутні моменти, які є привабливими для тих осіб, що укладають шлюбний контракт. Під час шлюбу це є режим роздільного володіння майном, тобто кожен на власний розсуд розпоряджається своїми доходами та здійснює управління своїм майном. У випадку припинення шлюбу здійснюється розподіл додаткової частини майна, яке було нажите під час шлюбу, при цьому до уваги не береться той факт, хто саме з подружжя працював і заробляв гроші чи одержав майно. Робиться це наступним чином: під час розірвання шлюбу майно кожного з подружжя оцінюється, потім з його загального майна вираховується його особисте майно (яке належало йому до шлюбу), з тим, щоб оцінити розмір вартості нажитого майна. І якщо майно іншого з подружжя виявиться більшим, то він повинен буде виплатити першому половину різниці між оціночною вартістю майна одного та іншого з подружжя [5].

Таким чином, французьке законодавство та практика надає подружжю широкий вибір можливостей щодо правового регулювання їх майнових відносин як в межах легально визначеного правового режиму, так і шляхом застосування договірної форми режиму майна подружжя, а саме за

допомогою шлюбного договору.

За французьким законодавством шлюбний вік визначається для чоловіків – 18 років, для жінок – 15 років (ст. 144 Цивільного Кодексу), однак оскільки особи цього віку визнаються неповнолітніми (до 21 року), то їх шлюб можливий лише за згодою батьків або інших визначених в законодавстві осіб [6, с. 550-551]. Тому, якщо шлюбний контракт укладають неповнолітні, то також необхідна згода на це їх батьків чи осіб, які їх замінюють. Оскільки сьогодні у Франції укладають одностатеві шлюби, то, відповідно, суб'єктами шлюбного договору можуть бути особи однієї статі. Не можуть бути суб'єктами шлюбного договору особи, шлюб між якими забороняється за французьким законодавством, наприклад, наявність близьких родинних зв'язків, свояцтво тощо [7, с. 211-213].

Закон врегульовує подружній союз стосовно майна лише за відсутності спеціальних домовленостей, які подружжя може укласти на свій розсуд, з тим, щоб домовленості не суперечили добрим звичаям (ст.1387 Французького Цивільного Кодексу). Остання фраза про несуперечність добрим звичаям свідчить про те, що свобода встановлення умов в шлюбному договорі обмежена і повинна підпорядковуватися іншим нормативним правилам, що передбачені законодавством. Подружжя можуть заявити у звичайному порядку, що вони бажають підпорядкувати свій шлюб одному з режимів, передбачених ФЦК.

Згідно ст.1394 ФЦК всі договори про майнові відносини між подружжям повинні укладатися перед нотаріусом в присутності і з одночасною згодою сторін чи їх представників. Тобто, кодекс наполягає на обов'язковій участі нотаріуса при укладенні шлюбного договору і підписання сторонами договору в присутності нотаріуса і, відповідно, одночасне посвідчення підписів сторін. При цьому сам факт укладення шлюбного договору повинен фіксуватися в свідоцтві про шлюб. Така вимога викликана необхідністю охорони різних підприємницьких відносин. Однак, захищаючи комерційні інтереси, законодавець навіть за відсутності відмітки про шлюбний договір у свідоцтві про шлюб, дозволяє подружжю заявити про наявність шлюбного договору і тим самим висловити ті чи інші правовідносини, які виникли на основі угоди з спільного законного режиму і підпорядкувати їх режиму, який передбачений шлюбним договором. Але у випадку відсутності достатніх даних про наявність шлюбного договору, тобто, наприклад, за відсутності помітки в свідоцтві про шлюб чи заяви подружжя, всі відносини подружжя з третіми особами будуть будуватися на основі законного режиму щодо їх майнових відносин. Більше того, французький законодавець в частині 4 ст. 1394 ФЦК ставить ще більші вимоги з метою захисту комерційних

інтересів осіб. Встановлюється імперативна норма про публічне опублікування шлюбного договору, коли один з подружжя є комерсантом на момент укладення шлюбу чи навіть якщо він стає таким в майбутньому. Крім того, встановлюється й санкція за невиконання вказаної вимоги, а саме, якщо шлюбний контракт не буде опублікований, то до подружжя-комерсанта можуть бути застосовані ті міри покарання, що передбачені регламентами, які відносяться до торгових реєстрів [1, с. 54; 8, с. 91-92].

Всі ці положення без сумніву спрямовані на захист підприємницьких відносин, адже наявність інформації про належність майна тій чи іншій особі дозволяє захистити інтереси третіх осіб, які вступають в договірні відносини з кимось із подружжя, і це дозволяє забезпечити контрагентів від неможливості накладення стягнення на майно одного з подружжя, якщо виникне така необхідність.

Якщо в свідоцтві про шлюб вказано, що шлюбний договір не був укладений, то у відносинах з третіми особами подружжя буде вважатися таким, що перебуває у шлюбі, на який поширюється режим законної спільності, якщо тільки в угодах, укладених з цими третіми особами, подружжя не вкаже про наявність шлюбного договору. Угоди про майнові відносини між подружжям повинні бути заключені до укладення шлюбу і можуть породжувати наслідки лише з дня укладення шлюбу (ст. 1395 ФЦК).

У відповідності зі ст.1497 ФЦК подружжя може в своєму шлюбному договорі за допомогою різного роду домовленостей, змінити режим законної спільності майна. Зокрема, вони можуть домовитися про те, що: 1) спільне майно буде складатися з рухомого майна та доходів; 2) на спільність не будуть поширюватися правила, що відносяться до управління спільним майном; 3) один з подружжя буде мати можливість вилучати з неї (спільності) певні речі в рахунок відшкодування збитків; 4) один з подружжя буде мати право на отримання визначеної частини спільного майна до його розподілу; 5) подружжю будуть належати нерівні частки; 6) між ними буде встановлена сумісна спільна власність [8, с. 91-92].

Правила про законну спільність застосовуються до всіх майнових відносин, що не стали предметом домовленості між подружжям. Таким чином, французьке законодавство не досить детально регулює питання шлюбного договору. Однак завдяки діючій практиці, яка склалася досить давно, це ніяким чином не відображається на правовому регулюванні даного правового інституту.

1. Жилинкова И. В. Брачный договор / Жилинкова И. В. – Х. : Ксилон, 2005. –

176 с.

2. Гражданское и торговое право капиталистических стран / Под ред. В. П. Мозолина, М. И. Кулагина – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1980. – 382 с.
3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. О.В.Дзери, Н.С.Кузнецової, В.В.Луця.- Київ: Юрінком Інтер.- 2005.- с. 1071.
4. Васильченко В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права / В. Васильченко // Право України. – 2003. № 6. – с. 137-140.
5. Стеценко О. Типові умови шлюбного контракту / О. Стеценко // Юридическая практика. – 2006. № 39.
6. Ануфриева Л. П. Международное частное право : Особенная часть : в 3 т. / Л. П. Ануфриева. - Москва. - Издательство БЕК, 2002. – Т. 2. - 656 с.
7. Фединяк Г.С. Міжнародне приватне право : Підручник / Г. С. Фединяк, Л.С. Фединяк. – Київ : Атіка, 2005.- 544 с.
8. Залесский В.В. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств / В.В.Залесского. – Москва : 2004. – 310 с.

Oliyuk O.S.

The institute of marriage agreement on the legislation of France

The article is given sacred to legal description of institute of marriage agreement on the legislation of France. The features of subject composition of marriage agreement, his conclusion and maintenance are analysed.

Keywords: marriage, marriage agreement, legislation of France

Піцик Х.З.

ПРАВА СПАДКОЄМЦІВ ПРИ СПАДКУВАННІ ЗА ЗАКОНОМ

УДК 347.66

Спадкове право, як і будь-яка галузь права, явище надбудовного характеру. На нього безпосередньо впливає форма власності на засоби виробництва. Сучасне цивільне право – це яскравий приклад поступового переходу від домінування державної власності на засоби виробництва до утвердження засад приватності у праві власності.

На ранніх стадіях свого розвитку держава прагнула прибрати до рук побільше майна, й одним із джерел його « прибирання » була конфіскація майна померлого. Але згодом держава усвідомила, що поклик крові – сильна річ, тому найприроднішим спадкоємцем є родич покійного. Із цього моменту почало формуватися нормативне регулювання спадкування [5, с.6].

Проблемам спадкового права були присвячені дослідження вчених-юристів ХІХ-початку ХХ століття. Серед них праці Д.І.Мейера, К.П.Победоносцева, В.І.Синайського, Г.Ф.Шершеневича та ін. Питання щодо спадкування за законом розроблялися у дисертаціях Н.М.Асланян,

А.М.Байзигітова, Н.М.Васильченко і С.А.Джапарідзе. Теоретичною базою наукового дослідження у сфері спадкового права є праці сучасних українських цивілістів: О.В.Дзери, Н.С.Кузнецової, І.М.Кучеренко, С.Я.Фурси, Я.М.Шевченко, Ю.О.Заїка та ін. Проте, у спадковому законодавстві відбулися суттєві зміни, що спричиняє необхідність перегляду окремих правових доктрин спадкування за законом в Україні.

Основним завданням дослідження вбачається чітке окреслення і розподіл прав спадкоємця при спадкуванні за законом. Ними є право на прийняття та відмову від спадщини, право на продовження терміну для прийняття спадщини, право на рівні частки у спадщині, право на зміну черговості одержання права на спадкування та ін.

Відповідно до Цивільного кодексу України спадкування – це перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). У законі закріплюється традиційний для цивільного права підхід, згідно з яким до складу спадщини належать усі права та обов'язки спадкодавця. Їх перехід до спадкоємця здійснюється у порядку правонаступництва. Спадкове правонаступництво має універсальний характер. Це означає, що спадкоємець спадкує всі права та обов'язки спадкодавця за винятком тих, які за своєю природою не можуть бути передані іншій особі. Спадкоємець не може частково прийняти спадщину або частково відмовитися від неї [8, с.378].

Серед науковців тривалий час точилися дискусії щодо того, хто може бути спадкоємцем за законом. Варто зазначити, що, передусім це особи, які за характером сімейно - побутових відносин були найближчими до покійного. Незважаючи на те, що спадкодавець не склав заповіту, законодавець намагається передбачити, кому б цей громадянин міг залишити своє майно, і цілком обгрунтовано вважає, що це мають бути найближчі до померлого особи. Домінуючою ознакою, яка визначає спадкоємців за законом, є наявність родинних зв'язків осіб, які претендують на одержання спадщини, із померлим. Глибокий внутрішній зв'язок спадкових і сімейних правовідносин зумовлений економічними факторами: історично склався розвиток спочатку родового, а потім сімейного характеру права приватної власності. Черговість спадкоємців залежить від ступеня їх споріднення із спадкодавцем: чим ближче ступінь споріднення, тим більше можливостей у родича спадкодавця стати його спадкоємцем [4, с.147].

Коло спадкоємців за законом вичерпним чином встановлено законом і його розширення неможливе. До спадкоємців за законом законодавець відносить: дітей спадкодавця, подружжя, яке його пережило, батьків, братів та сестер, бабу, діда, дядька, тітку, членів сім'ї спадкодавця, ро-

дичів до шостого ступеня споріднення та утриманців спадкодавця. Загалом Цивільний кодекс України визначає п'ять черг спадкування за законом. Отже, спадкоємець за законом – це фізична особа, яка одержує право на спадкування, оскільки входить до складу відповідної черги спадкоємців, що закликаються до спадкування у зв'язку з відкриттям спадщини.

На жаль, законодавство України прямо не визначає прав спадкоємця за законом, що у свою чергу спричиняє їх часте порушення. Постараємося окреслити основні з них.

Фактично спадкоємцями за законом можуть бути громадяни, які є живими на момент смерті спадкодавця, а також діти спадкодавця, які були зачаті за життя спадкодавця і народилися після його смерті. Варто зазначити, що законодавство України не надає особливого правового значення точному часу (години, хвилини) смерті спадкодавця. У зв'язку з цим необхідно звернути увагу на наступні закономірності:

1. Якщо смерть громадян (які могли спадкувати один після одного) наступила одночасно, спадщина відкривається після кожного з них (тобто до спадкування закликаються спадкоємці кожного з них).

2. Якщо смерть громадян наступила в межах одного календарного дня – вони не спадкують один після одного, оскільки такі громадяни признаються померлими одночасно.

3. Якщо спадкоємець помер через кілька годин після спадкодавця, але на наступну добу – в нього виникає право на прийняття спадщини, оскільки такий спадкоємець не вважається померлим одночасно із спадкодавцем. В даній ситуації буде мати місце фактичне прийняття спадщини, що характерно тільки для спадкоємця, який постійно разом проживав із спадкодавцем, тому на час (тобто на момент смерті спадкодавця) він буде вважатися таким, що вже прийняв спадщину.

4. Якщо спадкоємець, який закликаний до спадкування, помер після відкриття спадщини, не встигнувши її прийняти у встановлений законом строк, право на прийняття належної йому долі спадщини переходить до його спадкоємців. Дане право померлого спадкоємця здійснюється його спадкоємцями протягом часу, який залишився для прийняття спадщини, але не пізніше ніж протягом трьох місяців [3, с. 6].

Щодо дітей спадкодавця, народжених після його смерті, то з'ясовуючи питання, чи є народжена після смерті спадкодавця дитина сином чи дочкою померлого. Нотаріус, виходячи із презумпції батьківства одруженого чоловіка, має керуватися ст. 122 Сімейного кодексу України, яка передбачає, що дитина, яка зачата і народжена у шлюбі, походить від подружжя. Дитина, яка народжена до спливу десяти місяців після при-

пинення шлюбу (а шлюб припиняє і смерть одного із подружжя), походить від подружжя.

Формулу законодавця, яка визначає спадкоємця як «особу, яка була зачата за життя спадкодавця і народжена живою після відкриття спадщини», М. Ю. Барщевський вважає не зовсім вдалою, оскільки дитина спадкодавця не може бути зачата не за його життя [1, с. 9]. На це твердження Є. І. Фурса зазначає, що така позиція не враховує сучасного рівня науки, зокрема генетики, і в свою чергу пропонує чітко регламентувати поняття біологічних батьків у законодавстві і в спадковому праві зокрема [7, с.60]. Тут мається на увазі можливість бути спадкоємцем дитиною при її штучному походженні, у зв'язку з чим Ю. О. Заїка пропонує доповнити ст. 1222 Цивільного кодексу України, де б вказувалося, що такі діти теж є спадкоємцями своїх батьків, незалежно від часу свого народження [4, с. 150].

Існують деякі особливості спадкування усиновлених дітей. Відповідно до ч.3 ст.1260 Цивільного кодексу України, якщо за рішенням суду про усиновлення збережений правовий зв'язок між усиновленим та його бабою, дідом, братом та сестрою за походженням (ч.2 ст.232 Сімейного кодексу України), то у разі смерті його діда, баби за походженням усиновлений має право на спадкування за правом представлення, а у разі смерті його брата або сестри – має право на спадкування як спадкоємець другої черги. Спірною є думка, що не виникає ніяких прав та обов'язків між усиновленими та іншими дітьми усиновителя, тому дитина усиновителя і усиновлена дитина не перебувають у правових відносинах брата і сестри.

Варто зазначити, що спадкування за законом відбувається лише між юридично зареєстрованим, а не між фактичним подружжям. Однак, З.В. Ромовська, оцінюючи ознаки сім'ї (спільне проживання, спільний побут, наявність взаємних прав та обов'язків), зазначає, що таке розуміння сім'ї припинить «законодавче лукавство, відповідно до якого не визнається сім'єю, так звана «фактична сім'я» [6, с. 64].

У праві спадкування за законом окреме місце відводиться державі. Зокрема, В.В. Васильченко обґрунтовує те, що держава має право на так звану «вдимерлу або виморочну спадщину»[2, с. 46-60]. Але держава (інші особи публічного права) за загальним правилом не визнається законним спадкоємцем фізичної особи.

Законні спадкоємці мають право на рівні частки у спадщині, але це правило може бути змінено за волею спадкоємців. Якщо спадкоємці домовилися про зміну розміру частки щодо рухомого майна, вони можуть укласти між собою усну угоду. Спадкоємці також можуть змінити роз-

мір частки у спадщині щодо нерухомого майна або транспортних засобів за нотаріально посвідченою угодою (ст. 1267 Цивільного кодексу України).

Спадкоємці за законом можуть змінити черговість одержання права на спадкування. Це відбувається за нотаріально посвідченим договором заінтересованих спадкоємців, укладеним після відкриття спадщини, або ж за рішенням суду, якщо спадкоємці не дійшли згоди щодо цього питання.

Варто окремо зупинитися на питанні про спадкування за правом представлення. Законом передбачено, що внуки і правнуки спадкодавця за законом, якщо на момент відкриття спадщини немає живого того з батьків, який був би спадкоємцем, спадкують порівно в тій частині, яка спадкувалась би при спадкуванні за законом їхнім померлим батьком чи матір'ю. Племінники спадкодавця спадкують ту долю спадщини, яка б належала за законом їх матері, батьку (сестрі, брату спадкодавця), якщо б вони були живими на час відкриття спадщини. Двоюродні брати і сестри спадкодавця спадкують ту долю спадщини, яка б належала за законом їх матері, батьку (тітці, дядьку спадкодавця), якщо б вони були живими на час відкриття спадщини.

Законні спадкоємці можуть прийняти або відмовитися від спадщини. Прийняття спадщини відповідно до ст.ст.1268, 1269 Цивільного кодексу України може відбуватися шляхом подання в нотаріальну контору за місцем відкриття спадщини заяви про прийняття спадщини або ж шляхом фактичного прийняття спадщини. Однак, фактичне прийняття спадщини можливе лише тоді, коли спадкоємець постійно проживав разом із спадкодавцем і на день відкриття спадщини такий спадкоємець автоматично визнається таким, що прийняв спадщину, якщо він протягом шести місяців з дня відкриття спадщини не відмовився від неї. Отже, для прийняття спадщини законом встановлений шестимісячний строк. У випадку пропуску даного строку по поважних причинах він може бути продовжений. Для цього спадкоємець може звернутися в суд з позовною заявою про продовження строку прийняття спадщини.

При відмові від спадщини спадкоємець може звернутися в нотаріальну контору за місцем відкриття спадщини із заявою про відмову прийняття спадщини, що особливо стосується спадкоємців, які спільно проживали разом із спадкодавцем. Щодо інших спадкоємців, то прийнято вважати, якщо спадкоємець не здійснив ні однієї дії, направленої на прийняття спадщини, то він вважається таким, що відмовився від неї. Варто звернути увагу на те, що законодавець передбачив право спадкоємця відкликати свою відмову від спадщини, але лише протягом шести

місяців.

Відповідно до ст.1296 Цивільного кодексу України спадкоємець за законом має право звернутися в нотаріальну контору для отримання свідоцтва про право на спадщину. Свідоцтво про право на спадщину являється документом спадкоємця, який підтверджує право власності спадкоємця на одержане ним при спадкуванні майна.

Отже, можна зробити висновок про те, що коло прав спадкоємців за законом досить широке, але у ньому є певні прогалини і недосконалості, що потребують подальших наукових розвідок відповідно до законодавства України, а також досліджень міжнародної законодавчої практики з означеного питання.

1. Барцевський М.Ю. Если открылось наследство. – М.: Юрид. лит., 1989. – 182с.
2. Васильченко В.В. Участь публічно-правових утворень у відносинах з приводу набуття відумерлої спадщини // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. - №5. – с.46-60.
3. Драгневич Е.В. Наследование: по закону и по завещанию. – К.: Издатель Фурса С.Я., 2007. – 60 с.
4. Заїка Ю.О. Спадкове право в Україні: встановлення і розвиток: Монографія. 2-е вид. – К.: КНТ, 2007. 288с.
5. Омелькін В.М. Швидка юридична допомога. – Х., 2006. – 256с.
6. Ромовська З.В. Сімейний кодекс: погляд в майбутнє // Право України. – 2001. - №2. – с.58-66.
7. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Спадкове право. Теорія і практика. Навч. посібник. – К.: Атіка, 2002. – 496с.
8. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Т. 1. Загальна частина. – К: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – 520с.

Pitsyk K.Z.

Heir's Rights in Inheriting According to the Law

According to the law inheritance occurs when it is not changed by the testament. In this case inherited welfare is shared by the people named in the list of heirs in corresponding article of the Civil Code of Ukraine. These people are called legal heirs or legal circle of heirs. It should be mentioned here that the availability of the testament doesn't exclude the possibility of inheritance according to the law. This accentuates the importance of distinct definition of heir's right.

Key words: inheritance, inherit, heir, deviser, law, testament, right, duty, state.

ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИВАТНОЇ ОХОРОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

УДК 347

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Здійснення особистих немайнових прав фізичної особи, пов'язаних з забезпеченням недоторканості приватної сфери її життя, перебуває у органічній єдності з дотриманням принципів організації діяльності правоохоронних органів та визначених у законодавстві меж їхнього втручання у приватну сферу життя окремої особи. Таке втручання має бути достатньо обґрунтованим та допустимим лише в умовах виконання їхніх функцій по боротьбі з правопорушеннями та здійсненням правосуддя.

До сьогодні зберігається тенденція вирішувати проблеми забезпечення прав громадян у процесі провадження процесуальної діяльності відокремлено від процесів реформування приватних правових галузей, що, на нашу думку, є шкідливим та невиправданим. Не може бути двох правових ідеологій в межах однієї правової системи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які опирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується дана стаття. Рівень наукових досліджень сфери правового регулювання здійснення детективно-розшукових та приватно-охоронних послуг залишається у вітчизняній юридичній науці недостатньо адекватним потребам суспільної практики. Зазначене є характерним не лише для кримінально-процесуальної галузі, але й площині цивільного права. Лише у працях деяких дослідників порушуються гострі питання, присвячені способам провадження та повноваженням приватних охоронних та детективних структур. Серед авторів, які так чи інакше торкаються проблематики розшукової або охоронної діяльності, можна назвати: В.І.Бобрика, В.І.Курило, Н.В.Устименко, С.А.Шейфера.

У дисертаційному дослідженні, присвяченому правовому режиму окремих видів таємниць особистого життя людини, Н.В.Устименко запропонувала поняття цивільно-правової охорони особистого життя людини, тобто встановленої державою й законодавчо закріпленої системи заходів та способів, що забезпечують людині в рамках суспільного життя реальну можливість розпоряджатися своїми особистими правами і відгороджувати своє особисте життя від незаконних втручань [4, с.7-11].

У роботі В.І.Бобрика, присвяченій визначенню теоретичної моделі цивільно-правової охорони особистого життя, основну увагу приділено розумінню недоторканості і таємниці особистого життя, які традиційно в цивілістиці розглядають як засоби правової охорони особистого життя, а також обґрунтовано необхідність виділення з таємниці – конфіденційності інформації про особисте життя [1, с.6].

На жаль, сучасні дослідження практично не торкаються проблем діяльності охоронних підрозділів на підприємствах, значення та форми участі приватних розшукових установ у процесі розслідування кримінальних справ, не визначаються перспективи та обсяги повноважень розшукових та охоронних структур.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Спробуємо оцінити стан речей у сфері детективно-розшукових та приватно-охоронних відносин, чинне та перспективне законодавство щодо процесу здійснення комплексу особистих немайнових прав людини, пов'язаних з її недоторканістю, недоторканістю житла та іншого володіння, таємницею кореспонденції, а також запропонувати власні моделі провадження заходів у сфері забезпечення законності у процесі реалізації розшукової та охоронної діяльності.

Аналіз практичних пропозицій на ринку послуг детективного та охоронного характеру дозволяє нам виділити найбільш типові з них. Так, приватні детективи пропонують такий перелік заходів у сфері шлюбно-сімейних відносин, як: пошук осіб, на які поширюються аліментні зобов'язання; перевірка якості виконання обов'язків гувернантками, домогосподарками, особами, які здійснюють догляд за дітьми; надання допомоги батькам: спостереження за дитиною, встановлення її кола спілкування, аналіз поведінки підлітка з метою запобігання негативним наслідкам (втеча з дому, вчинення правопорушень, алкоголізм та наркоманія); перевірка достовірності оголошених особою відомостей щодо власного сімейного стану, встановлення біографічних та інших даних, які характеризують особу; перевірка даних, наданих особами, які звернулися в службу знайомств, у тому числі і через інформаційні ресурси в Інтернеті; встановлення та підтвердження факту подружньої зради з наданням фото-, аудіо-, відеозвітів, виявлення контактів особи, виїзд, за необхідності, за місцем її відпочинку або проведення ним заходів особистого характеру.

Не менш широким є перелік заходів у сфері цивільно-правових відносин та у сфері „внутрішньої корпоративної безпеки”: збір інформації про об'єкт зацікавленості: перевірка паспортних, біографічних даних, збір інформації з різних джерел; зовнішнє спостереження (автомобіль-

не або інше); фото-, відеоспостереження; виявлення фактів контрспостереження; перевірка приміщень або (та) автотранспорту на предмет розташування підслуховуючих пристроїв; розшук осіб, визнаних судом безвісно зниклими, боржників, шахраїв, осіб, які з інших причин переходяться від зацікавлених суб'єктів; розшук майна (у тому числі і з метою забезпечення виконання зобов'язань або з метою забезпечення позову); перевірка заявленого алібі або консультації з питань побудови алібі; встановлення інформації про абонента; допомога адвокатам (представникам у судочинстві) з метою збору інформації, перевірки даних; перевірка інформації щодо ділових партнерів, їх ділової репутації, виявлення можливого промислового шпигунства, вжиття конкурентами заходів недобросовісної конкуренції; перевірка кандидатів при прийомі на роботу, визначення їхнього стилю життя, перевірка зв'язків у державних структурах та конкуруючих фірмах, перевірка попередніх місць роботи, причин звільнення, дострокового розірвання контрактів; спостереження за співробітниками з метою запобігання або виявлення фактів шахрайства, викрадення майна, зловживання посадовим становищем, фактів ухилення від дій в інтересах роботодавця; збір інформації щодо певних установ через контрагентів (дилерів, постачальників); вивчення та складання аналітичних документів щодо фізичної особи або установ, підприємств, організацій з офіційних джерел (довідники, альманахи, ЗМІ, Інтернет, інші бази даних відкритого доступу); встановлення платоспроможності.

В цілому, приватна детективна діяльність здійснюється для розшуку, а охоронна для забезпечення захисту життя і здоров'я громадян; охорони майна власника, у тому числі і при його транспортуванні; проектування, монтаж та обслуговування засобів охоронно-пожежної сигналізації; консультування і підготовка рекомендацій клієнтам з питань правомірного захисту від протиправних посягань; забезпечення порядку у місцях проведення масових заходів.

Виникає питання: а яким чином врегульована діяльність у приватній сфері охорони та розшуку в Україні? Відповідь невтішна – жодним чином. На практиці в Україні зріс попит до охоронних та детективних послуг. Послуги з охорони власності та охорони громадян визначаються як вид господарської діяльності, який за своїм суб'єктним складом і змістом є цивільно-правовими зобов'язальними правовідносинами і здійснюється на підставі законодавчих та інших нормативно-правових актів або державних ліцензій на право надання послуг з охорони власності, крім окремих особливо важливих об'єктів права державної власності, та охорони громадян [2, с.17].

Сучасною формою здійснення охоронної діяльності передбаченої національним законодавством, є договір охорони, предметом якого є забезпечення особистої та (або) майнової безпеки особи, яку охороняють, та (або) володільця майна закріпленій у ст.978 ЦК України. Це єдина норма приватно-правового характеру у диспозиції якої є згадка про провадження охоронної діяльності.

Щоправда, існують декілька варіантів проектів відповідних законодавчих актів, серед них: проект Закону України „Про приватну детективну діяльність” (автор – народний депутат Ю. Кармазін) № 5237 від 05 квітня 2000 р., проект Закону України „Про приватну детективну діяльність” (автори – народні депутати В. Кафарський, О.Бандурка та В.Мойсик) № 5380 від 7 квітня 2004 р., проект Закону України „Про приватну детективну діяльність” (автори – народні депутати Ю.Кармазін, В.Онопенко та М.Онішук) № 5380-1 від 1 липня 2004 р., цей законопроект більшою мірою узгоджується із загальними положеннями та вимогами і, нарешті, останній – це проект Закону України „Про приватну детективну діяльність” №2120 від 25 лютого 2008 р. (автор – народний депутат В.Мойсик).

На жаль, жоден з них на сьогодні не отримав підтримки законотворчого органу, хоча на сьогодні фактично такий вид діяльності здійснюють як окремі фізичні, так і юридичні особи. Крім того, вони стосуються, першочергово, аспекту провадження детективних, а не комплексно розшуково-охоронних послуг.

Проблема правового регулювання охоронної діяльності охоплює не лише національний але й міжнародний рівень. На світовій арені охоронна діяльність здійснюється організаціями, що складаються з висококваліфікованих фахівців або військовослужбовців, звільнених у запас. Йдеться про спеціалізовані охоронні компанії, що виконують широкий спектр різних послуг – від створення воєнних доктрин до особистої участі у охороні майнових комплексів, вантажів.

Діяльність названих охоронних компаній багатостороння – аж до участі у доставлянні і розподілі міжнародної гуманітарної допомоги. Особливим суб'єктом надання військової допомоги виступають і спеціалізовані охоронні компанії. “Сучасні міжнародні охоронні компанії – відтворена форма найманських організацій минулого, – зазначає О.Наден, і продовжує, – але хоча за формою вони схожі на своїх попередників, нинішні охоронні компанії розробили нові способи діяльності, що відповідають потребам і структурам міжнародної системи держав, яка склалась у останнє десятиліття [3]. До числа таких великих охоронних формувань відносяться: південноафриканська фірма “Executive Outcomes”,

“Всесвітня організація безпеки”, агентство Sandline International, компанія Military Professional Resources Inc [3].

Останні події у берегах Сомалі зайвим чином підтверджують актуальність залучення озброєної приватної охорони до перевезення вантажів.

Що отримуємо у підсумку? Вітчизняна правова система лише знаходиться на стадії напрацювання необхідних правових норм. Проте, вже сьогодні необхідно законодавчо закріпити наступні принципи положення.

По-перше, це нормативне закріплення визначення поняття «приватна охоронна діяльність» (окремим законом або сегментом законодавчого акту, що має регулювати детективну діяльність) – як передбачену Законом підприємницьку діяльність фізичних та юридичних осіб, що являє собою систему охоронних заходів, спрямованих на забезпечення життя, здоров'я, недоторканності особи, що охороняється, її майна або інформації, що надається на договірній основі замовникам (фізичним та юридичним особам).

Ми вважаємо, що такий договір може передбачати рівень, форми, види охорони особи або майна і, що особливо важливо, ступінь та джерела загрози, охорону від негативного впливу яких бере на себе охоронець. Відповідно до ступеня загрози охоронець погоджується на певний рівень ризику, загрози або небезпеки для себе.

По-друге, постала необхідність у розробці типових правил проведення службового розслідування та меж повноважень охоронних підрозділів у приватній сфері. Ми пропонуємо використовувати категорію „корпоративного розслідування”, що може включати можливість проведення неофіційного корпоративного контролю (корпоративне прослуховування телефонних переговорів, моніторинг електронної пошти), огляду робочого місця (зовнішній візуальний та за умов дотримання розроблених процедур – проведення службою безпеки обшуку, виїмки та огляду робочого місця працівника, відмикання систем безпеки, розблокування електронних контрольних пристроїв), проведення опитування за участю психолога або з використанням засобів інструментальної діагностики емоційної напруги (тестування за допомогою поліграфа у приватноправовій сфері часто відбувається при укладанні трудового договору за ініціативою власника або уповноваженого ним органу і здійснюється, як правило, з метою “перевірки лояльності”. Крім того, роботодавця часто цікавить питання алкогольної або наркотичної залежності працівника, ставлення до азартних ігор, причина звільнення з попереднього місця роботи. Досить часто пропозиція пройти тестування на по-

ліграфі пов'язана з бажанням захистити велику фірму від проникнення до складу її працівників представників конкуруючого підприємства або осіб, пов'язаних з кримінальними структурами); вилучення та збереження біометричних зразків для забезпечення функціонування систем контролю доступу (щодо всіх зазначених дій є обов'язковою отримання попередньої згоди від працівника при прийомі на роботу).

По-третє, це законодавче закріплення імперативних принципів діяльності у сфері забезпечення корпоративної безпеки та діяльності відповідних служб. До таких, зокрема, ми відносимо: заборону провадити корпоративне розслідування щодо неповнолітніх; обов'язковість інформування правоохоронних органів при виявленні ознак вчиненого правопорушення з боку працівників; заборона використання гіпнозу та медичних препаратів для отримання інформації.

До числа важливих питань, які потребують свого врегулювання, необхідно також віднести: регламентація діяльності охоронних структур за кордонами держави, де вони були створені; організації міжнародних охоронних агентств; порядку утворення та функціонування картотек, колекцій та інших баз даних; організації діяльності „підготовчих центрів” та обов'язковість проведення перепідготовки детективів та, особливо, приватних охоронців (у тому числі і через процедури кваліфікаційних іспитів на зразок іспитів адвокатів або нотаріусів).

Важливим також є питання затримання правопорушників, осіб, які вчинили злочин, з боку приватних детективів та їх співпраця за правоохоронними підрозділами.

1. Бобрик В.І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб: автореферат на здобуття наук. ступеня кандидата юрид. наук: спец. 12.00.03 “Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / В.І.Бобрик. – Харків, 2004. – 21с.
2. Курило В.І. Організаційно-правові засади надання охоронних послуг. : автореферат на здобуття наук. ступеня кандидата юрид. наук: спец. 12.00.07 “Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право” / В.І. Курило. – Ірпінь, 2002. – С.17.
3. Наден О. Нові тенденції розвитку феномена найманства / О.Наден // Право України. – 2005. – №5. – С.120.
4. Устименко Н.В. Тасмниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона: автореферат на здобуття наук. ступеня кандидата юрид. наук: спец. 12.00.03 “Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / Н.В. Устименко/ - Харків, 2001. – 21с.
5. Шейфер С.А. Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу / С.А.Шейфер // Государство и право. - 1997. - №9. - С.57-63.

Punda O.

Private protective activities (the perspective of legal regulation)

The article is devoted to the problems of the perspective of the legal regulation of conducting the private protective, search and detective activities.

The wide perspectives of introducing the protective and detective activities in the sphere of labor, family and civil relations have been emphasized.

Key words: protective and detective activities, search, corporative security.

Федюк Л.В.

СТРУКТУРА ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ

УДК 347.121.2

В сучасному суспільстві зростає роль окремої людини, привілейоване значення займає її духовна сфера над матеріальною. Проголошені Конституцією України вимоги щодо верховенства права, гарантій прав і свобод людини, орієнтири на цінності та стандарти Європейського Союзу зобов'язує до безумовного дотримання невід'ємних прав і свобод людини, до неухильного підвищення рівня захисту особистих немайнових прав.

Сфера особистих немайнових прав часто ставала предметом для дискусій з приводу різноманітних проблем. Зокрема, даного питання торкалися такі науковці: Малеїна М.Н., Рясенцев В.А., Красицька Л.В., Малюга Л.В., Покровський І.А., Стефанчук М.О., Церковна А.О. та інші. Проте в їх дослідженнях немає висвітлення структури особистих немайнових прав.

Завданням даної наукової статті є дослідження структури особистих немайнових прав. Розглянувши систему особистих немайнових прав, можна віднайти шляхи і механізми, які допоможуть у вирішенні проблеми здійснення особистих немайнових прав, що й становить мету цього дослідження.

Приступимо до безпосереднього аналізу структури особистих немайнових прав. В рамках системи цивільного права особисті немайнові права будемо розглядати як підгалузь. В теорії права визначається, що підгалузь права – це складова частина галузі права, яка об'єднує норми права, що регулюють суспільні відносини певного виду [2;с.171]. Якщо говорити про підгалузь особистих немайнових прав, слід зазначити, що її структурними елементами являються інститути, які в свою чергу складаються з норм, які регламентують особисті немайнові права, та являються первинними елементами структури системи даних прав.

За предметом правового регулювання, беручи за основу Цивільний кодекс України, можемо поділяти підгалузь особистих немайнових прав на наступні інститути:

1) інститут особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи;

2) інститут особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття (інститут соціальних особистих немайнових прав);

3) інститут особистих немайнових прав інтелектуальної власності.

Інститут особистих немайнових прав інтелектуальної власності становлять норми, які регулюють відносини, пов'язані з авторством, винахідництвом, виконанням твору. Так, Цивільний кодекс України закріплює норми, які регламентують право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; право перешкоджати будь-якому посяганням на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі, репутації творця об'єкта та інші. Варто зазначити, що інститут особистих немайнових прав інтелектуальної власності складає сукупність елементів, що пов'язані з немайновою сферою прав, які надаються особі відносно літературних, художніх творів, комп'ютерних програм, баз даних, виконань фонограм, відеограм, передач організацій мовлення, наукових відкриттів, винаходів, корисних моделей, промислових зв'язків, топографії інтегральних мікросхем, раціоналізаторських пропозицій, сортів рослин, порід тварин, фірмових найменувань, торгівельних марок, географічних значень, комерційної таємниці.

Переходячи до аналізу інституту соціальних особистих немайнових прав, варто відмітити, що він не є зовсім новим для цивільного права, оскільки цивільне законодавство здійснювало охорону та регулювання деяких з них. Проте через малу кількість присвячених їм правових норм мало хто наважився б визнати його окремим інститутом цивільного права. На сьогодні ж картина радикально змінилась – Цивільний кодекс присвячує їм цілу главу 22, в якій знаходить своє закріплення чимала кількість нових для цивільного закону особистих немайнових прав: на особисте життя та його таємницю, на індивідуальність, на вибір роду занять, на свободу пересування тощо.

Тепер з'ясуємо, які особливості інституту соціальних особистих немайнових прав. Інститут даних прав має соціальну цінність особи, як суб'єкта суспільних відносин та виявляються в індивідуальних якостях людини, але крім того деякі з цих прав можуть належати і юридичним особам. Соціальні властивості відображають суспільно-історичні риси, набуті людиною у процесі історичного розвитку суспільства, історичних змін соціально-економічних основ життя [7;с.14]. Особливістю цієї групи прав є те, що співпадають їх моменти виникнення та реалізації [10;с.44-45].

Соціальні особисті немайнові права забезпечують існування людини як соціальної істоти, виділяють її з поміж інших, індивідуалізують, визначають її автономність, соціальну цінність і вагомість в соціумі як його складової [5;с.90]. Дані права забезпечують соціальне буття людини як автономної, індивідуально само оцінної складової соціуму, вони виникають з приводу благ, у зв'язку з її місцем, цінністю в суспільстві, як істоти соціальної. Саме наявність і гарантії цих прав, є першою ознакою юридичної самостійності, автономності окремої особистості і означають звільнення особи від тотальності суспільства, визнання її самоцінності, значимості і досягнення справжньої свободи, що є найвищим проявом справедливості [5;с.181].

Термін “соціальний” не збігається зі значенням слова “суспільний”, яке вживають деякі автори, говорячи про дану групу прав. Ці права мають відповідати як інтересам суспільства, так і особистим інтересам індивіда, які хоч і відрізняються від суспільних, але не суперечать останнім. Повинно бути оптимальне поєднання, об'єктивним критерієм якого є збереження інтересів суспільства і разом з тим збереження здатності людини до самовираження й розвитку, а основною тенденцією цієї ідеї є поступове згладжування суперечностей між особистими та суспільними інтересами [11;с.11]. Соціальне особисте немайнове право, з одного боку свідчить про значущість людини для суспільства з точки зору її моральних, духовних, фізичних якостей, тобто значущість індивіда як людини та представника людства, не дивлячись на її належність до тієї чи іншої соціальної спільноти, групи і становища в суспільстві; з іншого - про особистісну значущість для особи її моральних, духовних, фізичних якостей незалежно від соціальної належності до тієї чи іншої спільноти людей і становища в суспільстві, про усвідомлення і відчуття цієї значущості [11;с.13].

Як бачимо, характеристика соціальних особистих немайнових прав різнобарвна, але чіткої межі між цим інститутом та правами, що забезпечують природне існування особи, встановити не можна, оскільки ознаки, які властиві одній групі прав можуть проявлятися і в особистих немайнових правах, які відносяться до останньої групи. Чітке розмежування даних двох інститутів встановлює лише цивільне законодавство. Так, Цивільний кодекс присвячує дві окремі глави, які фактично збігаються з виділеними нами інститутами: 1) особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття; 2) права, які забезпечують природне існування фізичної особи.

Останній інститут для цивільного закону є новим, оскільки раніше не закріплювалось в ньому ні право на життя, ні право на охорону

здоров'я, ні інші зазначені в главі 21 Цивільного кодексу України права. Варто сказати, що й у науці даний інститут не є достатньо висвітленим, не багато цивілістів присвячували дослідженню даних прав свою працю, але все-таки деяка характеристика про них існувала і в минулі часи.

У дослідженні В.А.Рясенцева говориться, що права на здоров'я, на недоторканість особи є немайновими благами, невіддільними від особистості людини [8;с.26]. Хоча дана характеристика є досить стислою і благами виступають самі життя та недоторканість, а не права на них, вона свідчить про те, що вже давно цивілісти прагнули підвести права, що забезпечують природне існування людини під сферу цивільного регулювання. Часткову характеристику таких прав здійснюють і інші вчені.

Трохи пізніше вже М.Н.Малєїна присвячує більше уваги даному типу прав. Вона досліджує право на життя, право на здоров'я, право на здорове навколишнє середовище, а їх об'єднання називає правами, які забезпечують фізичне благополуччя особи [4;с.20-42]. Колись І.А.Покровський говорив, що охорона самих елементарних благ, таких як життя, тілесної недоторканості, свободи - це перше, чого потребує людина. До цього додає, що вже в самий момент появи людина набуває право на захист цих благ, оскільки вони являються природними і впливають з самої якості людини [6;с.121-122]. Проте, як зазначав С.С.Алексєєв, саме по собі природне право не може виконати функції, які властиві позитивному праву, а саме виступати в якості регулятора поведінки людей [1;с.420], тому ці права повинні були стати предметом регулювання, знайти своє відображення в законі, що на сьогодні вже здійснилось.

В сучасних наукових статтях зустрічається якісна характеристика природних особистих немайнових прав. М.О.Стефанчук визначає, що особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи, є пріоритетними по відношенню до інших. Ці права не мають об'єктивно встановлених законодавством меж, що свідчить про їх абсолютність [9;с.88-89]. Абсолютність цих прав пояснюється не наявністю чи відсутністю меж, а тим, що ними володіють всі особи, точніше, невідзначене коло осіб. Крім того, межі в даного виду прав усе ж таки є, адже можливості однієї особи закінчуються там, де вони пересікаються з правами іншої особи, а точніше перешкоджають їх законному здійсненню.

Л.В.Красицька в своїй дисертації, яка присвячена правам на життя, здоров'я, свободу і особисту недоторканість, вона приходить до висновку, що їхня суть полягає в наступному: 1) вони належать людині внаслідок народження і є природними правами; 2) відносно них не допуска-

ється правонаступництво, тому що людина володіє ними довічно; 3) дані права зовсім позбавлені економічного змісту, їм властива така якість, як нетоварність; 4) вони тісно пов'язані з особистістю та індивідуалізують особу; 5) гарантуються з боку держави посиленними засобами [3;с.7].

Звичайно ж, заперечувати той факт, що дійсно особисті немайнові права, які забезпечують природне існування мають вищезазначені властивості, немає сенсу, бо це дійсно так. Але варто звернути увагу на те, що дані ознаки можуть бути застосовані при характеристиці особистих немайнових прав, які забезпечують соціальне існування людини. Тобто названі риси є характерними для одного і другого інститутів особистих немайнових прав.

Проте особливості інституту особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини все ж таки існують. Полягають вони в тому, що дані права властиві людині в силу самого факту її існування, якщо не буде особа мати такі права, то не буде її самої, адже, наприклад, відсутність життя людини свідчить про те, що її як такої не існує. Будуючи інститут природних особистих немайнових прав, в основу покладено саме право на життя. Решта прав цієї групи тісно зв'язані з самим життям людини. Дані права надають можливість людині самого фізичного існування, на існування її не як соціального суб'єкта, а як фізичного.

Таким чином, структура особистих немайнових прав, які є підгалуззю цивільного права, має наступний поділ: інститут особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи; інститут особистих немайнових прав, що забезпечують соціальне буття; інститут особистих немайнових прав інтелектуальної власності. В свою чергу дані інститути складаються з норм права, які закріплюють кожне з цих прав зокрема, що може слугувати новим етапом для подальших досліджень цього питання.

1. Алексеев С.С. Право: азбука-теория, философия: Опыт комплексного исследования. – М.: “Статут”, 1999. – 712с.
2. Загальна теорія держави і права / За ред. акад. АПрН України, докт. юр. наук, проф. В.В. Копейчикова. – К.: Юрінком, 1997. – 320с.
3. Красицька Л.В. Право громадян України на життя, здоров'я, свободу і особисту недоторканість: Дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. / Університет внутрішніх справ МВС України. – Харків, 1999. – 197с.
4. Малейна М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан (Пособие для слушателей народных университетов). – М.: Знание, 1991. – 128с.
5. Малюга Л.В. Особисті немайнові права фізичних осіб в цивільному праві: теоретичні основи та проблеми правового забезпечення: Дис. ... канд. юр.

наук: 12.00.03. / НАН України; Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. – К., 2004. – 202с.

6. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, СТЕРЕОТИП. – Класика российской цивилистики. – М.: “Статут”, – 2001. – 354с.
7. Пунда О. Система немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи у законодавстві України. // Підприємництво, господарство і право. – 2003, № 9. – С.14-17.
8. Рясенцев В. Неимущественный интерес в советском гражданском праве. / Учёные записки Московского юридического института. Выпуск I. – М., 1939. – С.24-27.
9. Стефанчук М.О. Обмеження особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування особи. // Вісник ХІРУП. – 2002, № 2. – С.88-90. Устищенко Н.В. Тайны личной жизни человека и их гражданско-правовая охрана: Дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. / Национальная юридическая академия Украины им. Я.Мудрого. – Харьков, 2001. – 204с.
10. Церковна А.О. Гідність і честь у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд.юр. наук: 12.00.03. / Київський національний університет ім. Т.Шевченка. – К., 2003. – 23с.
11. Церковна А.О. Гідність і честь у цивільному праві України: Автореф. дис. ... канд.юр. наук: 12.00.03. / Київський національний університет ім. Т.Шевченка. – К., 2003. – 23с.

Fedyuk L.V.

Тру structure of personal non-property rights

The article is dedicated to the problems of the non-property rights system. This question has become especially important with adapting of the Civil Code of Ukraine. The structure of this rights have tree components – institutes of non-property rights.

Key words: personal non-property rights; system; structure.

Фіс І. П.

ДО ПИТАННЯ ПРО ФУНКЦІЇ НОТАРІАТУ

УДК 347

Серед багатьох органів країни, які здійснюють свою діяльність у правозастосовчій сфері, нотаріат посідає відокремлене становище. Одразу слід зауважити, що в умовах існування соціалістичної системи цей орган знаходився «на узбіччі» суспільного життя, оскільки відсутність ринку не визначала потреби у його розвитку. Нотаріуси переважно займались спадковими справами, посвідчували доручення, копії офіційних документів, справжність підписів і т. ін.

Докорінні зміни у суспільно-політичній та економічній ситуаціях в Україні, які відбулись в останні десятиріччя, реформа цивільного, господарського, сімейного законодавств значно розширили сферу діяльності нотаріату, обсяги нотаріальної діяльності. Нормативний акт, який регулює діяльність нотаріату Закон України «Про нотаріат», був прийнятий

ще у 1993 р. Звичайно, що він не регулює у достатній мірі всі сторони діяльності цього інституту і повинен бути замінений на новий, що регулює функціонування цього інституту, ліквідує прогалини у правовому регулюванні, які містяться у чинному законі. У Верховну Раду України в останні роки подавалось декілька законопроектів з цього приводу, однак, на жаль, вони так і залишились проектами.

Вбачається, що прийняттю нового закону, у першу чергу, повинно передувати наукове обґрунтування теоретичних засад організації побудови та діяльності нотаріату, визначення фундаменту, на якому він має бути побудований. Одразу слід зазначити, що у національній науковій літературі практично відсутні розробки, які присвячені аналізу теоретико-правових засад організації діяльності нотаріату в Україні. Окремі питання досліджувались паралельно з аналізом питань нотаріального процесу в працях фахівців у галузі цивільного права і процесу.

Якщо ж сконцентрувати увагу виключно на теоретико-правовому аспекті проблеми, то одним з перших питань, на які необхідно дати відповідь, без сумніву, є питання про *функції нотаріату*. Від правильної відповіді на нього залежатиме визначення місця нотаріату в системі органів держави, законодавче закріплення обсягів повноважень нотаріусів.

Питання про функції нотаріату неодноразово знаходилося в центрі уваги як вітчизняний так і зарубіжних дослідників. Воно розглядалось в працях В.В. Баранкова, Д.В. Бобрової, В.В. Комарова, С.Г. Пасічника, Д.К. Радзівської, Г.Г. Черемних, І.Г. Черемних, С.Я. Фурси, Є.І. Фурси та ін. Однак, незважаючи на велику кількість досліджень, єдності в оцінках не досягнуто. Висловлюються різноманітні, часто суперечливі, погляди та оцінки змісту функцій нотаріату.

Автори підручника «Цивільне процесуальне право» за редакцією В. В. Комарова, визначаючи функцію нотаріату, виходять з головного його завдання, яку автори вбачають у здійсненні несудового захисту прав та охоронюваних законом інтересів громадян, юридичних осіб та держави [8. с. 526-527].

С. Я. Фурса та Є. І. Фурса, аналізуючи проблеми, приходять до висновку, що «основною функцією нотаріату при здійсненні правоохоронної функції є «регулювання нотаріусом прав на стадії їх реалізації» [7. с. 12]. При цьому автори виходять з того, що нотаріат належить до *правоохоронних органів* [7. с.7]. Цей висновок автори зробили на підставі аналізу норм ЦК та ЦПК попередніх редакцій. Але і тоді і зараз з цією позицією не можна погодитись. Міркування з цього приводу будуть наведені нижче.

І. Г. Черемних вважає, що основною функцією нотаріату є «надання

кваліфікованої юридичної допомоги» [10. с. 51].

Одночасно у навчальному посібнику «Нотаріальне право Російської Федерації», виданому у співавторстві з жорстві з Г.Г. Черемних, автори детально розглядають функції нотаріату, диференціюючи їх залежно від джерела: ті, що витікають з публічно-правового характеру нотаріальної діяльності, та ті, що витікають з приватноправового характеру діяльності нотаріату [9. с.17-27].

Це основні підходи до визначення функцій нотаріату. Спробуємо більш детально їх проаналізувати. Але спочатку треба визначитись зі змістом *захисної та охоронної діяльності*.

Згідно «Нового тлумачного словника української мови», *захист* - це «охорона, заступництво, підтримка» [4. с.110]. Термін *охорона* у словнику відсутній, але аналіз терміну *охороняти* дозволяє визначити цю діяльність як: *оберегання від руйнування, знищення, завдання шкоди, захист від чого-небудь* [5. с.170]. Схожим чином визначає ці терміни і «Толковий словарь живого русского языка» Вол. Даля [1. с. 668; 2. с.774].

Як наочно видно, з філологічної точки зору різниці між цими термінами практично не існує. Звичайно, що на рівні фахівців можна домовитись про змістовне їх насичення і відокремлення одного від другого.

Не існує і нормативного визначення понять *правоохоронна* та *правозахисна* діяльність. Це питання неодноразово дискутувалось у юридичній літературі, однак до єдиного знаменника прийти не вдалось.

Вбачається, що *правоохоронна діяльність* - це діяльність спрямована на *недопущення порушення правоохоронюваних прав особи*. Тоді як правовий захист пов'язаний із відновленням порушених прав особи.

Однак, правоохоронна діяльність пов'язана із вчиненням специфічних актів спеціальними уповноваженими на те органами. Перелік цих органів, на жаль, не закріплений на нормативному рівні. Проте, можна погодитись із позицією авторів Науково-практичного коментаря Кримінального кодексу України за редакцією М. І. Мельника та І. Хавронюка, які визначають критерії віднесення до цієї групи тих органів, які «... беруть безпосередню участь у : а) розгляді судових справ у всіх інстанціях; б) провадженні і розслідуванні кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення; в) оперативно-розшуковій діяльності; г) охороні громадського порядку та громадської безпеки; д) виконанні вироків, рішень, ухвал і постанов судів, постанов органів дізнання і досудового слідства; е) контролі за переміщенням людей, транспортних засобів, товарів та інших предметів чи речовин через державний і митний кордони України; є) нагляді і контролі за виконанням законів.» [3.

с. 798]. Виходячи з цього, до правоохоронних органів автори коментарю справедливо відносять органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, митної служби, охорони державного кордону, державної податкової служби, виконання покарань, державної контрольно-ревізійної служб, рибоохорони, державної лісової охорони, антимонопольного комітету [Там само]. Таким чином, нотаріат жодним чином не може бути віднесений до правоохоронних органів.

Питання про віднесення нотаріату до правозахисних органів вирішено на законодавчому рівні, оскільки ст. 18 ЦК України прямо визначає сферу захисної діяльності нотаріату при вчиненні виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку передбаченому законом. Саме у цьому випадку, офіційно визначаючи безспірність факту, нотаріус відкриває можливість для відновлення порушеного права чим здійснює його захист. Погоджуючись із таким законодавчим підходом, тим не менш, хотілось би висловити здивування не включенням у диспозицію ст. 18 ЦК такої нотаріальної дії як протест векселя, яка за змістом і наслідками ідентична вчиненню виконавчого напису.

Що ж слід визнати основною функцією нотаріату? У першу чергу, необхідно визначитись із самим поняттям «функція»? Знов звернемось до тлумачного словника, який зазначає: «Функція – робота кого-, чого-небудь, обов'язок, коло діяльності чогось ...» [6. с.707].

Основна функція нотаріату в Україні чітко визначена у ст. 1 Закону України «Про нотаріат», яка закріплює, що на нотаріат «покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії передбачені цим Законом з метою надання їм юридичної вірогідності».

Однак, це основна функція, яка не виключає і комплексу інших, вторинних функцій, які виконує нотаріат.

Як вже зазначалось вище, російські вчені Г. Г. та І. Г. Черемних структурували систему принципів нотаріату залежно від того, чи витікають вони з публічно-правового, чи з приватноправового характеру діяльності нотаріату. Такий підхід вбачається продуктивним, але не єдиним можливим.

Виходячи з ступеня важливості, функції нотаріату можуть бути класифіковані на *основні* та *вторинні*.

З цією класифікацією до *основних функцій* нотаріату належить:

- *посвідчення прав та фактів, які мають юридичне значення;*

- *вчинення нотаріальних дій з метою надання їм юридичної вірогідності.*

Те, що ці функції належать до основних, прямо витікає із ст. 1 Закону.

Проте, вбачається, що цей перелік повинен бути доповнений і функцією захисту прав та законних інтересів суб'єктів цивільних правовідносин у порядку та обсязі визначених чинним законодавством.

Аналіз Закону дає підстави стверджувати, що він визначає і інші функції нотаріату. Вони визначені через обов'язки нотаріуса, які закріплені у ст.5 Закону. До них належать:

-1- *сприяння громадянам, підприємствам, установам і організаціям у здійсненні їх прав і захисті законних інтересів;*

-2- *консультації з правових питань.*

Можна стверджувати, що *функціональну сутність нотаріату утворює вся сукупність дій, які має право вчиняти нотаріус.*

Звичайно, що найважливіша сторона функціональної сутності діяльності нотаріуса пов'язана із фіксацією виникнення, зміни або припинення в особи-учасника правовідносин суб'єктивних прав. Як загальновідомо, джерелом виникнення, зміни та припинення суб'єктивних прав особи є волевиявлення суб'єкта правовідносин. Значна кількість дій, що вчиняються сьогодні суб'єктами правовідносин вимагає нотаріального посвідчення. Їх кількість постійно зростає, а отже зростає потреба у кваліфікованій нотаріальній діяльності. У ситуаціях можливого порушення і оспорування прав особи, ця функціональна суть нотаріату набуває особливого значення.

Одночасно існують ситуації, при яких виникає потреба у кваліфікованій нотаріальній допомозі в ситуаціях не пов'язаних із виникненням, зміною або припиненням суб'єктивних прав. Маються на увазі випадки, коли нотаріуси виконанням своїх функцій, надають допомогу особам при наявності обставин, що перешкоджають повноцінній реалізації особами власних прав. Йдеться про випадки використання нотаріальної допомоги у передачі заяв, що містять юридично значущі відомості, прийнятті на зберігання відповідних документів (наприклад, творів), що у подальшому у ситуації оспорування може підтвердити право особи (наприклад авторське право) та т. ін. Виникнення, зміна або припинення суб'єктивних прав у цій ситуації не відбувається, однак юридична допомога надається.

1. Вл. Даль. толковый словарь живого русского языка. Т.2. – М.: Русский язык.- 1981.

2. Вл. Даль. толковый словарь живого русского языка. Т.3. – М.: Русский язык.- 1981.

3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За редакцією М. І. Мельника та М. І. Хавронюка. 3 видання. – К.: АТІКА. – 2005.

4. Новий тлумачний словник української мови. Т.2. – К.: Аканіт. – 1998.

5. Новий тлумачний словник української мови. Т.3. – К.: Аканіт. – 1998.

6. Новий тлумачний словник української мови. Т.4. – К.: Аканіт. – 1998.
7. С.Я Фурса, Є.І. Фурса. Нотаріат в Україні. Теорія і практика. – К.: А.С.К., 2001
8. Цивільно-процесуальне право / за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 1999.
9. Черемных Г.Г., Черемных И.Г. Нотариальное право Российской Федерации. – М.: Эксмо - 2006.
10. Черемных И. Г. Теоретические основы независимого нотариата России. – М.: Буквоед, 2006.

Fris I.P.

To the question of the notary functions

The article examines the questions of the functional essence of Ukrainian notary institute, approaches of national and foreign authors to this question are analyzed, the author's own view is suggested.

Key words: notary, notary office, the functions of the notary, subjective rights.

ПРОБЛЕМИ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА

Багай Н.О.

ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ПРО ОХОРОНУ ЗЕМЕЛЬ: ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ

УДК 349.41

Необхідною передумовою забезпечення екологічної безпеки є планомірний, науково обґрунтований розвиток законодавства про охорону навколишнього природного середовища та окремих природних об'єктів. Під час парламентських слухань «Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні» було відзначено, що недостатньо реалізовується одне з головних завдань земельної реформи - раціональне використання та охорона земель, роботи щодо раціоналізації землекористування та охорони земель проводяться досить повільно, і як результат - деградація ґрунтового покриву деяких територій досягла критичного стану [5]. Тому особливо важливим завданням на сьогодні є належне законодавче забезпечення охорони земель як центрального об'єкта екосистеми.

Теоретичні і практичні проблеми розвитку законодавства про охорону земель досліджувалися багатьма представниками еколого-правової, земельно-правової та аграрно-правової науки України. Йдеться, зокрема, про праці В.Л.Мунтяна, Ю.С.Шемшученка, В.І.Андрейцева, Н.І.Титової, М.В.Шульги, П.Ф.Кулинич, В.В.Носіка та інших учених.

Проте з прийняттям нового Земельного кодексу (ЗК) України [3], а згодом Законів України «Про охорону земель» [13], «Про державний контроль за використанням і охороною земель» [6], інших нормативно-правових актів виникли нові практичні проблеми, що потребують невідкладного вирішення. Це зумовлено, насамперед, наявністю в ЗК України та Законі України «Про охорону земель» значної кількості відсилочних правових норм, які, в свою чергу, визначають нові напрями майбутньої правотворчої діяльності державних органів.

У зв'язку з цим, метою статті є з'ясування окремих проблем сучасного законодавчого забезпечення охорони земель і виявлення основних напрямів подальшого розвитку земельного законодавства України в цій частині.

Основними нормативно-правовими актами, що на сьогодні регулюють відносини щодо охорони земель, є ЗК України, Закони України «Про охорону навколишнього природного середовища» [13], «Про охорону

земель» [12], «Про державний контроль за використанням і охороною земель» [6], «Про меліорацію земель» [9], «Про землеустрій» [8], «Про державну експертизу землепорядної документації» [7] та інші.

ЗК України, прийнятий 25 жовтня 2001 р., дещо розширив межі правового регулювання відносин щодо охорони земель, порівняно з ЗК України від 18 грудня 1990 р. в редакції від 13 березня 1992 р. [4]. Так, якщо ЗК України від 18 грудня 1990 р. містив лише 6 статей щодо охорони земель (розділ III, ст.ст.82-87), то у новому ЗК України від 25 жовтня 2001 р. вміщено вже 11 статей, об'єднаних у 3 глави в рамках розділу IV «Охорона земель». При цьому норми кодифікованого акту земельного законодавства присвячені як визначенню завдань, змісту та порядку охорони земель, так і встановленню загальних положень щодо охорони техногенно забруднених земель, консервації земель тощо. Важливе значення має, зокрема, включення до ЗК України законодавчих визначень понять: «техногенно забруднених земель», «деградованих земель», «малопродуктивних земель», встановлення основних засад рекультивациі, консервації земель тощо.

Одночасно слід зазначити, що представниками аграрно-правової науки (В.І.Андрейцевим [1, с.35, 71], Н.І.Титовою [14]) ще в період розробки нового ЗК України обґрунтовувалося положення про те, що норми щодо охорони земель повинні міститися в кодифікованому акті земельного законодавства. Не дивлячись на це, у ЗК України вміщено відсилочну норму про те, що порядок охорони земель встановлюється законом (ч.2 ст.164 ЗК України). Крім того, лише у розділі IV ЗК України вміщено ще 4 відсилочних норми (ч.2 ст.165, ч. 3 ст.169, ч.2 ст.170, ч.4 ст.172 ЗК України). Така ситуація призвела до того, що норми ЗК України щодо охорони земель довгий час не мали практичного застосування через відсутність законодавчо встановленого механізму їх реалізації.

Як вірно відзначила Н.І.Титова, «поширена практика прийняття окремих земельних законів з регламентації відносин, зміст яких має бути правовою матерією кодексу, негативно позначається на правозастосовчій практиці» [15, с.77].

Відповідно до ч.2 ст.164, п.4 розділу IX «Прикінцеві положення» ЗК України 17 червня 2002 р. Кабінетом Міністрів України було подано до Верховної Ради України проект Закону України «Про охорону земель», а 30 грудня 2002 – проект Закону України «Про державний контроль за використанням і охороною земель». Проте зазначені Закони були прийняті аж 19 червня 2003 р., тобто через 1,5 року після набрання чинності ЗК України.

При цьому прийнятий Закон України «Про охорону земель» містить

близько 20 відсилочних норм і передбачає прийняття більше 10 нових нормативно-правових актів різної юридичної сили (більшість з них до цього часу ще не прийняті). Враховуючи викладене, надалі законодавче забезпечення охорони земель здійснюватиметься за допомогою великої кількості нормативно-правових актів різної юридичної сили, що негативно відобразатиметься на ефективності правового регулювання земельних відносин.

Одним із основних напрямів подальшої правотворчої діяльності державних органів є прийняття передбаченої ч.2 ст.24, п. п. 2, 3 «Перехідних положень» Закону України «Про охорону земель» Загальнодержавної програми використання та охорони земель.

Необхідно зазначити, що значно раніше розпорядженням Президента України від 17 лютого 1996 р. № 34/96-рп «Про Національну програму охорони земель на 1996—2005 роки» [11] було визнано за необхідне розробити Національну програму охорони земель на 1996-2005 роки, утворено Комісію з розроблення проекту Національної програми та зобов'язано її подати у двомісячний строк на розгляд Кабінету Міністрів України проект Національної програми. На жаль, така програма так і не була затверджена на державному рівні.

5 липня 2004 р. до Верховної Ради Кабінетом Міністрів України подано законопроект №5755 «Про Загальнодержавну програму використання та охорони земель». Зазначеним законопроектом було визначено основні напрями законотворчої діяльності у сфері регулювання земельних відносин. Зокрема передбачалася розробка та прийняття законів з питань використання земель природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення, земель оздоровчого призначення, рекреаційного призначення, історико-культурного призначення, земель промисловості, водного фонду тощо. Вагомим положенням проекту Загальнодержавної програми використання та охорони земель стало визнання необхідності врегулювання на законодавчому рівні порядку використання техногенно забруднених земель та відносин щодо економічного стимулювання з використання та охорони земель.

Слід зазначити також, що 5 липня 2004 р. (одночасно із законопроектом «Про Загальнодержавну програму використання та охорони земель») до Верховної Ради України було подано також проект закону за №5754 «Про національну програму охорони родючості ґрунтів», необхідність прийняття якого визначена п.2 «Перехідних положень» Закону України «Про охорону земель». І хоча суб'єктом законодавчої ініціативи в обох випадках був один і той же державний орган – Кабінет Міністрів України, зазначені законопроекти не були узгодженими між собою. Зо-

крема, якщо Загальнодержавною програмою використання та охорони земель передбачалося два етапи її виконання, то Національну програму охорони родючості ґрунтів планувалося виконувати у три етапи. Певна невідповідність існувала й у визначенні основних напрямів нормативно-правового регулювання земельних відносин та ін. Недостатня узгодженість проектів зазначених програм зумовлена, на наш погляд, і тим, що розробниками зазначених програм були різні органи: Державний комітет земельних ресурсів України щодо Загальнодержавної програми використання і охорони земель; Міністерство аграрної політики України та Українська академія аграрних наук щодо Національної програми охорони родючості ґрунтів. Відсутність належної співпраці між авторами зазначених законопроектів у період їх розробки відобразилася, очевидно, й на змісті відповідних програм.

Як нами зазначалося, ще в квітні 2004 р. на Міжрегіональній науково-практичній конференції «Забезпечення екологічної безпеки – обов'язок Української держави», зазначені програми повинні не лише взаємоузгоджуватись і доповнювати одна одну, але й бути складовими єдиного нормативно-правового акту, адже реалізація заходів з охорони родючості ґрунтів є однією з основних передумов забезпечення раціонального використання і охорони земель [2, с.139].

У листопаді 2004 р. проекти законів України про Загальнодержавну програму використання та охорони земель (реєстраційний N 5755) та про Національну програму охорони родючості ґрунтів (реєстраційний N 5754) були подані Кабінетом Міністрів України на розгляд Верховної Ради. Проте Верховною Радою України зазначені законопроекти були направлені на повторне перше читання. При цьому Кабінету Міністрів України було доручено об'єднати їх та внести на розгляд Верховної Ради України у повторному першому читанні як єдиний законопроект [10].

Відповідно до рекомендацій парламентських слухань «Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні» Кабінет Міністрів України було зобов'язано до 1 січня 2006 року подати на розгляд Верховної Ради України проект Загальнодержавної програми використання та охорони земель» [5]. Проте така Загальнодержавна програма до цього часу не прийнята.

23 жовтня 2008 року у Верховній Раді України зареєстровано законопроект (реєстраційний №3310) «Про Загальнодержавну програму використання та охорони земель», який, будемо сподіватися, Верховна Рада розгляне впродовж 2009 року.

Запізніла розробка зазначених програм негативно позначається як на розвитку законодавства про охорону земель, так і на реалізації приро-

доохоронних заходів у сфері землекористування. Доцільно було їх затвердити ще на початку 1990-х років (на першому етапі реформування земельних відносин), адже охорона земель - основне завдання земельної реформи.

Тому слід констатувати, що питанням створення належних умов для раціонального використання земель, відтворення родючості ґрунтів і запровадження екологічно збалансованого землекористування довгий час не приділялося належної уваги.

Загалом, істотним недоліком розвитку законодавства про охорону земель є відсутність єдиної державної політики у сфері правового регулювання земельних відносин. Це проявляється, зокрема, у визначенні основних напрямів правотворчої діяльності державних органів.

Так, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2001 р. №446-р було затверджено Заходи щодо реалізації Основних напрямів земельної реформи на 2001 – 2005 роки. Зазначеним нормативним актом, зокрема передбачалися розробка і прийняття у 2001-2002 р. р. закону про консервацію земель (п. п. «б» п.33). Тепер Законом України «Про охорону земель» визначено, що «порядок консервації земель встановлюється законодавством України» (ч.4 ст.51 Закону).

У зв'язку з цим сьогодні діє наказ Держкомзему України №175 від 17 жовтня 2002 р. «Про порядок консервації земель», а п. п. «б» п.33 Заходів щодо реалізації Основних напрямів земельної реформи на 2001 – 2005 роки в частині прийняття акта вищої юридичної сили про консервацію земель залишився невиконаним. Принагідно слід зазначити, що діючий Порядок консервації земель надзвичайно ускладнений: передбачає сім етапів, тривалість більшості з яких не визначена в часі. Тому практично з моменту подання заяви власником землі чи землекористувачем про консервацію земель і до часу реалізації проекту консервації мине щонайменше півроку.

Таким чином, сучасний період розвитку земельного законодавства України характеризується активізацією процесу нормативно-правових актів з питань охорони земель. Цей процес тісно пов'язаний з екологізацією та іншими нормаами земельного права України.

Проте, запізніле прийняття основних нормативно-правових актів з питань охорони земель негативно позначилося на реалізації заходів щодо реформування земельних відносин в Україні. Істотним недоліком сучасного етапу розвитку законодавства про охорону земель є також відсутність загальнодержавної програми використання та охорони земель.

Оскільки, ані ЗК України, ані Закон України «Про охорону земель», на жаль, не забезпечують на сьогодні вичерпного правового регулю-

вання суспільних відносин у сфері охорони земель, зараз відбувається процес розробки та прийняття багатьох нормативно-правових актів, покликаних визначити механізм реалізації основних норм Закону України «Про охорону земель». Така недосконалість розділу IV ЗК України та Закону України «Про охорону земель» зумовить у подальшому зайві нашарування нормативно-правових актів різної юридичної сили, присвячених окремим питанням охорони земель.

У зв'язку з цим існує потреба у вдосконаленні законодавчого забезпечення охорони земель шляхом заповнення існуючих прогалин у правовому регулюванні зазначених відносин, позбавленні зайвих нашарувань і суперечностей між нормативно-правовими актами з питань охорони земель, їх належної систематизації. Слід погодитися з Н.І.Титовою в тому, що ЗК України «згодом повинен бути радикально доповнений з тим, щоб це був основний нормативно-правовий акт з усіх земельно-правових відносин» [15, с.77].

У даній статті розглянуто лише окремі проблеми сучасного розвитку законодавства про охорону земель. Між тим, усунення колізій між нормативно-правовими актами земельного, екологічного та інших галузей законодавства, позбавлення зайвих нашарувань та подальша систематизація нормативно-правових актів про охорону земель можливі лише за умови подальшого виявлення та глибокого аналізу існуючих проблем і суперечностей у цій площині та наукового обґрунтування шляхів їх вирішення.

1. Андрейцев В.І. Правові засади земельної реформи і приватизації земель в Україні [Навчально-практичний посібник] / В.І. Андрейцев – К.: Істина, 1999. – 320 с.
2. Багай Н.О. Розвиток законодавства про охорону земель: проблеми і перспективи / Н.О.Багай // Матеріали Міжрегіональної науково-практичної конференції [«Забезпечення екологічної безпеки – обов'язок Української держави»] (Івано-Франківськ, 24-25 вересня 2004 року). – Івано-Франківськ, 2004. – С.137-142.
3. Земельний кодекс України від 18.12.1990 р. // ВВР України. – 1992. – № 25. – 354.
4. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. // ВВР України. – 2002. – № 3-4. – 9.
5. Постанова Верховної Ради України від 22 вересня 2005 року N 2897-IV Про рекомендації парламентських слухань «Сучасний стан та перспективи розвитку земельних відносин в Україні» // ВВР України. – 2005. - N 48. - 494
6. Про державний контроль за використанням і охороною земель: Закон України від 19.06.2003 р. // ВВР України. – 2003. - №39. – 350
7. Про державну експертизу землепорядної документації: Закон України № 1808-IV від 17.06.2004 р. // ВВР України. – 2004. - №38. – 471

8. Про землеустрій: Закон України № 858-IV від 22.05.2003 р. // ВВР України. – 2003. - №36. – 282
9. Про меліорацію земель: Закон України від 14.01.2000 р. // ВВР України. – 2000. - №11. – 90
10. Про направлення на повторне перше читання проектів законів України про Загальнодержавну програму використання та охорони земель та про Національну програму охорони родючості ґрунтів: постанова Верховної Ради України від 2 листопада 2004 року N 2133-IV [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/>
11. Про Національну програму охорони земель на 1996—2005 роки: Розпорядження Президента України від 17.02. 1996 р. № 34/96-рп // Урядовий кур'єр. — 1996. — 11 квітня.
12. Про охорону земель: Закон України № 962-IV від 19.06.2003 р. //ВВР України. – 2003. - №39. – 349
13. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. - N 41. - 546
14. Титова Н.І. До концепції нового основного земельного закону України / Н.І.Титова // Право України. – 2000. - №4. - С.68-73.
15. Титова Н.І. Співвідношення Земельного та Цивільного кодексів України: деякі проблеми / Н.І.Титова // Право України. – 2004. - №4. – С.72-77.

Bagay N.O.

Legislation of Ukraine about protection of lands: problems of development.

In this article are analyzed separate problems of modern period of development of Ukrainian legislation on land protection. The normative-legal acts to the questions of land protection are characterized. At the same time the author offers proposals for improvement of legislative regulation on land protection.

Key words: lands, land-tenure, land protection, the ground fertility protection, legislation on land protection.

Вівчаренко О.А.

ЗЕМЛЯ УКРАЇНИ ПОТРЕБУЄ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

УДК 349

Приватизація – це, зазвичай, велике грабіжництво: відбирають у народу і віддають багатіям.

Рамсей Кларк, США

Земля України – найбільше національне багатство українського народу. За оцінкою В.В.Докучаєва, український чорнозем є дорожчим за вугілля, нафту, золото; в існуючих кліматичних умовах ніде на земній кулі навіть за мільйони років не зможе утворитися «такий благодатний ґрунт, який становить корінне, ні з чим незрівнянне багатство». Наддніпрянина і Наддністрянщина – єдине у світі місце, де ширина чорноземної зони досягає 500км., а глибина – 1,2 – 1,3м. Значний масив

українських земель (Вінниччина, Житомирщина) ні разу не був затоплений водами морів чи океанів, тут зберігався і народжувався родючий ґрунт, ця земля відігравала роль своєрідної генетичної скарбниці на зразок велетенського природного «Ноева ковчега», де формувалась і звідки розселялась по новоутворюваній суші флора і фауна, а разом з нею й людяність (О.Братко-Кутинський). Тому є підстава зробити висновок: українські степи - це планетарний заповідник, у якому має встановлюватися особливий режим використання, зберігання і постійного поліпшення родючості землі. Без додержання цієї основної вимоги будь-яке реформування земельних відносин приречене на провал.

Відповідно до ст.211 ЗК юридичну відповідальність за порушення земельного законодавства несуть громадяни та юридичні особи. У той же час ЗК (ст.ст.154,155) передбачена відповідальність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування за порушення права власності на землю. У зв'язку з цим виникає питання про підстави розмежування відповідальності за порушення права власності на землю від порушень земельного законодавства за терміном, викладеним у ст.211 ЗК, та про обґрунтованість обмеження відповідальності, зазначеними двома владними органами за порушення права власності на землю.

На нашу думку, щодо першого питання мова йде про штучне і невинуватене виключення з переліку порушників земельного законодавства за суб'єктивним складом держави, її органів та органів місцевого самоврядування.

Я.М.Шевченко справедливо стверджує, що хоч держава і не підпадає під ознаки юридичної особи, але ж є суб'єктом цивільно-правових відносин, а тому є суб'єктом відповідальності, що впливає з непрямих вказівок у законодавстві про її обов'язок у певних випадках відшкодувати шкоду, нести субсидіарну відповідальність. Це вимагає введення у ЦК самостійної норми, що Україна як держава й органи місцевого самоврядування беруть участь у цивільних правовідносинах і несуть відповідальність на рівних підставах з іншими суб'єктами цивільного права [3,с.175-176].

Становлення української державності збіглося з припиненням дії всіх програм охорони і підвищенням родючості ґрунтів. Подрібнення земельних ресурсів і, як невідворотній наслідок – руйнація сільськогосподарських підприємств неминуче призводить до втрати природної родючості земель, знижує контроль за їх ефективним використанням, а також позбавляє можливості покласти край спробам безгосподарності, марнотратства та псування землі. Сьогодні немає навіть мови про ґрунтозахисні системи землеробства, достатнє та збалансоване внесення

органічних і мінеральних добрив, хімічних меліорантів, засобів захисту рослин, відновлення зруйнованих меліоративних систем, особливо в зонах ризикованого землеробства. Обвальне скорочення тваринництва потягнуло прогресуюче зменшення виробництва гною, без якого земля не дає прибутку, а мінеральні добрива без органіки погіршують структуру ґрунту.

За ЗК земля не є майном, але це не є перешкодою для розв'язання справи на підставі положень Конвенції, Суд самостійно оцінює визначення терміну «майно», причому його оцінка може відрізнитися від визначень, звичних у системі внутрішнього права, а також від визначень, використаних у провадженнях національними судами. Така позиція відома як «автономне» тлумачення Судом поняття майна.

Відчуження майна, згідно з практикою, включало експропріацію або націоналізацію майна державою. При цьому експропріацією є не тільки позбавлення права власності, але й обмеження прав. Зазначений підхід до розуміння змісту експропріація традиційний, і був також уживаний до радянських часів на території України, що входила до Російської імперії.

Наша планета Земля агонізує: знижуючи родючість ґрунту, кожного року людство скорочує термін існування нашої цивілізації на 3000 років (М.Руденко). Приватна власність на родючі землі позбавляє суспільство і місцеві ради права на земельну ренту. Ставши власністю олігарха, рента виплачується із громадянського користування, вивозиться закордон або розтранжирюється всередині країни, а наймані лакеї олігархів звинувачують уряд у нездатності приборкати інфляцію. Звідки держава наповнюватиме бюджет, якщо 75% ВВП - вартість природної ренти – присвоюватиметься злочинцями?

Для українських судів із часу ратифікації Конвенції виникла певна обов'язковість європейського прецедентного права з прав людини. Як зазначається у науковій літературі, прецедентне право з прав людини слугує додатковим джерелом права у процесі застосування та Тлумачення конституційних норм про права людини, які збігаються з основними правами, закріпленими в нормах Європейської конвенції з прав людини та основних свобод 1950р. [2,с.78].

Для українських юристів, які в більшості випадків є представниками континентальної правової системи, доктрина судового прецеденту видається, як правило, незрозумілою, оскільки судді, постановляючи рішення, покладаються не стільки на позитивний нормативно-правовий текст, скільки на попередні судові рішення.

У юридичній літературі висловлена думка, що піонером щодо засто-

сування прецедентного права виступив Конституційний Суд України у справі про ціни і тарифи на житлово-комунальні та інші послуги від 10 лютого 2000 року. Таким чином, каже С.Шевчук, в Україні починають складатися прецедентне право та відповідна судова правотворчість, що є, безумовно, значним прогресивним фактом для нормального якісного розвитку правосуддя у сфері захисту прав людини та основних свобод [2, с.82].

Відсутність самостійності, патріотизму і національної ідеї у вітчизняних псевдо інформаторів і лідерів реформ примусили їх діяти як вимагали МВФ і СБ, які зразу ж запропонували безальтернативну, з їх точки зору, програму «токової терапії»: тотальна приватизація, усунення держави від втручання в економіку, лібералізація економіки.

Тому вже 30.01.1992р. приймається закон «Про форми власності на землю»; 13.03.1992р. – нова редакція земельного кодексу, а вже інший голова ВР- І.Плющ підписує 13.03.1992р. постанову ВР «Про прискорення земельної реформи та приватизації землі».

Починається найганебніша сторінка в історії молоді української законності: розгул кумівського «указаного права» і фальсифікація Основного закону держави 1996р. і Земельного Кодексу 2001р.

У ч.1 статті Конституції України проголошено, що земля (та інші природні ресурси) є об'єктом одного і єдиного суб'єкта - українського народу. Його право власності – самостійна, вища форма власності, яка також сприйнята конституціями багатьох цивілізованих країн. Від імені українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією, тобто за умови, що земля є об'єктом права власності народу.

То ж всі об'єкти, перераховані в ст.13 Конституції, виключно з землею і природними ресурсами континентального шельфу є власністю Українського народу, і з юридичної точки зору, взагалі, виключають будь-яку форму приватизації. Тому всі ці об'єкти мають бути негайно і беззастережно повернуті у розпорядження держави. Без всенародного референдуму ні Президент, ні будь-які «любі друзі» не мають права розпоряджатися власністю народу як у своїх феодалних коморах. Народ має право на опір мародерству. Тому й гомонять селяни про «Нюрнберг-2!».

1. Закон України «Про охорону земель» від 19 червня 2003р. //Урядовий кур'єр. – 2003, 6 серпня.
2. Земельне право України. Підручник/За ред.. докт. Юрид. Наук М.В.Шульги, К.Юрінком Інтер, 2004. – Глава 16.
3. Земельне право. Академічний курс: Підручник для студентів юридичних спеціальних вищих навчальних закладів /за ред.. докт. юрид. наук., проф., НАИ України В.І.Семчика і канд. юрид. наук П.Ф.Кулинича. – К.: Видавничий дім

«Ін Юрс». 2001 – Розділ 1.

4. Земельний кодекс України: Науково – практичний коментар / За ред. В.І.Семчика. – К.: Видавничий дім «Ін Юрс», 2003. – Глава 5.
5. Конституція України, ст.ст.13,14.
6. Указ Президента України «Про основні напрями земельної реформи в Україні на 2001 – 2005 роки» від 30 травня 2001р. //Урядовий кур'єр. – 2001, 2 червня.

Vivcharenko O.A.

Ukrainian Land Needs Legal Protection

The main point of the auther is to bring up the role of citizens, mainly peasants, as the subject of agricultural land utilization. Due to this aim the idea, peculiarities and composition of the agricultural ground; legal regulations of these lands according to the Land Code; freedoms and rights of Ukrainian people are researched in this article.

For the students, bachelor, specialists, masters, post-graduate, tutours of law departments of higher educational establishments.

Keywords: agricultural land utilization, peasant, Land Code, freedoms and rights.

Мендик Л.В.

ЗМІСТ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЛІСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

УДК 349.6

Актуальність проблеми поняття юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства пояснюється тим, що відповідальність є одним із основних елементів правового забезпечення охорони і використання лісів. Питанням юридичної відповідальності науковцями завжди приділялась належна увага. Не дивлячись на це, окремі положення залишаються спірними та потребують подальшого наукового дослідження та обґрунтування. Це, в першу чергу, стосується саме поняття відповідальності, поняття правопорушення і його елементів як підстави відповідальності та деякі інші категорії, пов'язані з відповідальністю.

Ступінь наукової розробки теми. Поняття відповідальності широко досліджується у науковій літературі та знайшло відображення у працях науковців у галузі теорії держави і права - С.С.Алексеева, Б.Т.Базилева, П.М.Рабіновича та інших; наукові праці у галузі екологічного права - В.І.Андрейцева, В.Д.Басая, А.П.Гетьмана, В.В.Костицького, В.Л.Мунтяна, Г.М.Полянської, В.К.Попова, Г.В.Тищенко, Ю.С.Шемшученка та ряд інших.

Метою написання даної статті є спроба проаналізувати окремі питання, що стосуються поняття та висвітлення особливостей юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства України.

Розповсюдженою в літературі точкою зору є трактування юридичної відповідальності як реалізації санкції, як міри державного примусу, що базується на юридичному і громадському осуді правопорушника, і встановленні для нього певних негативних наслідків у формі обмежень особистого, майнового або організаційного характеру [9; с.54-55].

Одним із видів юридичної відповідальності у галузі екологічного права деякі автори вважають так звану «позитивну відповідальність». Єдності позицій щодо визнання існування позитивної відповідальності в системі видів юридичної відповідальності науковцями не досягнуто. Думки стосовно її визначення та визнання взагалі розділились прямо протилежно.

Так, Г.В.Тищенко висловлює свою думку, що юридична відповідальність застосовується у двох формах: ретроспективній та активній(позитивній). Ретроспективна еколого-правова відповідальність - це форма юридичної відповідальності в галузі екології, яка передбачена законодавством і застосовується за уже скоєні екологічні правопорушення, неправомірну дію (чи бездіяльність). Під активною (позитивною) відповідальністю стосовно екологічного права розуміють правомірну екологоспрямовану діяльність, яка передбачає виконання і дотримання юридично встановлених заходів відповідальності наперед, за майбутні негативні наслідки екологічної діяльності, як компенсацію за такі [9; с.137-138]. Слід зазначити, що екологічне законодавство не вживає поняття «позитивної відповідальності», хоча окремі її елементи в ньому і містяться. Ідея позитивної юридичної відповідальності була піддана справедливій критиці зі сторони відомих вчених-юристів, зокрема, О.С.Колбасова [3; с.25], В.Л.Мунтяна і Б.Г.Розовського [12; с.18], І.С.Самощенко і М.Х.Фарукшина [9; с.43], Ю.С.Шемшученка та деяких інших. Вказані науковці наводили різні аргументи, що свідчили про хибність даного положення. Не вдаючись до детального аналізу цих позицій, відмітимо лише найважливіші, на нашу думку, аргументи, які спростовують ідею існування позитивної юридичної відповідальності.

Виділення відповідальності в значенні обов'язку здійснити передбачені законом дії не веде ні до чого, крім як до подвоєння термінології, тобто одне і те саме явище іменується і відповідальністю, і обов'язком. Як вірно зазначають вчені, сам термін «відповідальність» має багато відтінків, проте юриспруденція вимагає точності дефініцій, обмеження конкретного явища чітко визначеними рамками з метою його однозначного застосування в законодавстві й на практиці. І з цієї точки зору, виділення позитивної відповідальності об'єктивно спрямовано на розмивання меж і рамок поняття юридичної відповідальності. В науковій літературі ві-

рно відмічалось, що «віднесення так званої позитивної відповідальності до правової означало б фактичну ліквідацію відповідальності як правового інституту, оскільки будь-який вид діяльності, що регулюється правом, можна було б з успіхом вважати такою відповідальністю»[10; с.35]. Тому доцільно розглядати позитивну відповідальність як загальносоціальну, що не збігається з юридичною відповідальністю, як з особливою правовою категорією, що склалася у зв'язку з необхідністю покарання порушника правових вимог. Деякі автори вважають, що визнання двох видів соціальної відповідальності (позитивної і ретроспективної) не означає необхідності конструювати такі самі два види юридичної відповідальності. На відміну від загальносоціальної позитивної відповідальності, юридична відповідальність завжди ретроспективна (настає за скоєне правопорушення), чітко регламентована щодо підстав і порядку її застосування, здійснюється в умовах правовідносин відповідальності з усіма впливаючими із них наслідками[11; с.212].

Отже, розглянувши погляди вчених-юристів на відповідальність в галузі охорони довкілля, слід сказати, що, на нашу думку, найбільш вірним є твердження про те, що відповідальність в галузі охорони навколишнього природного середовища включає позитивну(активну) і негативну(ретроспективну) відповідальність. При цьому позитивна відповідальність повністю не охоплюється поняттям «юридична відповідальність». Підставою юридичної відповідальності як особливої правової категорії є порушення екологічного законодавства.

Що стосується позитивної відповідальності в галузі охорони лісів, то слід відмітити, що під нею слід розуміти обов'язок дотримуватися правил взаємодії суспільства і природи для забезпечення ефективної охорони лісів, їх раціонального використання. Для виникнення активної відповідальності не потрібно наявності правопорушення[5; с.132].

Із врахуванням даних поглядів та відповідно до чинного законодавства позитивна відповідальність у сфері охорони довкілля включає плату за необхідне вилучення ресурсів із зміною їх цільового використання і пов'язані з цим витрати.

Оскільки відповідно до Лісового кодексу України земля охоплюється поняттям лісу, і лісовий фонд тісно пов'язаний із землею, тому діюче законодавство поєднує компенсаційні платежі, пов'язані з вилученням лісових ресурсів, із вилученням земельних ділянок, обмеженням прав власників землі і землекористувачів. Порядок визначення втрат лісгосподарського виробництва, які підлягають відшкодуванню, спричинених вилученням лісових угідь, не пов'язаних з веденням лісового господарства, а також спричинені обмеженням прав власників землі і земле-

користувачів, у тому числі орендарів, або погіршенням якості земель, зумовленим впливом діяльності підприємств, установ і організацій, встановлений постановою Кабінету Міністрів України від 17.11.1997 року № 1279[6].

Суперечливим є питання співвідношення юридичної відповідальності і санкції правової норми. Не вдаючись до детального аналізу різноманітних точок зору щодо цього питання, лише зауважимо, що на нашу думку, варто погодитись із тими науковцями, які стверджують, що санкція - це категорія ширша, ніж відповідальність, і співвідносяться вони як вид і рід. Не кожна санкція є мірою відповідальності, а відповідальність - це лише різновид санкції[10; с.32].

Вважаємо, що для дослідження позитивної й юридичної відповідальності у сфері охорони довкілля в цілому варто взяти за основу ті положення про ознаки юридичної відповідальності, які склалися в теорії права і є загально визнаними та суттєвими її ознаками:

- застосування до правопорушників засобів державного примусу;
- покладення на порушників несприятливих наслідків(майнового та немайнового характеру);
- громадський осуд поведінки порушника[1; с. 372-373].

Отже, юридична відповідальність, як процес, представляє собою правовідношення. Така ж думка обґрунтовується у працях Ю.С. Шемшученка, В.Л.Мунтяна, Б.Г.Розовського[11; с.24], В.Д.Басая[2; с.13-14], М.М. Брінчука та інших. До того ж це правовідношення є новим, зміст якого полягає в обов'язку правопорушника нести не вигідні для нього правові наслідки. Взаємозв'язок юридичної відповідальності і правоохоронного відношення відстоює С.С.Алексєєв, говорячи, що перша складає зміст другого[1; с.356]. На нашу думку, юридична відповідальність і правоохоронне право відношення мають тісний взаємозв'язок. Юридична відповідальність, будучи самостійним матеріальним правовідношенням, є водночас і автономним елементом правоохоронного відношення. Виникає вона на певному його етапі.

Досить суперечливим є твердження Б.Т.Базилева, що юридична відповідальність виникає в момент вчинення правопорушення, оскільки виходячи з нього, можна сказати, що особа, здійснивши незаконну порубку лісу, яка підпадає під ознаки злочину, передбаченого статтею 246 Кримінального кодексу України, може бути піддана юридичній відповідальності без відповідного вироку суду. Тому юридична відповідальність виникає в результаті винесення рішення, вироку суду, постанови про адміністративне правопорушення і т. д. Момент же припинення юридичної відповідальності співпадає з моментом реалізації правоохо-

ронного відношення.

Суть юридичної відповідальності полягає у негативних наслідках, які зобов'язаний понести правопорушник за порушення вимог законодавства. Обґрунтованим є твердження П.М.Рабіновича, який під даним поняттям розуміє закріплений у законодавстві і забезпечуваний державою юридичний обов'язок правопорушника зазнати примусового позбавлення певних цінностей, що йому належали[7; с.135-136].

Характеризуючи інститут юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства, слід відмітити, що останній є складним, оскільки склад лісопорушення і відповідальність за нього регулюється, в основному, різними галузями права. Юридична відповідальність за лісопорушення проявляється у взаємодії різних галузей права. При цьому лісове законодавство здійснює певний вплив на норми інших галузей.

Отже, відповідальність у галузі охорони лісів слід розглядати у двох формах: як позитивну(активну) відповідальність і ретроспективну або юридичну відповідальність. Критерієм їх розмежування є вчинення лісопорушення. Для підвищення ефективності позитивної відповідальності в галузі охорони лісів необхідно більшу увагу приділяти підвищенню якості лісів, а також розробити окремі методики для визначення втрат у галузі охорони та використання лісових ресурсів.

Таким чином, проаналізувавши ряд думок науковців та врахувавши існуючі прогалини, можна запропонувати наступне визначення юридичної відповідальності. Під юридичною відповідальністю за порушення лісового законодавства необхідно розуміти правоохоронне відношення між державою в особі спеціально уповноваженого органу в галузі охорони лісів, правоохоронних органів, інших уповноважених суб'єктів і правопорушником щодо застосування до останнього заходів впливу, передбачених законом і його обов'язку понести не вигідні для нього правові наслідки за порушення лісового законодавства.

Під лісопорушенням слід розуміти протиправне, як правило, винне діяння(дію чи бездіяльність), яке спричиняє шкоду лісу чи несе реальну загрозу спричинення такої шкоди, порушуючи встановлені вимоги використання та охорони лісів. Підставою юридичної відповідальності є лісопорушення - протиправне, як правило, винне діяння(дію чи бездіяльність), яке спричиняє шкоду лісу чи несе реальну загрозу спричинення такої шкоди, порушуючи встановлені вимоги використання та охорони лісів. На нашу думку, доцільно було б включити дані визначення юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства у Лісовий Кодекс України.

1. Алексєєв С.С. Проблемы теории права. Курс лекций. - Свердловск, 1972. - Т.1.-

383с.

2. Басай В.Д. Відшкодування шкоди, заподіяної екологічними правопорушеннями: Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: 12.00.06.-Львів, 1996. -165 с.
3. Эффективность юридической ответственности в охране окружающей среды/ Отв.ред.О.С.Колбасов, Н.И.Краснов.-М.:Наука, 1995.-225с.
4. Мамудов В.К.,Овсиенко В.В.,Додин В.Я. Предприятия и материальная ответственность.-К., 1991.-120с.
5. Мельник П.В. Правова охорона лісів Карпатського регіону України : Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: 12.00.06. Івано-Франківськ, 2002. -165 с.
6. Про розміри та порядок визначення втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, які підлягають відшкодуванню: Постанова Кабінету Міністрів України. від 17.11.1997 р. № 1279.
7. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Видання 5-те, зі змінами. Навчальний посібник.— К.: Атіка.— 2001. — 177с.
8. Самощенко И.С.,Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству.- М. : Юридическая литература, 1971.-120с.
9. Тищенко Г.В.Екологічне право : навчальний посібник для студентів юридичних вузів та факультетів. - К.: Юмана,2001.-256 с.
10. Решетник Л. Правові проблеми юридичної відповідальності в галузі екології// Право України.- 2003. - № 8. – с.81-85..
11. Шемшученко Ю.С., Мунтян В.Л., Розовский Б.Г. Юридическая ответственность в области охраны окружающей среды. - К. : Наукова думка, 1978. - 280с.

Mendyk L.V.

The concept and peculiarities of the legal responsibility for infringement of Ukrainian wood legislation

The author concerns questions about concept of the legal responsibility for infringement of the wood legislation of Ukraine. The author deviated the responsibility in branch of protection of woods in two forms. Criterion of their distinction is fulfilment wood breaks. Except for that the author makes the offer on entering of some additions to the Wood code of Ukraine.

Keywords: the legal responsibility, wood breaks, the wood legislation.

Мороз Г.В.

ГРОМАДСЬКЕ ОБГОВОРЕННЯ ЯК ФОРМА УЧАСТІ ГРОМАДСЬКОСТІ У ПРИЙНЯТТІ ЕКОЛОГІЧНО ЗНАЧИМИХ РІШЕНЬ

УДК 349.6

Досить поширеною формою виявлення громадської думки для прийняття рішень з питань, що справляють чи можуть справити негативний вплив на стан довкілля, є громадські обговорення.

Законом України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 року було запроваджено декілька нових колективних форм реалізації громадянами права на участь у місцевому самоврядуванні, що раніше пропонувалися лише як правовий експеримент у деяких регіонах України [3, с. 213]. Йдеться, перш за все, про громадські слухання. Слід зауважити, що в нормативно-правових актах та наукових дослідженнях при характеристиці відповідної процедури використовується термін не лише “громадські слухання” (як традиційний), а й інші синоніми: “громадські обговорення”, “відкриті засідання”, “публічні засідання”. Однак, на нашу думку, при уніфікації термінології перевага повинна надатись поняттю “громадське обговорення”, яке відображає особливу, процедурно регламентовану форму участі громадськості в прийнятті рішень, що базується на інформаційній співпраці громадськості та державно-владних установ у формі діалогу чи в інший, спільно обраний спосіб, з метою досягнення прийняттого, взаємовигідного результату для учасників процесу.

Завданням статті є з’ясувати особливості процедури громадського обговорення як найбільш поширеної форми діалогу учасників процесу, виявлення недоліків її законодавчого врегулювання та обґрунтування найбільш оптимального варіанту регламентації відповідного виду зібрань громадян з метою отримання взаємовигідних позитивних результатів.

Відповідно до ч.1 ст.13 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” територіальна громада села, селища чи міста має право проводити громадські слухання – зустрічі з депутатами місцевої ради та посадовими особами місцевого самоврядування, під час яких учасники територіальної громади можуть заслуховувати їх, вносити пропозиції з питань місцевого значення, що належать до відання місцевого самоврядування.

Однією із форм участі громадськості у правотворчій діяльності, зокрема щодо обговорення проектів законів та інших нормативно-правових актів, які приймаються Верховною Радою України, є слухання у комітетах законодавчого органу, специфіка проведення яких визначена Законом України від 4 квітня 1995 року “Про комітети Верховної Ради України”. Слухання у комітеті Верховної Ради України – це офіційний захід, під час якого народні депутати у стислій формі отримують інформацію з певного питання безпосередньо від структур виконавчої влади, фахівців та представників громадськості. Слухання є механізмом ефективного інформаційного обміну між представниками різних прошарків суспільства і депутатами [2, с.22].

Громадські слухання мають неоціненне значення. Саме у практичних дебатах, де обговорюється конкретне питання та шляхи його вирішення, викристалізовується розуміння людиною сутності своїх прав та обов'язків, наданих і закріплених законом, шляхів їх реалізації [4, с.67]. Практичні аспекти громадських слухань на екологічні теми вміщено в збірнику “Кращий досвід громадських слухань в Україні” [5], проаналізувавши які, ми дійшли висновку, що дана форма об'єктивно є найбільш конструктивною та результативною формою діалогу влади та громадськості, оскільки організовує, як правило, великі аудиторії зацікавлених осіб з наперед визначеними чіткими вимогами. Передбачається, що кожна сторона повинна висловити своє бачення щодо вирішення проблеми. І тільки змістовний діалог, спрямований на досягнення консенсусу, є логічним завершенням цієї форми громадської участі.

Про публічні слухання (відкриті засідання) як одну із форм вивчення громадської думки у процесі екологічної експертизи згадується також у ст.11 Закону України “Про екологічну експертизу”, однак суть самої процедури не розкривається.

У світовій практиці громадські слухання є правовою формою участі громадян в процедурі оцінки впливів на навколишнє середовище (ОВНС) [1, с.318], порядок проведення якої в межах та з урахуванням специфіки цієї процедури в Україні законодавчо не визначений.

Постановою Кабінету Міністрів України від 18 липня 1998 року затверджено Порядок проведення громадських слухань з питань використання ядерної енергії та радіаційної безпеки, відповідно до якого основною метою проведення таких слухань є реалізація прав громадян та їх об'єднань на участь в обговоренні проектів законодавчих актів і програм у сфері використання ядерної енергії, а також питань, пов'язаних з розміщенням, проектуванням, спорудженням, експлуатацією та зняттям з експлуатації ядерних установок, підприємств з видобутку і переробки уранових руд і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, джерел іонізуючого випромінювання тощо. Ініціаторами громадських слухань можуть бути постійні жителі певної території, місцеві осередки об'єднань громадян, територіальні громади (органи самоорганізації населення) (п.4). Організаторами громадських слухань є місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування в межах їх компетенції (п.2). Однак, на нашу думку, ініціаторами громадських слухань мали би виступати не тільки громадяни, їх об'єднання чи групи, а й відповідні органи державної влади чи місцевого самоврядування. Така пропозиція ґрунтується на тому, що дане положення повною мірою відповідало би вимогам, закріпленим в Орхуській конвенції, яка є ори-

єнтиром для національного врегулювання того чи іншого питання. Хоча й у Конвенції не конкретизується порядок проведення громадських слухань, але разом з тим визначаються основні, базові положення з даного питання. Щоправда, не всі процедури участі громадськості Орхуською конвенцією врегульовані імперативно, часто застосовуються оціночні поняття та категорії. Наприклад, щодо питання, якою мірою повинні враховуватися результати слухань при прийнятті відповідними органами державної влади чи місцевого самоврядування екологічно значимих рішень, то зустрічаємо конструкції типу “належним чином”, “максимальною мірою” тощо. Очевидно, в цій частині державам, що є сторонами Орхуської конвенції надана можливість самостійно визначати конкретні процедурні моменти, які би в цілому відповідали положенням Конвенції. Ключовим положенням Орхуської конвенції є забезпечення участі громадськості вже на ранньому етапі процедури прийняття рішень з питань, що стосуються навколишнього середовища, коли відкриті всі можливості для розгляду різних варіантів і коли участь громадськості може бути найбільш ефективною (п.4 ст.6). Для цього громадськість адекватно, своєчасно та ефективно інформується (шляхом публічного повідомлення або в індивідуальному порядку) про час і місце будь-якого запланованого громадського слухання (п.2 ст.6).

Наказом Міністерства екології та природних ресурсів України (сьогодні – Міністерство охорони навколишнього природного середовища України) від 18 грудня 2003 року на виконання норм Орхуської конвенції затверджено Положення про участь громадськості у прийнятті рішень у сфері охорони довкілля (далі – Положення), в якому визначено порядок проведення громадського (публічного) обговорення рішень у сфері охорони довкілля. Не заперечуючи позитивного впливу даного Положення на врегулювання відносин щодо участі громадськості у прийнятті екологічно значимих рішень загалом, разом з тим окремі його аспекти викликають ряд зауважень.

По-перше, в Положенні не передбачена (не чітко визначена) можливість проведення громадських обговорень, предметом яких є проекти законів (стан діючого законодавства) чи інших нормативно-правових актів, що приймаються Верховною Радою України. Хоча до переліку видів рішень з питань, що справляють чи можуть справити негативний вплив на стан довкілля, до яких залучається громадськість, включені проекти законодавчих та інших нормативно-правових актів (п.1.4.2), але в подальшому йдеться тільки про громадське обговорення проектів рішень центральних органів виконавчої влади та їх органів на місцях. По-друге, не визначено порядок внесення ініціативи про необхідність організації

та проведення громадського обговорення, якщо суб'єктом ініціювання виступає зацікавлена громадськість. По-третє, не визначена система фінансування громадських обговорень, ініційованих громадськістю. По-четверте, в Положенні зафіксовано лише, що результати громадського обговорення повинні бути максимально враховані при підготовці проекту рішення (п.2.11). Але відсутні норми щодо відповідальності за неврахування пропозицій та зауважень громадськості чи недотримання процедури подання аргументованої відповіді при відхиленні громадської думки. Тобто, в такому випадку невизначеною залишається юридична сила результатів громадського обговорення.

Вважаємо, що така кількість зауважень викликана, перш за все, відсутністю базового документа, який би регламентував процедуру таких зібрань громадян з метою вирішення визначених питань. У літературі обґрунтовується пропозиція про необхідність прийняття на законодавчому рівні типового положення, яке би чітко регламентувало всю процедуру проведення громадських обговорень. Затвердження такого документу спростило би процес ініціювання проведення слухань, чітко би визначило перелік суб'єктів, які можуть самостійно виходити з пропозицією проведення обговорень шляхом громадських слухань, а які мають право звертатись до відповідних органів, до компетенції яких входить обов'язок розгляду заяв та організації проведення слухань [4, с.67]. Основні принципи типового положення про громадські слухання (обговорення) повинні враховуватися при затвердженні статуту відповідної територіальної громади, який на сьогодні залишається основним регулятором організації та проведення громадських обговорень на місцевому рівні.

Оскільки суспільні відносини в сфері охорони довкілля мають певну специфіку, відповідно у положенні про громадські обговорення з питань охорони навколишнього природного середовища поряд із ключовими аспектами типового положення повинно бути відображено особливості проведення громадських обговорень на різних етапах правореалізаційної діяльності у цій сфері (наприклад, під час проведення процедури ОВНС, громадської екологічної експертизи тощо).

Слід зазначити, що важливим аспектом у покращенні якості громадського обговорення могло би стати чітке поетапне визначення (структуризація) цієї процедури. Можна виділити такі етапи здійснення громадських обговорень:

1) організація підготовки громадського обговорення. Сюди входить: визначення проблеми обговорення; вирішення питання щодо видатків на фінансування заходу; формулювання пропозицій щодо альтернативних

варіантів вирішення проблеми; здійснення інформаційної кампанії, що надасть попередню інформацію про питання, винесене на громадське обговорення; здійснення заходів по забезпеченню репрезентативності участі представників громадськості, що передбачає складання приблизного переліку учасників обговорення, виходячи із соціальної структури суспільства, визначення груп населення, на які справляє або може справити вплив проект, винесений на обговорення, а також бази зареєстрованих громадських організацій, що діють у цій галузі чи в даному регіоні з подальшою організацією їх безпосереднього оповіщення; попередній аналіз наслідків альтернатив рішення для кожної соціальної групи;

2) проведення громадського обговорення, що передбачає: реєстрацію учасників; визначення форми громадського обговорення (наприклад, діалог); фіксацію письмових пропозицій та зауважень учасників, що не приймають безпосередньої участі в обговоренні, в тому числі і тих, що надіслані електронною поштою (протягом визначеного строку проведення обговорення); оцінку та аналіз негативних та позитивних наслідків, запропонованих альтернативних рішень, виходячи з інтересів різних соціальних груп; оформлення ходу та результатів обговорення, а також визначення способу та термінів доведення їх до відома громадськості;

3) оприлюднення, оцінка і врахування результатів громадського обговорення та оприлюднення рішення, прийнятого органом державної влади чи місцевого самоврядування: публікація в засобах масової інформації протоколу громадського обговорення; здійснення моніторингу та оцінка результатів громадського обговорення; обов'язкове обґрунтування причин щодо неврахування позиції громадськості; доведення через засоби масової інформації до відома громадськості зміст прийнятого рішення. Організація та проведення громадських обговорень у поетапно визначений спосіб сприятиме тому, що така важлива, проста і доступна за своєю суттю форма вираження громадської думки дійсно зможе набути реального, а не декларативного виміру і змісту.

Як відзначив у своїй доповіді Уповноважений з прав людини Російської Федерації, матеріали громадських слухань часто фальсифікуються. У протоколах можна виявити підписи вигаданих осіб або ж людей, які дійсно проживають біля еколого-небезпечного об'єкту, але їх підписи сфальсифіковані... Існують й інші способи підробки матеріалів слухань. Наприклад, на них запрошуються громадяни, інтересів яких не стосується проект, що обговорюється. Інформації про місце та час проведення слухань виявляється недостатньо. Слухання проводяться в невеликих приміщеннях. У них задіяні незацікавлені люди або завідомо

залежні від замовника (розробника) проекту. Результати таких слухань не відображають істинні інтереси жителів [6, с.55-56].

З метою усунення подібного роду зловживань слід детально регламентувати процедуру громадських обговорень з акцентом на юридичну значимість отриманих результатів та заходи юридичної відповідальності у випадку порушення встановленої процедури.

1. Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды): Учебник для высших юридических заведений / М.М. Бринчук – М. : Юрист, 2002. – 688 с.
2. Слухання у комітетах Верховної Ради України: Практ. посіб. / Програма сприяння парламенту України. – 2-ге вид., допов. – К. : К.І.С., 2002. – 186 с.
3. Смирнова Т.С. Правове регулювання місцевого самоврядування в Україні: Навчальний посібник / Т.С. Смирнова - К.: Вид. дім “КМ Академія”, 2001. – 262 с.
4. Чернега Р.Т. Типове положення про громадські слухання, як один із шляхів вдосконалення участі громадян у місцевому самоврядуванні України / Р.Т. Чернега // Молодь у юридичній науці: збірник тез доповідей Міжнародної наукової конференції молодих вчених “Другі осінні юридичні читання”. – Хмельницький : В-во ХІУП, 2003. – С.66-68.
5. Шара Л. Крайній досвід громадських слухань в Україні / Л. Шара – К.: Фонд “Європа XXI”, 2002. – 100 с.
6. Экология и нарушение прав человека: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в РФ. – М. : Юриспруденция, 2002. – 64 с.

G. Moroz

The public discussion as the form of publicity participation in making the most important administrative ecological decisions

The article is dedicated to the problem of public discussion which is one of the most actual and effective forms of influence on the matter of the most important administrative ecological decisions.

The literature and legislation on this question are analyzed. The suggestions concerning the improvement of the valid legislation in this sphere as well as the particular point of view are brought in.

Key words: public discussion, the most important ecological decisions

Романко С.М.

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ

УДК 349.6

У юридичній літературі та чинному законодавстві України немає визначення екологічної безпеки сільськогосподарської продукції. Метою даної статті є проаналізувати наявні в науковій літературі та чинному законодавстві положення про екологічну безпеку сільськогосподарської продукції та сформулювати визначення та ознаки останньої.

162

В п.1 ст.1 Закону України «Про захист прав споживачів» у редакції від 1 грудня 2005 року [8] дається загальне визначення безпеки продукції. У ст.1 Закону України «Про якість та безпечність харчових продуктів» визначено поняття якості сільськогосподарської продукції, а також безпечності харчових продуктів [6]. Названий Закон у ст. 1 вводить нове для українського законодавства поняття непридатного («едалтерованого») харчового продукту, перелічуючи ознаки, які фактично виступають ознаками безпечності харчового продукту. Окремі вчені, зокрема, В. Шкаберін, не розмежовують поняття «безпеки» та «безпечності» сільськогосподарської продукції, використовуючи то одне, то інше в єдиному контексті [9, с.246-251], що не зовсім правильно, оскільки екологічна безпека сільськогосподарської продукції виступає одним із видів екологічної безпеки та включає такі показники, як безпечність, екологічна чистота і якість продукції. В свою чергу безпечність продукції виступає одним із показників якості сільськогосподарської продукції [1, с.255], [3, с.22-15].

На нашу думку, коли йдеться про стан захищеності її від усіх наявних екологічних ризиків та відповідність критеріям якості, безпечності та екологічної чистоти слід застосовувати термін «екологічна безпека сільськогосподарської продукції». Підтверджують правильність такого підходу позиції науковців А.П. Гетьмана та В.З. Янчука, [2, с.217-241], а також О.М. Пашенка [5, с.407-412]. На думку Р.С. Ярандайкіна, до поняття якості сільськогосподарської продукції входять такі показники як екологічна безпека та екологічна чистота продукції. Причому вчений розмежовує екологічну безпеку та чистоту сільськогосподарської продукції за рядом ознак [10, с.4]. На нашу думку, з цим твердженням слід погодитись у тій частині, яка пропонує розділяти екологічно безпечну і екологічно чисту продукцію, але щодо критеріїв такого поділу є певні зауваження. І екологічно чиста, і екологічно безпечна продукція повинна відповідати медико-біологічним нормативам, ветеринарним та санітарним вимогам, стандартам та технічним регламентам у цій сфері, а також не шкодити життю та здоров'ю людини, в тому числі не спричиняти канцерогенних, мутагенних та інших негативних змін у функціонуванні людського організму. Крім того, здатність екологічно чистої продукції зміцнювати організм людини як критерій її екологічної чистоти викликає певні сумніви, адже терміни «екологічно чиста» та «лікувальна» продукція не є синонімами і не можуть вживатись у такому розумінні без позитивних науково-медичних досліджень у цій сфері. Наприклад, В.І. Смоляр вважає, що можливим є негативний вплив на здоров'я людини і змінених характеристик самих продуктів харчування [4, с.28]. Тому

163

основним критерієм поділу сільськогосподарської продукції на екологічно чисту та екологічно безпечну доцільно вважати процес виробництва такої продукції. Також слід зауважити, що екологічна безпечність, екологічна чистота та якість продукції, на нашу думку, виступають показниками екологічної безпеки продукції, оскільки екологічна безпека в цьому розумінні є ширшим за змістом поняттям, ніж якість продукції. Це зрозуміло також із того, що чинне законодавство встановлює тільки мінімальні специфікації якості продукції - органолептичні, хімічні, фізичні та біологічні характеристики придатності продукту до споживання та варіанти можливої поведінки споживачів у разі придбання продукції неналежної якості, а основну увагу спрямовує на забезпечення екологічної безпеки продукції у розділі II Закону «Про безпечність та якість харчових продуктів» та встановлює більш жорсткі вимоги для виробників продукції чи у випадку виявлення факту, що продукція становить небезпеку для життя чи здоров'я споживачів (ст.14 та 15 Закону України «Про захист прав споживачів»). Екологічна безпека та якість продукції мають забезпечуватись та регулюватись правом у нерозривній єдності, що на сьогодні повною мірою відображено тільки в Законі України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» від 14 січня 2000 року №1393-IV [7].

На нашу думку, виходячи із досліджених визначень екологічної безпеки, екологічна безпека сільськогосподарської продукції – це окремий міжгалузевий інститут права екологічної безпеки та законодавства, який має своїм об'єктом здоров'я людини – кінцевого споживача такої продукції, предметом – сільськогосподарську продукцію та характеризується таким сприятливим станом розвитку суспільних відносин у галузі АПК і охорони навколишнього природного середовища, при якому державою через діяльність спеціально створених органів влади та фізичними і юридичними особами – виробниками сільськогосподарської продукції забезпечується здійснення закріплених чинним законодавством санітарних та ветеринарних заходів і вимог обов'язкових індикаторів та параметрів безпеки, процедур підтвердження відповідності, сертифікації й маркування та інших спеціальних заходів для попередження та усунення можливих шкідливих наслідків виникнення екологічних ризиків життю і здоров'ю громадян внаслідок виробництва, реалізації, переробки і споживання небезпечної сільськогосподарської продукції.

Звідси випливають і ознаки екологічної безпеки сільськогосподарської продукції: 1. Співвідноситься з екологічною безпекою як часткове і ціле. 2. Характеризується міжгалузевим нормативно-правовим забез-

печенням. 3. Об'єктом екологічної безпеки сільськогосподарської продукції є здоров'я людини-споживача, а предметом – сільськогосподарська продукція. 4. Суб'єктами екологічної безпеки сільськогосподарської продукції виступають як держава, так і фізичні та юридичні особи – виробники, переробники та реалізатори сільськогосподарської продукції. 5. Держава створює спеціально уповноважені органи для контролю за забезпеченням безпеки сільськогосподарської продукції та делегує відповідні повноваження уже діючим державним органам влади, основною метою яких не є забезпечення екологічної безпеки сільськогосподарської продукції. 6. Екологічна безпека сільськогосподарської продукції забезпечується шляхом правового закріплення та реалізації системи соціально-економічних, організаційних, економічних та інших заходів, які базуються на наукових дослідженнях впливу та можливих шкідливих наслідків застосування нових наукових технологій в агропромисловому комплексі. 7. Забезпечення екологічної безпеки здійснюється на всіх етапах її виробництва та використання. 8. До категорії «небезпечна» сільськогосподарська продукція зараховуємо продукцію, яка не відповідає встановленим вимогам безпечності і якості. Якість, екологічні безпечність та чистота сільськогосподарської продукції – основні показники безпеки такої продукції. 9. Потенційні екологічні ризики екологічній безпеці сільськогосподарської продукції носять антропогенний характер, і в силу своєї природи можуть та повинні бути керованими і зведеними до рівня прийнятних.

1. Аграрне право України: підруч. / [Янчук В. З., Андрійцев В. І., Бичкова Ц. В. та ін.]; В.З. Янчук (ред.). — К.: Юрінком, 1996. — 560с.
2. Гетьман А.П. Порадник керівника сільськогосподарського підприємства / А.П. Гетьман, В.З. Янчук. —К.: Юрінком Інтер, 2005. — 624с.
3. Ковальчук Т.Г. Екологічна безпека продуктів харчування: поняття та зміст / Т.Г.Ковальчук // Право України. — 1997. — №
4. Смоляр В.І. Сучасні досягнення харчової токсикології : / В.І.Смоляр // Проблеми сучасної токсикології. — 2004 . — №2.
5. Пашенко О.М. Правове забезпечення якості сільськогосподарської продукції // Аграрне право України: [Багай Н.О., Бондар Л.О., Гуревський В.К. та ін.] / За ред. Погрібного О.О. — К.: Істина, 2007. — 445с.
6. Про безпечність та якість харчових продуктів : закон України від 06 вересня 2005 року № 771-97/ВР // Відомості Верховної Ради. — 2005. — № 50. — Ст.533; [зі змінами, внесеними Законом України від 31 травня 2007 р. №1104-16] // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — №35. — Ст.485.
7. Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції: закон України від 14 січня 2000 року №1393-IV [зі змінами, внесеними Законом України № 762-IV від 15 травня 2003 року] // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — №30. —

Ст.247.

8. Про захист прав споживачів : закон України від 1 грудня 2005 року №3161-IV// Відомості Верховної Ради України . – 2006. – №7. – Ст.84.
9. Шкаберін В. Регулювання безпеки продовольчої продукції / В. Шкаберін // Вісник національної академії державного управління. – 2005. – №4.
10. Ярандайкин Р.С. Организационно-правовые проблемы производства и реализации экологически чистой сельскохозяйственной продукции : автореф. дис. на соискание уч. степени д-ра юрид. наук : спец. 12.00.06. „Земельное право; аграрное право; экологическое право; природоресурсное право” / Р.С. Ярандайкин. – М., 1999. – 37с.

Romanko S.M.

The definition and features of agricultural products ecological safety

This article is dedicated to the problems of the ecological safety definition of the agricultural products. The author analyzes existing law and theory in this sphere and purposes to create a new definition and features of ecological safety of the agricultural products.

Key words: quality, ecological safety of agricultural products.

Романюк М.З.

ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ

УДК 349.41

Одним з ключових понять земельного права є поняття правового режиму земель. Як зазначає О.І. Крассов, «аналіз поняття «правовий режим земель» має принципове значення для виявлення тих правових важелів, з допомогою яких земельне законодавство регулює широкий спектр земельних відносин. Використання цієї категорії дозволяє виявити сутність всього земельного права, оскільки саме поняття «правовий режим земель» відображає особливий характер правового регулювання використання та охорони земельних ресурсів» [1, с 20].

Поняття «правовий режим земель» використовується в правових актах, що безпосередньо регулюють земельні відносини. Проте, законодавець не дає нормативного визначення цього поняття та не розкриває в достатній мірі його змісту.

На нашу думку, той факт, що в нормативно-правовому акті законодавець застосовує категорію «правовий режим земель», при цьому не даючи їй визначення, є причиною виникнення прогалин у нормативно-регулюванні земельних відносин, що може призвести до певних суперечностей на стадії застосування цього акта. Тому чітке визначення поняття «правовий режим земель» на законодавчому рівні є однією з об'єктивних умов створення належного правового регулювання земельних відносин.

В наш час цей термін набув широкого застосування, проте питання його значення та структури залишаються недостатньо розкритими. З одного боку, сутність правового режиму земель досліджувалася рядом фахівців в галузі земельного права. Однак таке дослідження здебільшого проводилося з позиції вивчення права власності на землю, права землекористування, управління в сфері використання та охорони земель тощо. З іншого боку, існує також велика кількість досліджень, що спеціально присвячені правовому режиму окремих категорій чи видів земель. У більшості з них зміст цього поняття детально не розкривається.

В науці земельного права України поняття правового режиму земель висвітлено в працях В.І. Андрейцева [2], І.І. Каракаша [3], О.О. Погрібного [4], В.І. Семчика [5], М.В. Шульги [6] та ін. Однак до цього часу не вироблено єдиного підходу до законодавчого визначення поняття правового режиму земель.

Метою даного дослідження є аналіз наукових підходів до визначення поняття правового режиму земель в теорії земельного права та його структури, обґрунтування необхідності законодавчого визначення цього поняття.

Досліджуючи правовий режим земель, необхідним є з'ясування змісту поняття «правовий режим». Аналіз цього поняття, дає змогу виявити специфіку правового регулювання певного об'єкта чи виду діяльності, дозволяє судити про багатомірність, багатогранність та об'ємність права, як інституційного утворення, а також розглядати його в динаміці та функціонуванні.

Досліджуючи категорію «правовий режим» С.С. Алексєєв пропонує прийняти до уваги змістові відтінки цього поняття, оскільки воно дозволяє виразити юридичні обмеження чи наявність пільг, що передбачені для діяльності суб'єктів правовідносин. Автор визначає правовий режим як порядок регулювання, що виражається в комплексі правових засобів, які характеризуються особливим поєднанням взаємодіючих між собою дозволів, заборон, зобов'язань, що створюють особливу спрямованість регулювання. [7, с. 185].

Дискусійною є позиція Д.Н. Бахраха, який визначає правовий режим як комплекс суспільних відносин певного виду діяльності, закріплений юридичними нормами і забезпечений сукупністю юридично-організаційних засобів, що задається параметрами подвійного роду: по-перше, особливою спеціальною значимістю суспільних відносин, їх специфічними цілями і завданнями; по-друге, використанням особливих принципів, форм і методів діяльності, що відображаються в системі прав та обов'язків суб'єктів [8, с.201]. Недоцільним у цьому контексті

видається визначення правового режиму як комплексу суспільних відносин, оскільки, на нашу думку, це поняття виражає не самі відносини, а особливий порядок їх правового регулювання.

Як справедливо зазначають М.І. Матузов, та А.В. Малько правовий режим – це зовсім не результат, а система умов та методик здійснення правового регулювання, визначений порядок дії права, необхідний для досягнення відповідних цілей [9; 20]. Тому, на нашу думку, варто також погодитися з позицією О.С. Колбасова, що правовий режим – це функціональна характеристика права [10; с 28].

Вдалим, на наш погляд, є визначення правового режиму, наведене авторами Юридичної енциклопедії, його розуміють як — особливий правовий порядок, встановлений для певних сфер суспільних відносин чи суспільства в цілому (прикордонний режим, митний режим, режим у місцях позбавлення волі, правовий режим земель і майна, режим законності тощо) [11, с. 44]. Загальними ознаками правового режиму вважається наявність відповідних обмежень, заборон або пільг. Правовий режим виражає нерозривний зв'язок правової форми і змісту регульованих прав відносин, характеризується у цьому зв'язку моментом стабільності [11, с. 44].

Для з'ясування структури правового режиму важливою є думка Р.Н.Галієвої, яка серед головних елементів такої структури називає: об'єкт, суб'єкти правовідносин, для яких встановлено правовий режим, зміст їх прав, обов'язків, інтересів і способи їх здійснення [12; с. 28].

Справді, сфера дії та об'єкт на який поширюється правовий режим, накладають на нього певні характерні тільки їм особливості.

Так широкого застосування в юридичній науці та в сфері правового регулювання набуло поняття правовий режим майна, яке визначають як встановлені правовими нормами структура майна, порядок його придбання (формування), використання, й вибуття, а також звернення на нього стягнень кредиторів [13, с.317], [14, с.123].

В юридичній науці виділяють загальні ознаки, що притаманні будь-якому виду правового режиму:

- правовий режим встановлюється законодавством та забезпечується державою;
- є особливим порядком правового регулювання;
- забезпечує правопорядок (належне функціонування) у певній сфері правовідносин;
- забезпечує певний рівень сприяння або несприяння для задоволення інтересів суб'єктів відповідних відносин, та суспільства в цілому [15 с.692].

З урахуванням наведених ознак, під правовим режимом, на нашу думку, слід розуміти особливий порядок правового регулювання, що встановлюється та забезпечується державою, має на меті забезпечити правопорядок у певній сфері правовідносин, певний рівень сприяння або несприяння для задоволення інтересів суб'єктів цих відносин та суспільства в цілому.

Поняття «правовий режим», як зазначає А.А. Мінаєва, хоча і зустрічається в багатьох галузях права, найбільш широкого застосування набуло саме в земельному праві, що зумовлено значенням об'єкта цих правовідносин [16, с.40].

З'ясування змісту поняття «правовий режим земель» в теорії права характеризується відсутністю єдиного підходу до розуміння та визначення цього поняття.

Доцільно також зазначити, що ряд авторів, досліджуючи правовий режим земель, ведуть мову про правовий режим використання і охорони земель, і включають в зміст цього поняття такі елементи: право власності на землю, право землеволодіння і землекористування, права та обов'язки власників, землеволодільців, землекористувачів, орендарів; правова охорона земель; управління земельними ресурсами; надання і вилучення земель для державних та суспільних потреб; компенсація збитків землевласникам і землекористувачам та втрат сільськогосподарського виробництва; землеустрій; вирішення земельних спорів; відповідальність за порушення земельного законодавства [17. с. 4-60]. Така позиція видається недостатньо обґрунтованою, оскільки багато з перелічених елементів охоплюються поняттям управління в сфері використання та охорони земель. Крім того, на нашу думку, недоцільно використовувати термін «правовий режим використання і охорони земель», оскільки саме поняття «правовий режим земель» включає в себе вимоги щодо їх використання та охорони.

Дискусійною, на наш погляд, залишається також позиція С.А. Боголюбова та Б.В. Єрофєєва, які розуміють під правовим режимом земель встановлений законом порядок їх обліку, кадастру, моніторингу, використання і охорони [18, с. 35; 19, с. 455]. Правовий режим земель характеризується не тільки імперативними засадами у відносинах держави і титульних володільців, а й диспозитивними, які виражають приватно-правову природу землі як об'єкта цивільних правовідносин.

І.В. Мироненко під правовим режимом земель пропонує розуміти встановлений законодавством окремий порядок правового регулювання відносин щодо їх використання, що виражається в застосуванні певного поєднання уповноважень, зобов'язань, заборон та заохочень, яке визна-

чає особливості змісту та спрямованості такого регулювання [20, с. 6]. Однак це визначення не охоплює таких ключових елементів правового режиму земель як управління землями тієї чи іншої категорії та їх охорону.

Слід також звернути увагу на співвідношення понять «правовий режим земель» та «правове регулювання земельних відносин». Під правовим регулюванням розуміють цілеспрямований вплив на поведінку людей і суспільні відносини з допомогою правових (юридичних) засобів [21, с.264]. Однак правовий режим земель не є сукупністю всіх засобів впливу, доступних праву, а є, на нашу думку, комплексом лише тих засобів, вибір яких зумовлено типом правового регулювання. В свою чергу під типом правового регулювання, як зазначає Г.А. Волков, слід розуміти загальну спрямованість впливу на суспільні відносини, яка залежить від того, що лежить в основі регулювання – дозвіл чи заборона [22, с. 90].

Відповідно, якщо правове регулювання земельних відносин це певний процес, то правовий режим земель – встановлені правила поведінки суб'єктів права стосовно певної категорії чи виду земель. На цьому наголошує також В.І. Андрейцев, визначаючи правовий режим земель, як встановлений нормативно-правовий порядок, що визначає поведінку суб'єктів земельних правовідносин щодо земель, земельних ділянок як до об'єктів права власності, управління, користування, відтворення, збереження та охорони з метою їх раціонального (економного та ефективного) використання і задоволення різноманітних потреб заінтересованих осіб, захисту їх земельних прав [2, с. 158].

На сьогодні, можна говорити про початок формування в науці земельного права України єдиного підходу до визначення поняття правового режиму земель. Вітчизняні дослідники сходяться на думці, що під цим поняттям слід розуміти встановлений правовими нормами порядок та умови використання земель всіх категорій за цільовим призначенням, забезпечення і охорону прав власників землі та землекористувачів, здійснення державного управління земельним фондом та контролю за використанням землі, додержання вимог земельного законодавства, ведення земельного кадастру, проведення землеустрою та здійснення земельного моніторингу, внесення плати за землю і застосування заходів заохочення за використання земельних ресурсів та мір юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства [4, с.262; 5, с. 13].

Особливу увагу слід звернути на внутрішню структуру правового режиму земель, оскільки правильне визначення елементів цієї структури створює умови для комплексного підходу до встановлення предмету

земельного права, землі, як об'єкту права, суб'єктів і змісту земельних правовідносин, до реалізації норм земельного права і застосування в окремих випадках норм інших галузей права (цивільного, адміністративного, екологічного, аграрного, фінансового та ін.) [5, с. 262].

Серед елементів структури правового режиму виділяють: право власності на землю, інші права на неї, управління використанням та охороною земель, правову охорону земель, заходи відповідальності за порушення земельного законодавства [5, с. 13].

Таким чином, під правовим режимом загалом слід розуміти особливий порядок правового регулювання, що встановлюється та забезпечується державою, має на меті забезпечити правопорядок у певній сфері правовідносин, певний рівень сприяння або несприяння для задоволення інтересів суб'єктів цих відносин та суспільства в цілому.

В свою чергу правовий режим земель, на нашу думку – це встановлений нормами права порядок використання земель за цільовим призначенням, забезпечення і охорони прав власників земель та землекористувачів, здійснення державного управління земельним фондом, застосування заходів заохочення юридичної відповідальності у сфері використання земель. Структурними елементами цього поняття є право власності на землі; правові засади користування землями; управління використанням та охороною земель; відповідальність за порушення земельного законодавства.

В теорії земельного права поняття правового режиму земель застосовується як стосовно всього земельного фонду, окремих категорій земель, так і стосовно видів земель в рамках тієї чи іншої категорії. Відтак, основними напрямками майбутніх наукових досліджень, на наш погляд є визначення поняття та структури правового режиму окремих категорій та видів земель.

1. Крассов, О. И. Понятие и содержание правового режима земель // Экологическое право. Федеральный журнал -2003. - № 1. - С. 20 – 24
2. Андрейцев В.І. Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії. — К.: Знання, 2005. — 445 с.
3. Каракаш И. И. Право собственности на землю и право землепользования в Украине: Науч.-практ. пособие. — К.: Истина, 2004. — 216 с.
4. Земельное право Украины: Учеб. Пособие / Авт. кол.: Беженарь А.М., Бердников Е.С., Бондар Л.А. и др.; Под ред. Погребного А.А., Каракаша И.И. – Истина, 2002. – 496 с.
5. Земельне право: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / За ред. В.І. Семчика і П.Ф. Кулиничка. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. – 424с
6. Шульга М.В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в

- современных условиях. — Харьков: Фирма «Консум», 1998. — 224 с.
7. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: 1989. — 224с
 8. Бахрах Д.Н. Административное право: Учеб. для вузов. — М., 1999. — 368с.
 9. Матузов Н.И. Малько А.В. Правовые режимы: понятие и виды // Правовая наука и реформа юридического образования: Сб. науч. Тр. Вып. 4: Право и политика: современные проблемы соотношения и развития. Воронеж: Изд-во ВГУ. 1996. — С.12-21.
 10. Колбасов О.С. Терминологические блуждания в экологии // Государство и право, 1995. — № 10. — С.27-38.
 11. Юридична енциклопедія В 6 т. / Редкол.: Ю.С.Шемшученко (відп.ред.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 1998. — Т.5.: П-С. 736с.
 12. Р. Галиева Субъекты и объекты земельных прав // Российская юстиция, 2002. — №10. — С.27-29.
 13. Пашенко О.М. Правове становище державних сільськогосподарських підприємств / Аграрне право України: Підручник / За ред. О.О. Погрібного. — К: Істина, 2004. — 448с.
 14. Щербина В.С. Господарське право: Підручник. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 480с.
 15. Великий енциклопедичний юридичний словник // Шемшученко Ю.С., Горбатенко В.П., Касяненко Ю.А., Авер'янов В.Б., Бабкін В.Д. та ін. / За ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. — К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. — 992с.
 16. Мінаєва А.А. Понятие «правовой режим земель» и его значение в земельном праве. // Экологическое право. — 2005. — №1. — С 40-45.
 17. Бобылев А.И., Демичев Д.М., Шингель Н.А., Правовой режим использования и охраны природных объектов и природных ресурсов. — Минск, 1993
 18. Боголюбов С.А. Земля и право: Пособие для российских землевладельцев. — М.: 1997 — 320с.
 19. Ерофеев Б.В. Земельное право России: Учебник 9-е изд., перераб. — М.: Юрайт-Издат, 2004. - 656 с.
 20. Мироненко І.В. Зміст та межі здійснення права приватної власності на землю в Україні // Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. — 12.00.06 / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. — К., 2008. — 16с.
 21. Алексеев С.С. Теория государства и права: Учебник для вузов и факультетов. — М.: Издательство Норма, 2002. — 587 с.
 22. Волков Г.А. Принципы земельного права России. — М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. — 336 с.

Romanyuk M.Z.

The concept of the legal regime of lands and his structure

The problems of determination of concept of the legal regime of lands and his structure are probed in this article. The analysis of positions of row of research workers is carried out in relation to understanding of concept «legal regime of lands», the necessity of the legislative fixing of this concept is grounded.

Keywords: legal regime, legal regime of lands.

ПИТАННЯ ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Гоголь Ю. В.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ТРУДОВОЇ ФУНКЦІЇ

УДК 349.22

В умовах розвитку ринкових відносин трудовий договір є одним з основних юридичних фактів; він є тією ланкою між нормами трудового права і трудовими правовідносинами, на підставі якого встановлюються трудові права і обов'язки учасників цих правовідносин. Саме шляхом укладення трудового договору реалізується право людини на працю.

При укладенні трудового договору необхідно дотримуватися принципу свободи трудового договору. Цей галузевий принцип трудового права знаходить свою конкретизацію в інститутах зайнятості та працевлаштування; трудового договору. Близьким до нього є принцип визначеності трудової функції, який за змістом є уточнюючим щодо принципу свободи трудового договору. Визначення в трудовому договорі виду роботи входить в основний зміст договору між працівником і роботодавцем, і останній не має права вимагати від працівника виконання роботи, не обумовленої трудовим договором. Тобто, визначення змісту трудової функції при укладенні трудового договору служить гарантією заборони залучення працівника до виконання роботи, необумовленої в трудовому договорі, а також гарантією повного і якісного виконання працівником роботи, яку він зобов'язується виконувати за трудовим договором.

У зв'язку з цим важливе теоретичне і практичне значення має питання поняття трудової функції. До проблеми визначення цього поняття науковці зверталися неодноразово. Його не оминали у своїх дослідженнях М.Г. Александров, Є.І. Астрахан, М.Й. Бару, Л.Ю. Бугров, М.Г. Гладков, В.А. Глозман, Д.А. Колбасін, В.І. Прокопенка. Питання трудової функції висвітлюється в працях сучасних провідних вітчизняних науковців: Н.Б.Бологіної, Г.С. Гончарової, В.В. Жернакова, І.В. Зуба, П.Д. Пилипенка, О.І. Процевського, Г.І. Чанишевої, Н.М. Хуторян та інших.

Проте слід підкреслити, що дане питання потребує подальшого дослідження у зв'язку з тим, що на законодавчому рівні досі, на жаль, відсутнім є визначення поняття «трудова функція».

Метою нашого дослідження є не лише визначення поняття трудової функції, а й здійснення характеристики її ознак, складових елементів її змісту, а також вироблення пропозицій щодо порядку її встановлення.

У трудовому законодавстві хоч ніколи не вживався термін «трудова функція», але в правовій літературі науковці почали застосовувати це

поняття як самостійне правове явище. Ще у 1950 році М. Александров писав, що громадянин, який вступає на роботу як робітник чи службовець, зобов'язується виконувати певну трудову функцію у спільній колективній праці працюючих на даному підприємстві, в установі, організації, тобто працювати за певною робочою спеціальністю (наприклад, токарь, слюсар тощо) або за певною посадою (бухгалтер, економіст тощо). Вживали цей термін В. Глозман, К. Уржинський, М. Бару, Д. Негру, В. Сойфер та інші дослідники у галузі трудового права [2, с. 89].

У сучасних умовах вже ніхто не заперечує вживання такого поняття. Словосполучення «трудова функція» вживалось у кодексах про працю деяких республік колишнього СРСР. Так, у ст. 13 КЗпП Литовської РСР передбачалося, що у кожному трудовому договорі повинні бути обумовлені сторонами умови про місце роботи і названу функцію працівника, тобто умови про роботу за певною спеціальністю, кваліфікацією або посадою [3, с. 76].

За КЗпП України в редакції до 1991 р. працівник, укладаючи трудовий договір, зобов'язувався виконувати роботу за певною спеціальністю, кваліфікацією чи посадою. Саме таке формулювання бралось до уваги під час визначення трудової функції. Натомість тепер частину першу ст. 21 у КЗпП України викладено таким чином, що вказівка на спеціальність, кваліфікацію, посаду відсутня взагалі, а зазначається лише зобов'язання працівника «виконувати роботу, визначену угодою сторін». Поняття «робота» у законодавстві визначається як певні завдання та обов'язки, які виконані, виконуються або повинні бути виконані однією особою [5]. Відповідно, буквально поняття «робота, визначена угодою» можна тлумачити як коло завдань та обов'язків, визначених за взаємним погодженням сторін договору, які працівник зобов'язується виконувати.

Є достатні підстави, щоб не погодитися із таким визначенням трудової функції працівника, яке залишається домінуючим в юридичній літературі, оскільки воно, на нашу думку, є більш формальним, ніж визначенням.

В проєкті Трудового кодексу трудова функція визначається через сукупність таких елементів: найменування професії, спеціалізації, кваліфікації, посади відповідно до встановленої класифікації професій та кваліфікаційних характеристик.

Отож, елементами змісту трудової функції є професія, спеціальність, кваліфікація чи посада. Визначення цих понять закріплено у законодавстві. Зокрема, в Інструкції про встановлення груп інвалідності, затвердженій наказом Міністерства охорони здоров'я України від 7 квітня

2004 р. № 183, передбачено, що професія – це вид трудової діяльності, що потребує певних знань та навиків, набутих шляхом навчання і практичного досвіду; спеціальність – сукупність набутих шляхом спеціальної підготовки та досвіду роботи знань, умінь і навиків, необхідних для виконання певного виду трудової діяльності у межах даної професії; кваліфікація – рівень загальної і спеціальної підготовки працівника, що підтверджується встановленими законодавством документами (атестат, диплом, свідоцтво та ін.); посада – службове становище працівника, зумовлене колом його обов'язків, посадовими правами та характером відповідальності [7].

Можна сказати, що професія, спеціальність, кваліфікація – це ті основні властивості, володіючи якими працівник може претендувати на зайняття відповідної посади чи бути допущений до виконання певної роботи. Проте професія, спеціальність, кваліфікація не можуть довільно трактуватися сторонами при укладенні трудового договору. Ці параметри відомі наперед, вони засвідчуються спеціальними документами (дипломами, посвідченнями тощо), і за взаємною згодою сторони змінити їх неспроможні. Більше того, трапляються випадки, коли трудова функція фактично обмежується лише видом виконуваних робіт, які і будуть умовою взаємних переговорів при прийнятті на роботу. Наприклад, при виконанні так званих некваліфікованих робіт професія, спеціальність, кваліфікація можуть не братися до уваги.

З вищезазначеного можна зробити висновок, що трудова функція дуже складне правове явище.

У юридичній літературі висловлювались різні погляди щодо визначення поняття «трудова функція». Найбільш вдалою і правильною є позиція тих науковців (А.І. Ставцева, О.С. Хохрякова), які під трудовою функцією розуміють роботу за певною професією, спеціальністю чи посадою [10, с. 27].

Водночас деякі інші дослідники характеризують трудову функцію через «встановлене коло прав та обов'язків сторін» [9, с. 195]. З таким визначенням трудової функції важко погодитися, оскільки трудова функція – це ознака, яка характеризує не обидві сторони трудового договору, їх права та обов'язки, а лише працівника, його правовий статус в трудових правовідносинах.

Існують і інші позиції щодо визначення цього поняття. На думку О.Т. Барабаша та І.Д. Копайгори, трудова функція являє собою не індивідуально-визначену роботу, а сукупність окремих трудових операцій, об'єднаних загальним видом трудових дій, предметів і метою досягнення наперед обумовлених результатів праці [1, с. 66].

Свого часу відомий радянський учений В.А. Глозман для вирішення проблеми характеристики змісту трудової функції запропонував виділяти в її структурі дві сторони – «об’єктивну» та «суб’єктивну» [3, с. 78]. Так, на його думку, об’єктивною стороною трудової функції є «встановлені державою стандарти та еталони, які регламентують професійно-кваліфікаційні та інші подібні параметри працівників, виробництва». Суб’єктивною ж її стороною є наявність у працівника «відповідних професійних навичок, знань, досвіду, кваліфікаційної підготовки для роботи за певною професією, спеціальністю, посадою» [4, с. 93].

Даний підхід піддали критиці вітчизняні дослідники В.В. Жернаков та В.В. Єрмоєнко. Автори звернули увагу на те, що наявність у працівника відповідних професійних навичок, знань, досвіду, кваліфікаційної підготовки є не «суб’єктивною стороною» трудової функції, а являє собою «елемент суб’єктивного права робітника чи службовця виконувати роботу за певною спеціальністю, кваліфікацією, посадою» [6, с. 63]. Володіючи якостями, необхідними для виконання даної роботи, працівник вправі вимагати надання йому цієї роботи.

Незважаючи на критичне ставлення до підходу, що запропонував В.А. Глозман, його думка заслуговує на підтримку. Аргументом цього є подальший розвиток його вчення й на сучасному етапі, зокрема, у працях П.Д. Пилипенка. Справді, такі чинники як професія, спеціальність і кваліфікація стосуються якісної характеристики особи, яка наймається на роботу. Вони є результатом набутих нею знань, практичних навичок, попереднього досвіду тощо. Саме ці ознаки виступають, здебільшого, умовою вимог з боку роботодавця. Ще до початку переговорів щодо укладення трудового договору останній повинен визначитися із тим, якої професії, спеціальності і кваліфікації має бути працівник, щоб зайняти відповідну посаду чи роботу, що підлягає виконанню.

Слушною є думка П.Д. Пилипенка про те, що професія, спеціальність і кваліфікація – це такі ж ознаки суб’єктивного характеру, як вік, освіта, знання іноземної мови, стаж попередньої роботи, переважно беруться до уваги при укладенні трудового договору. Як правило, ці вимоги уже наперед закладені у визначених кваліфікаційних характеристиках посад чи виконуваних робіт. І тут ми бачимо, що трудова функція (вид роботи) має об’єктивні ознаки. При укладенні трудового договору саме ознаки об’єктивного характеру є домінуючими при формуванні умов про трудову функцію працівника. Якщо показники суб’єктивного плану (професія, спеціальність, кваліфікація) і можуть бути проігноровані у виняткових випадках при укладенні трудового договору з огляду на якісь інші ділові якості особи, що влаштовується на роботу, то сам вид роботи

чи посада, яку необхідно замінити, з огляду на їх об’єктивний характер, зміненими бути не можуть [8, с. 71-72].

Отже, така необхідна умова трудового договору, як трудова функція працівника, характеризується поєднанням суб’єктивних чинників: професії, спеціальності, кваліфікації та чинників об’єктивного плану: відповідної посади чи виконуваної роботи.

Наказом Державного комітету зі стандартизації, метрології та сертифікації № 257 від 27 липня 1995 р. в Україні був затверджений Державний класифікатор професій (ДКП), який набув чинності з 1.01.1996 р.

Класифікатор професій являє собою систематизований перелік робіт і професій, які використовуються на виробництві; є складовою частиною державної системи класифікації й кодування техніко-економічної й соціальної інформації. Класифікація професій у цьому документі ґрунтується на міжнародних концепціях ISCO-88 про роботу та кваліфікації.

Записи про роботу працівників на підприємствах, в установах та організаціях повинні вноситися у трудові книжки у відповідності до професійних назв, вказаних у Класифікаторі. Від цих назв можуть утворюватися похідні назви робіт і посад шляхом додавання уточнюючих слів (наприклад, головний, провідний, молодший тощо).

Слід зазначити, що у цьому Класифікаторі вихідним (базовим) терміном при характеристиці такого ключового поняття як «професія» є власне поняття «робота». Робота характеризується як «певні завдання й обов’язки, що виконані, виконуються чи повинні виконуватися однією особою». Кваліфікація ж – це «здатність виконувати завдання й обов’язки певної роботи». У дипломі спеціаліста чи в іншому документі про професійну підготовку, згідно Класифікатора професій, кваліфікація визначається назвою професії (наприклад, інженер-механік, економіст). А професія розглядається вже як «здатність виконувати подібні роботи, що потребують від особи певної кваліфікації».

Однак, Класифікатор професій містить тільки перелік усіх професій, які є в Україні, але не встановлює їх кваліфікаційних характеристик. А тому нормативне забезпечення професійної діяльності також включає ще один важливий документ – Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників, який структурно складається з дев’ятисот окремих випусків і розділів випусків, які згруповані за основними видами економічної діяльності, виробництва та робіт.

Цим нормативним актом визначається зміст та обсяг трудової функції працівника відповідної професії.

Згідно з вимогами чинного законодавства України й на основі До-

відника кваліфікаційних характеристик професій працівників роботодавця розроблює та затверджує «посадові інструкції» для керівників, професіоналів та фахівців. Для технічних службовців і робітників у разі необхідності розробляються «робочі інструкції». Під час розроблення посадових (робочих) інструкцій повинен забезпечуватися єдиний підхід до викладу змісту, структури розділів, побудови і послідовності їх розташування. Періодичне уточнення їх змісту повинно забезпечити раціональний розподіл і необхідну кооперацію праці під час виконання нових завдань та функцій.

Водночас в силу дії принципу договірної визначення трудової функції працівника сторони можуть домовитися про звуження або розширення трудової функції, тобто конкретизувати її. Вважаємо, що договірна свобода сторін трудового договору має обмежуватися встановленими на централізованому рівні кваліфікаційними характеристиками відповідної професії.

Тому, виходячи з викладеного, вважаємо, що робота, обумовлена трудовим договором, тобто трудова функція працівника, повинна визначатися на підставі максимуму трудових обов'язків, передбачених для тої чи іншої професії на нормативному рівні, та мінімуму, який встановлять сторони на договірному рівні у межах кваліфікаційного рівня чи відповідної посади. А легалізація поняття «трудова функція працівника» сприятиме однозначному підходу до застосування норми ст. 9 КЗпП України, що передбачає недійсність умов договорів про працю, які погіршують становище працівників.

1. Барабаш А.Т., Копайгора И.Д. К вопросу о трудовой функции // Проблемы социалистической законности: Республ. межвед. науч. сб. Вып. 9. – Х.: Вища школа, 1982. – С. 65-70.
2. Гевел О. Трудова функція та порядок її визначення // Право України – 2002. – № 4. – С. 89 – 93.
3. Глозман В.А. Трудовой договор в условиях научно-технического прогресса. – Минск: Изд-во БГУ, 1978. – 189 с.
4. Глозман В.А. Еще раз о трудовой функции // В кн.: Проблемы трудового права и права социального обеспечения / Отв. ред. С.А. Иванов. – М., 1975. – С. 92-97.
5. Державний класифікатор України. Класифікатор професій / Держстандарт України. – К., 1995.
6. Жернаков В.В., Еременко В.В. К вопросу о понятии и содержании трудовой функции // Вопросы укрепления социалистической законности и правопорядка, усиления охраны прав и законных интересов граждан в условиях перестройки социалистического общества. Сб. науч. трудов. – К., 1989. – С. 61-65.
7. Інструкція про встановлення груп інвалідності /Затв. Наказом Міністерства

охорони здоров'я України від 7 квітня 2004 р. № 183 // Офіційний вісник України, 2004. – № 17. – Ст. 1235.

8. Пилипенко П.Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин. – К.: Т-во «Знання», КОО, 2003. – 146 с.
9. Советское трудовое право / Под ред. А.С. Пашкова, О.В. Смирнова. – 2-е изд. – М.: Юрид. лит., 1982. – 504 с.
10. Ставцева А.И., Хохрякова О.С. Трудовой договор. – М.: Юрид. лит., 1983. – 176 с.

Gogol Y.V.

For question about notion of labour function

In the article it is examined basic approaches for definition of notion of labour function, investigated compound elements of its content and given proposals concerning the order of its establishment.

Key words: labour function, profession, speciality, qualification, position.

Онищук С. В.

ДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЗВІЛЬНЕНОГО ПРАЦІВНИКА МІЛІЦІЇ

УДК 342.9

На сучасному етапі розвитку української держави звільнення працівників органів внутрішніх справ обумовлено низкою об'єктивних умов та факторів. Багато вчених, таких як О.М.Бандурка, С.П.Бочаров та О.В.Землянська, розглядають сутність та зміст діяльності органів внутрішніх справ і, безумовно, визначають їх зміст. Проте, про статус працівника міліції, який вийшов на пенсію, не говорить ніхто. Саме тому метою нашої статті є розгляд статусу працівника міліції та звільненого працівника міліції.

Предмет дослідження становлять теоретичні та практичні питання щодо удосконалення механізмів правового регулювання статусу державного службовця органів внутрішніх справ.

Виклад основного матеріалу дослідження. На думку вище згаданих вчених О.М.Бандурка, С.П.Бочаров та О.В.Землянська, „правоохоронні органи державної виконавчої влади, підпорядковані МВС, що забезпечують дотримання законності і правопорядку, боротьбу зі злочинністю, захист прав і свобод людини і громадянина від протиправних посягань на власність, навколишнє середовище, інтереси суспільства і держави” [1, С. 34].

В контексті з'ясування сутності та статусу працівників органів внутрішніх справ особливу увагу слід приділити аналізу діяльності інституту міліції. Міліція є одним із структурних елементів системи органів внутрішніх справ. Згідно статті 1 Закону України “Про міліцію” міліція

в Україні – державний озброєний орган виконавчої влади, який захищає життя, здоров'я, права і свободи громадян, власність, природне середовище, інтереси суспільства і держави від протиправних посягань [10]. Це свідчить про те, що служба в міліції є різновидом державної служби України, оскільки працівники міліції виконують завдання держави, спрямовані на забезпечення особистої безпеки громадян, попереджують і припиняють злочини, надають допомогу громадянам та юридичним особам у здійсненні їх законних прав та інтересів тощо.

Питання правового статусу працівника органів внутрішніх справ є досить актуальним, адже воно має рівноцінну вагу для будь-якого працівника органу внутрішніх справ, незважаючи на те, чи це курсант навчального закладу системи МВС, чи міністр внутрішніх справ - на його основі визначається правове становище особового складу органу внутрішніх справ в цілому. Це, у свою чергу, увиразнює чітку потребу належного нормативного закріплення статусу державного службовця органів внутрішніх справ. На думку авторів проекту Закону України “Про органи внутрішніх справ України”, “державний службовець ОВС – це громадянин України, що посідає в установленому порядку штатну посаду в органах системи Міністерства внутрішніх справ, має спеціальне звання, уклав з органом чи підрозділом внутрішніх справ трудовий договір (контракт), здійснює від імені держави надані йому функції і повноваження, одержує грошове утримання, має гарантований державою соціально-правовий статус” [9].

Слід зазначити, що статус державних службовців знайшов своє вираження в III розділі Закону України “Про державну службу”. Серед основних елементів статусу державного службовця Законом виділенні загальні обов'язки, права державних службовців, особливості їх дисциплінарної відповідальності. Окремо виділені обмеження, пов'язані із прийняттям на державну службу, а також необхідність декларування доходів особами, які претендують на зайняття посади державного службовця [4].

Як уже зазначалося вище, працівники органів внутрішніх справ являють собою особливий різновид державних службовців, адже вони виконують управлінські та правоохоронні функції, мають відмінний від інших службовців правовий статус, здійснюють від імені і за дорученням держави виконавчо-розпорядчі повноваження правоохоронного характеру. Окрім того, вони вступають у правові відносини, які впливають із змісту їх службових повноважень, не лише в середині органу чи підрозділу, але і зовні, тобто вступають у відносини з громадянами, іншими державними і не державними структурами. При виконанні своїх

службових обов'язків, вони можуть застосовувати заходи примусового характеру. Відповідно до цього, працівники органів внутрішніх справ наділяються державно-владними повноваженнями і здатні приводити в дію механізм державного примусу.

Працівники органів внутрішніх справ не просто службовці апарату управління, це особи, які займають визначену законодавством соціальною і державно-правову позицію, і тому наділяються спеціальним правовим статусом. Саме вони і є представниками влади, їхні повноваження носять публічний характер, і ці повноваження реалізуються щодо всіх громадян.

У контексті визначення правового статусу державних службовців С.Д.Дубенко виходить із розуміння його як сукупності прав, свобод, обов'язків, обмежень, заохочень, відповідальності, встановлених законодавством та гарантованих державою [3, С. 44]. Дещо інша точка зору на правовий статус державних службовців наведена у нормативно-правових документах, де відзначається, що правовий статус посадової особи – це сукупність юридичних прав та обов'язків, необхідних для вирішення питань, які зачіпають права та законні інтереси громадян України [8]. Особливо цікавий з методологічної точки зору підхід до визначення правового статусу державних службовців запропоновано Н.Р. Нижник, під яким вона розуміє встановлені і гарантовані державою міри необхідної і можливої поведінки державного службовця в галузі державно-службових відносин [10 С. 12]. Тому, здійснюючи детальний аналіз нормативної бази і наукової літератури, розглядаючи вище наведені визначення правового статусу працівника органу внутрішніх справ, ми можемо сформулювати визначення статусу державного службовця органів внутрішніх справ.

Статус державного службовця органів внутрішніх справ, на нашу думку, включає в себе відповідні права та обов'язки, правоохоронні функції, які здійснюють державні службовці органів внутрішніх справ від імені і за дорученням держави в інтересах народу України.

Стаття 4 Закону України “Про державну службу” закріплює право кожного громадянина вступити на державну службу. Проте, не кожен претендент на державну службу в органи внутрішніх справ може бути призначений на посаду, отже, не кожен громадянин України може вступати у державно-службові правовідносини. Право вступу на державну службу в органи внутрішніх справ громадяни України реалізують з урахуванням умов, встановлених законодавством [4].

Відповідно до ч. 2 ст. 38 Конституції України та ст. 4 Закону України “Про державну службу” рівним правом доступу до державної служби

користуються лише громадяни України [7, С.8]. Не допускається при вступі на державну службу, а також при її проходженні встановлення, будь-яких прямих або побічних обмежень чи переваг громадян залежно від походження, соціального і майнового стану, расової і національної приналежності, статі, політичних поглядів, релігійних переконань, місця проживання.

На державну службу в органи внутрішніх справ мають право вступати не всі громадяни України, а лише ті, що досягли певного віку, мають особисті, ділові і моральні якості, фізичну підготовку та стан здоров'я, що дозволяють громадянину виконувати покладені на органи внутрішніх справ завдання. Крім того, претендент на посаду в органах внутрішніх справ повинен мати певний освітній рівень. Загальні вимоги щодо освіти особи, яка претендує на вступ на службу в органи внутрішніх справ, закріплені в Положенні про проходження служби рядовим та начальницьким складом органів внутрішніх справ [8]. Так, посади середнього, старшого й вищого начальницького складу органів внутрішніх справ комплектуються особами, які мають вищу або спеціальну середню освіту і відповідають вимогам служби в органах внутрішніх справ. Крім того, зазначене питання регулюється і на рівні відомчих нормативно-правових актів (наприклад, відбір кандидатів на посади номенклатури Міністерства внутрішніх справ України має проводитись з урахуванням наявності відповідного освітнього рівня) [8]. Отже, конкретний рівень професійної освіти, необхідний для вступу на службу в органи внутрішніх справ має визначатися державною посадою, на яку претендує громадянин. Ще однією умовою вступу на службу в органи внутрішніх справ є укладання контракту, який є особливою формою трудового договору. З цього приводу Н.Р.Нижник зазначає, що статусу державного службовця (працівника міліції) останній набуває саме з моменту укладання трудового договору і видання наказу про призначення на державну посаду, тобто з моменту юридичного встановлення можливості застосування до нього заходів відповідальності [10, С. 14]. Виходячи із цього, контракт про службу в органах внутрішніх справ – являє собою одну із підстав виникнення службово-трудова правовідносин, він породжує зазначені правовідносини та їх дію в часі [10, С. 16].

Досвід зарубіжних країн свідчить, що державний службовець у системі кар'єрної державної служби може мати право бути членом політичної партії, але з багатьма обмеженнями, пов'язаними із специфікою самої служби (від повного нейтралітету у Великобританії до можливості вести політичну діяльність поза державною службою у Франції) [2, С. 22]. Для перехідного ж суспільства важливо знайти оптимальний баланс

між правами та свободами працівника органів внутрішніх справ як громадянина та новими вимогами до служби в органах внутрішніх справ, зумовленими створенням якісно нової та ефективної системи державного управління. Дана проблема частково вирішена в межах вітчизняного законодавства, де працівникам органів внутрішніх справ заборонено бути членом політичних партій, рухів та інших громадських об'єднань, що мають політичну мету, з одного боку, а з іншого передбачено, що на час перебування на службі в органах внутрішніх справ члени політичної партії зупиняють членство в цій партії. Проте, відповідальність за порушення зазначеної заборони законодавством України не встановлена, що не може позитивно вплинути на стан дисципліни в органах внутрішніх справ, свідчить про недосконалість існуючої системи державного управління державною службою. Відповідно до цього, працівники органів внутрішніх справ не можуть бути членами політичних партій, що є цілком виправданим, оскільки участь в них може призводити до зловживання своїм службовим становищем в інтересах певної політичної сили. Проте, законодавство не забороняє співробітникам органів внутрішніх справ балотуватися до місцевих рад чи, навіть, бути кандидатом у депутати до Верховної ради України.

З огляду на недосконалу нормативну базу, яка визначає правовий статус посадової особи органів внутрішніх справ, варто було б розробити новий Закон України “Про державну службу в органах внутрішніх справ”, де б дістали своє відображення такі положення: поняття державної служби в органах внутрішніх справ і її межі; визначення завдань, принципів державної служби в органах внутрішніх справ, її класифікація і реєстр, класифікація вимог до неї, визначення поняття посадової особи, керівника і представника влади органів внутрішніх справ, питання поширення випадків застосування судового захисту державних службовців у разі їх незгоди з висновками атестації, притягнення до дисциплінарної відповідальності, недотримання їх гарантій, соціальний захист працівника органу внутрішніх справ.

На нашу думку, *звільнений співробітник органів внутрішніх справ* – це особа, що сформувалася під час служби в органах внутрішніх справ, володіючи всією майстерністю даної спеціальності, і яка в результаті звільнення з органів внутрішніх справ, набуває нового для себе статусу.

Таким чином, здійснений нами аналіз сутності та статусу звільнених працівників органів внутрішніх справ дозволив визначити статус працівника органів внутрішніх справ, який з одного боку зводиться до того, що це громадянин, а з іншого – посадова особа, представник органу

державного управління у сфері реалізації правоохоронної діяльності, на підставі цього конкретизовано зміст статусу звільненого працівника органу внутрішніх справ який, володіючи відповідними знаннями та навичками у сфері правоохоронної діяльності перебуває у стані звільнення з відповідних структур. В результаті цього звільнений працівник органів внутрішніх справ набуває для себе нового статусу.

1. Бандурка О.М., Бочарова С.П., Землянська О.В. Соціально-психологічні функції керівника в підрозділах ОВС. // Вісник Університету внутрішніх справ. – 1999. - № 8. – С 33-41.
2. Берден О. «Драчуны» в полицейской форме: результаты исследования национального института правосудия США. // Вопросы борьбы с преступностью за рубежом: Реферативный сборник. – ГИЦ МВД РФ, 1996 – Вып. 35. – С. 17-29.
3. Дубенко С.Д. Державна служба і державні службовці в Україні. /Навч.-метод. Посіб. /За заг.ред. д.ю.н. Н.Р.Нижник. - К.: Ін-Юре, 1999. – 244 с.
4. Закон України “Про державну службу” від 16 грудня 1993 р. № 3723-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – С.56-99
5. Закон України „Про загальний військовий обов’язок та військову службу”// Відомості Верховної Ради України. -1992. - № 27.- С.38-117.
6. Закон України “Про міліцію” від 20 грудня 1990 р. № 565-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 4. – С.18-63
7. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. К.: 1996. – 104 с.
8. Постанова Кабінету Міністрів України від 29 липня 1991 р. № 114 “Про затвердження Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ Української РСР” // Збірник нормативних актів з питань правопорядку. – К., 1993. – С. 438-464.
9. Проект Закону України “Про органи внутрішніх справ України”//http://mvsinfo.gov.ua/official/lawprojects/040507_1.html
10. Нижник Н. Державна влада та державне управління. //Вісн. УАДУ. – 1997. - № 2. - С.11-17

Onyshchuk S. V.

To the question of exempt worker status of internal affairs organs.

In this scientific article a value and features of status of civil servant of organs of internal affairs, place and role, is explored in the state control system. The overhaul of rights and duties which are included in jurisdiction of employees of police is also carried out. In the article concrete suggestions and recommendations are made in relation to the improvement of the state adjusting by status of civil servant of organs of internal affairs.

Keywords: status, the state control system, rights and duties, development of the state administrative mechanisms.

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ У СФЕРІ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ

Колб О.Г. Кондратішина В.В.

КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧА ПОЛІТИКА ЯК ІСТОРИЧНИЙ ПРОДУКТ ВНУТРІШНЬОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ

УДК 343.9

Динаміка соціально-політичних, правових, економічних та інших змін, що відбулися в Україні з 1991 року, обумовлює проведення глибокого аналізу стану явищ і процесів, які мають місце в окремо взятій галузі діяльності держави і суспільства. Враховуючи, що кримінально-виконавча система є специфічним державним утворенням та те, що реформи у ній носять комплексний характер, тобто залежить не тільки від волі держави, але й суспільних інститутів, обрана тема дослідження є актуальною. Важливість розгляду даного питання полягає в тому, що на будь-якому етапі функціонування системи необхідно знати стан і тенденції її розвитку, перспективи, шляхи та методи реалізації нормативно-визначених цілей і завдань.

Безсумнівно, що для повного і всебічного розуміння логіки та механізму творення сучасної кримінально-виконавчої політики України важливо знати її історичні похідні. З іншого боку, не менш необхідно у загальній історії розвитку суспільства виділити її окремі елементи, специфічні форми діяльності тощо з тим, щоб визначити їх взаємозв’язок і взаємообумовленість першою, та тенденції і перспективи функціонування. З огляду на це зазначена тема дослідження є досить актуальною.

У сучасній українській історії зазначена проблема у тій чи іншій мірі була предметом наукового пошуку в працях таких вчених, як: О.М. Джужа, А.П. Закалюк, Р.А. Калюжний, Г.О. Радов, В.М. Синьов, П.Л. Фріс, В.І. Шакун та ін. Проте досі в контексті змісту та стану кримінально-виконавчої політики за період незалежності України дане питання в науці не розглядалось. У той самий час, тільки історія може дати пояснення причин сучасного стану кримінального права.

Вивчення основних періодів становлення та розвитку кримінально-виконавчої політики можна віднести до першочергових завдань вітчизняної науки. Як у зв’язку з цим правильно зробив висновок О.М. Джужа, «як не дивно, але факт залишається фактом: ані відповідна галузь національного права, ані система, на яку законодавством України покладена

функція виконання покарань, ніколи не мали власної писаної історії...» [16, с.37]. А саме історія, на беззаперечну думку О.Ф. Кістяківського, може дати пояснення причин як сучасного стану права, так і його стану в попередні періоди [7, с.10].

Проведений нами аналіз доктринальних та офіційних джерел показав, що в сучасній історії кримінально-виконавчої системи України можна виділити наступні періоди її становлення та розвитку:

а) липень 1991р. – липень 1998р.

Організаційно-правові та інші зміни у змісті кримінально-виконавчої політики даного періоду були започатковані постановою Кабінету Міністрів України від 11.07.1991р. № 88 «Про основні напрямки реформи кримінально-виконавчої системи України» [28], та завершені Указом Президента України від 22.04.1998р. «Про утворення Державного департаменту України з питань виконання покарань» і Указом Президента України від 31 липня 1998р., який затвердив положення про цей державний орган [27].

У цілому, не дивлячись на ряд позитивних змін, які відбулись за вказаний час, у змісті кримінально-виконавчої політики мали місце наступні негативні тенденції:

- основним нормативно-правовим актом, який покликаний був регулювати кримінально-виконавчі відносини був ВТК України (1970р.) [1], який і по природі, і по ідеології, і по інших важливих моментах швидко був гальмом, ніж генератором розвитку даних суспільних відносин [34, с.25];

- в офіційних джерелах, науковій літературі, відомчих нормативно-правових актах МВС України, у складі якого знаходилась ДКВС, використовувались терміни, назви, категорії тощо (пенітенціарна система, кримінально-виконавчі установи, виправно-трудова колонія т.ін.), що взаємно виключали один одного, були суперечливими та знижували рівень правової культури учасників кримінально-виконавчих відносин, а в кінцевому результаті не дали змогу сформувати ефективну кримінально-виконавчу політику України [9, с.114-117];

- умови відбування покарання засудженими, особливо в місцях позбавлення волі, не тільки не відповідали вимогам чинного на той час законодавства України та міжнародно-правових актів, але й не впливали суттєво на стан, динаміку та рівень рецидивної та загальної злочинності [20, с.34-35]; ;

- призначені судом покарання, як правило, не досягали мети, передбаченої законом, а саме: не примирювали жертв злочину та засуджених. Зокрема, до вступу вироку в законну силу останні відшкодовували не

всю призначену судом суму завданих для потерпілих збитків. Більше того, виходячи з того, що кількість розглянутих судами за цей час кримінальних справ складала не більше 88% [30, с.14], ця проблема ще більш поглиблювалась;

- враховуючи, що чинне кримінально-процесуальне законодавство України не передбачало таких підстав повернення кримінальних справ на додаткове розслідування, як у зв'язку з невстановленням причин, що породили, та умов, які сприяли вчиненню злочинів, (хоча ст.23 КПК зобов'язувала це робити), зазначені детермінанти залишались живильним середовищем для скоєння нових злочинів з боку колишніх засуджених [24, с.351];

- не дивлячись на те, що Головне управління виконання покарань МВС України (ГУВП) було структурним підрозділом Міністерства внутрішніх справ, перше діяло фактично автономно та наодинці залишалось з «внутрішніми» проблемами його функціонування (постійне недофінансування з державного бюджету, безробіття серед засуджених, висока їх смертність та захворюваність т.ін.), у зв'язку з чим вони набули хронічних форм та не дозволили привести умови відбування покарання засуджених до міжнародних стандартів [23, с. 1-92];

б) серпень 1998 – січень 2004 року.

У цей період не тільки відбулось повне виведення ДДУПВП з системи МВС України, але й були прийняті нові Кримінальний кодекс та Кримінально-виконавчий кодекси України, що стали основними засобами вираження кримінально-виконавчої політики України. Проте і за даний відрізок часу, як засвідчили офіційні висновки відповідних державних органів України [4, с. 13] та міжнародних експертів [26], стан справ у галузі виконання покарань у нашій державі якісно не змінився;

в) сучасний розвиток кримінально-виконавчої політики, який розпочався з моменту вступу в силу нового КВК України (1 січня 2004 року) та триває в даний час.

На жаль, і офіційна статистика [32, с.278-308], і дослідження вчених [11, с.28-30] показують, що зазначені в попередніх періодах розвитку кримінально-виконавчої політики негативні тенденції не тільки мають місце, але й суттєво впливають на стан управління явищами і процесами в галузі виконання кримінальних покарань. Так, обсяги фінансування системи органів і установ виконання покарань ДДУПВП з Державного бюджету України з 30,8% у 1998 році знизилась до 30,6% у 2004 році. Попри стабілізацію чисельності засуджених і ув'язнених під варту в установах ДКВС, вона залишається значною і перевищує наявність місць, у тому числі в СІЗО на 5,5 тис. осіб та у лікарнях – на 2,9 тис.

осіб. У зв'язку з цим комунально-побутові умови у значній кількості УВП не відповідають встановленим чинним кримінально-виконавчим законодавством України вимогам. Для забезпечення речовим майном, взуттям, постільною білизною та посудом ув'язнених виділялося у цей період лише 12% від необхідних потреб. Безробітними залишалось майже 30% засуджених, які відбували покарання у місцях позбавлення волі. У той самий час, кількість засуджених до альтернативних покарань щорічно в Україні знижується [6, с. 163-132].

Таким чином, протягом всіх виокремлених періодів становлення та розвитку кримінально-виконавчої політики України мали місце та були пріоритетними загальні негативні риси та тенденції, що впливали на її зміст, правотворчу та правозастосувальну практику.

Крім цього, проведений аналіз наукових джерел також показав, що історія кримінально-виконавчої політики тісно пов'язана з історією кримінально-виконавчого права. При цьому варто зауважити, що серед вчених відсутня єдність поглядів щодо даного питання – скільки критеріїв береться за основу дослідження, стільки й варіантів періодизації історії пропонується. Так, А. Чебнишев-Дмитрієв виділяв період звичаєвого права й період законного права, а час від XIV - до початку XVII ст. називав перехідним періодом [36, с. 94]. Як видається, враховуючи тісний діалектичний зв'язок кримінально-правової та кримінально-виконавчої політики, можна цей поділ застосувати і до останньої.

Якщо взяти за основу періодизації історію розвитку кримінально-виконавчої системи і законодавства, що запропонував О.М. Джуца, то варто виділити три головних етапи становлення кримінально-виконавчої політики: каральний (допенітен-ціарний), філантропічний, політичний [17, с. 38].

За іншою схемою, критерієм якої була «властивість кримінального покарання», деякі дослідники виділяють три основних періоди: 1) період правної помсти і приватних композицій; 2) період страхітливої кримінальної кари; 3) період покарань, заснованих на часі [2].

Критеріями поділу в роботах сучасних вчених виступають і еволюція державності (В.В. Мальцев, О.В. Наумов, А.М. Комісаров, ін.) [12, с. 28], і історія кримінального права СРСР [18, с. 47-50], і систематизація кримінального законодавства [13, с. 19-20], ін.

Однак, як безспідставно вважає П.Л. Фріс, для України, яка протягом сторіч була позбавлена державної незалежності, розглядати історію кримінально-правової політики лише через призму історії кримінального права – неможливо [35, с. 36]. Це потрібно здійснювати і в контексті дослідження динаміки розвитку кримінально-правових ідей українських

мислителів, аналізуючи проекти нормативно-правових актів, які вони розробили, і через призму розробок українських вчених-правознавців.

Проаналізувавши зазначені джерела, можна виділити наступні характерні ознаки для всіх періодів розвитку кримінально-виконавчої політики України:

1. Від перших писаних вітчизняних правових джерел (зокрема, «Руської Правди») [37, с. 143] до нині діючих Кримінального кодексу та Кримінально-виконавчого кодексу України кримінально-виконавча політика декларувалась на принципі гуманізму та рівності громадян перед законом. Як у зв'язку з цим зазначив В.Т. Маляренко, «...в питанні про підхід до кримінальних покарань законодавець України використав усі гуманістичні ідеї, які людство напрацювало на цей час» [21, с. 38]. Виключення з даного правила хіба що склала епоха, коли Україна була частиною Російської імперії [15, с. 40-62] та радянський, зокрема, сталінський період в розвитку СРСР [14, с. 28-31], які характеризувались особливою жорстокістю та повною байдужістю суспільних і державних структур до долі засуджених.

Як встановив М.Ф. Лучинський, майже до 1905р. умови тримання в'язнів у Російській імперії, до складу якої входила й більша частина України, були гуманнішими, ніж у ряді так званих цивілізованих країн, і лише після цілого ряду озброєних нападів на персонал тюремних установ та інших пригод (поступання на охороняємі об'єкти заборонених предметів, вибухівки, т.п.) ситуація значно змінилася [19, с. 285].

2. Каральний характер кримінально-виконавчої політики, зміст якої виражався не стільки і не тільки через правообмеження, що вводились відносно засуджених на підставі рішення суду та закону, а у зв'язку з високою питомою вагою позбавлення волі у структурі всіх кримінальних покарань (більше 40%), та композиційністю вироків (призначенню декількох покарань). Коефіцієнт судимості (кількість засуджених на 100 тис. населення) в Україні в 3-4 рази був і є вищим, ніж у середньому в країнах Європи [33, с. 112].

Як вірно зробив у свій час висновок О.Ф. Кістяківський, «як наступниця тих елементів, що створили кримінальне право приватної помсти, державна влада в усьому, що стосується власне неї, засвоює із самого початку, без будь-яких змін правила приватної помсти» [8, с. 126].

3. Вчинення спроб від декларативності намірів, закріплених у законі, до практичної реалізації принципу примирення жертви злочину та особи, яка його вчинила. Це, зокрема, чітко проглядається як у «Руській Правді», «Литовських Статутах», документах філантропічного періоду та сучасної історії України. Так, одним із головних завдань, що закріпле-

ні в «Литовських Статутах», було «задоволення потерпілого і загладження спричиненої кривди» [5, с. 176].

Як відомо, ст.2 КПК України передбачає таке завдання як охорона прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, що є, на наш погляд, аналогічним по змісту, вказаному у «Литовських Статутах».

4. Пріоритетність інтересів держави над приватними, що виражалось як у суворості санкцій, так і у відрахуваннях із заробітку засуджених, першочерговими із яких були податки у дохід держави.

Така політика привела до того, що суспільство та його різноманітні інститути майже повністю усунулись від державних проблем у сфері виконання кримінальних покарань та, як результат, до постійної ротаційності персоналу органів і установ виконання покарань і недофінансування ДКВС України з боку держави.

5. Постійне перебування органів і установ виконання покарань у складі силових державних органів, як правило МВС, що не дозволило створити партнерські відносини між засудженими і персоналом цієї системи, так як останні фактично ототожнювались з державою. Така історична спадщина та масова свідомість досі не дозволяє перевести ДКВС в «цивільне» відомство та виконати одну із рекомендацій Ради Європи з цього приводу [22, с. 16].

Отже, сучасна кримінально-виконавча політика – це своєрідний продукт історії, правозастосувальної практики та знань у галузі виконання кримінальних покарань.

На наш погляд, для усунення, блокування, нейтралізації тощо негативних тенденцій у формуванні кримінально-виконавчої політики України варто здійснити наступні заходи:

1. Розробити та затвердити на рівні Верховної Ради України Концепцію (доктрину, програму тощо) виконання покарань, зміст якої складали б:

- принципи кримінально-виконавчого законодавства, виконання-відбування покарання, що зазначені в ст.5 КВК України;
- джерела та засоби реалізації зазначеної діяльності (фінансове, матеріально-ресурсне забезпечення, т.ін.);
- форми контролю за діяльністю кримінально-виконавчої системи, у першу чергу, з боку громадських формувань (ст.ст.22, 23, 25, ін. КВК України);
- напрямки, методи, форми та способи взаємодії органів і установ виконання покарань з іншими органами держави, міжнародними організаціями, членами яких є Україна, та громадськістю;

- способи захисту прав потерпілих від злочину (ст.ст.15, 16, ін. Цивільного кодексу України);

- гарантії реалізації свого правового статусу засудженими (ст.ст.7-9 КВК України);

- соціальний та інший захист персоналу органів і установ виконання покарань;

- щорічний моніторинг системи ДДУПВП органами прокуратури та спостережними комісіями.

2. Для олюднення змісту кримінально-виконавчої політики України слід на законодавчому рівні визначитись зі змістом іншого структурного елемента політики у галузі боротьби зі злочинністю – кримінально-правовій політиці. Для цього необхідно ст.51 КК України доповнити частиною другою такого змісту: «Позбавлення волі на певний строк та довічне позбавлення волі застосовуються судом як виключні міри покарання, з урахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання», що логічно витікає з ряду міжнародно-правових актів [29, с.50-54] та Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2003р. №7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» [25, с.257-258].

3. Для реалізації вимог чинного законодавства України з питань виявлення, усунення, блокування тощо причин і умов злочинності слід включити у цей процес органи та установи виконання покарань, для чого внести відповідні зміни у ст.23 КПК та ст. 104 КВК України. У цьому випадку держава реально, а не формально, протидіятиме проявам рецидивної злочинності, особливо з боку засуджених на стадії виконання покарань. З іншого боку, діяльність усіх правоохоронних органів, причетних до боротьби зі злочинністю, прийме системний та упорядкований характер та буде дійсно спрямована на досягнення мети покарання, що зазначена в ст.50 КК України. Як з цього приводу вірно зробили висновок Л.М. Давиденко та О.О. Бандурки, підвищена суспільна небезпека рецидивної злочинності полягає в тому, що особа, яка вчиняє злочин вдруге або більше разів, засвідчує про свою стійкість анти- суспільної орієнтації, відкрити протидію правопорядку, вперте бажання продовжувати злочинну діяльність, не дивлячись на прийняті щодо неї кримінально-правові заходи [3, с.244].

4. Історія вітчизняної кримінально-виконавчої політики засвідчила та зобов'язує у сьогоденні більш ширше застосовувати до засуджених альтернативні до позбавлення волі покарання, особливо на стадії виконання покарань (ст.82 КК «Заміна невідбутої частини покарання м'яким») та полегшені умови тримання в установах виконання пока-

рань (ст.101 КВК). Зокрема, стверджуючи, що само по собі покарання не може сприяти скороченню злочинності без соціальних реформ, і вказуючи на основі аналізу, що успішні соціальні реформи зменшують рівень злочинності, а неуспішні, навпаки, підвищують її, М. Чубинський з цього приводу, зокрема, писав, що ніколи й ніде неврожай і дорожнеча цін та предмети першої необхідності, погане управління, підвищення податків, що покладаються на малозабезпечені класи, не вели до зниження злочинності, ніколи й ніде боротьба із цими явищами не підвищувала злочинність, а завжди послаблювала [38, с.46]. А такі реформи в кримінально-виконавчій політиці України, особливо в правозастосувальній практиці, є очевидними. Так, тільки 50% засуджених, які по формальних ознаках підпадають під дію ст.81 КК «Умовно-дострокове звільнення від відбування покарання» щорічно використовують цю пільгу закону, а іншим особам адміністрація колонії відмовляє через наявність порушень режиму відбування покарання [31, с.288]. У більшості випадків, як свідчать проведені дослідження, такими останні стають через певну свавільну дисциплінарну практику персоналу колоній, який у 50% випадків до осіб, які вперше вчинили правопорушення, застосовують крайні засоби реагування, що передбачені ст.132 КВК України [10, с.82-83].

1. Виправно-трудоий кодекс України: Затверджений Законом Української РСР від 23 грудня 1970р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. - №1. – Ст.5.
2. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. – Ростов н/Д., 1964. – 184с.
3. Давыденко Л.М., Бандурка А.А. Противодействия преступности: теория, практика, проблемы: Монография. – Харьков, 2005. – С.244.
4. Дотримання прав людини в місцях позбавлення волі (Витяг з доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за 1998-1999р.р.) // Аспект: Ін форм. бюлет. – Донецьк: Донецький Меморіал, 2001. - №3(4). – С.13.
5. Демченко В.Г. Наказание по Литовскому статуту (в его трех редакциях 1529, 1566, 1588г.г.). – К., 1894. – С.176.
6. Загальні засади призначення кримінальних покарань в Україні: Навч. посібник / Л.С. Горбач, О.Г. Колб; За заг. ред. О.Г. Колба. – Луцьк: РВВ «Вежа», 2006. – С.163-132.
7. Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права. Часть общая. – К., 1982. – С.10.
8. Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права. Часть общая. – К., 1982. – С.126.
9. Колб. О.Г. Запобігання злочинності у місцях позбавлення волі: Навч. посіб. – Луцьк, 2005. – С.114-117.
10. Колб О.Г. Запобігання злочинності у місцях позбавлення волі: Навч. посібник. – Луцьк, 2005. – С.82-83.

11. Колб О.Г. Установа виконання покарань як суб'єкт профілактики злочинів: Монографія. – Луцьк: РВВ «Вежа» Волин. держ. ун-ту ім. Л. Українки, 2005. – С.28-30.
12. Комиссаров А.Н. Уголовный закон // Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник/ Под ред. Б.В. Здравомыслова. – М., 200. – С.28.
13. Кузнецова Н.Ф. История российского уголовного законодательства XX века (Общая часть) // Курс уголовного права. Общая часть. – Т.1: Учение о преступлении / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.Т. Тяжковой. – М., 1999. – С.19-20.
14. Кузьмин С., Гылязутдынов Р. Гулаг в годы войны // Преступление и наказание. – 1998. - №5. – С.28-31.
15. Краинский В.Д. Материалы к исследованию истории русских тюрем в связи с историей общества попечительного о тюрьмах. – Чернигов, 1912. – С. 40-62.
16. Кримінально-виконавче право України (Загальна та особлива частини): Навч. посібник / За заг. ред. О.М. Джузи. – К., 2002. – С.37.
17. Кримінально-виконавче право України (Загальна та особлива частини): Навч. посібник / За заг. ред. О.М. Джузи. – К., 2002. – С.38.
18. Лопашенко Н.А. Уголовный кодекс Российской Федерации. Общая часть /
19. Лучинский Н.Ф. Краткий очерк деятельности Главного тюремного управления за 35 лет существования (1879 - 1914) // Тюремный вестник. – СПб., 1914. - №2. – С.285.
20. Маляренко В.Т. Про соціальну зумовленість і справедливість покорення // Вісник Верховного Суду України. – 2002. - №2(31). – С.34-35.
21. Маляренко В.Т. Про соціальну зумовленість і справедливість покарання // Вісник Верховного Суду України. – 2002. - №3(31). – С. 38.
22. Оцінка в'язничної системи України // Оцінка, шляхи подальшого реформування в'язничної системи України. – К., 1999. – С.16.
23. Оцінка в'язничної системи України // Оцінка, шляхи подальшого реформування в'язничної системи України. – К.: Рада Європи - ГУВП МВС України, 1998. – С.1-92.
24. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29.06.1984р. № 5 «Про практику застосування судами України законодавства про повторні злочини» // Практика розгляду судами кримінальних справ: Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. – К.: Атіка, 2004. – С.351.
25. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року №7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» // Практика розгляду судами кримінальних покарань: Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. – К., 2004. – С.257-268.
26. Предупреждение пыток в Украине: Доклады Комитета по предупреждению пыток Совета Европы по итогам визитов в Украину делегации Комитета в 1998, 1999 и 2000 г.г. и ответы Правительства Украины на эти доклады. – 2-е изд., исправ. и допол. – Донецк: Донецкий Меморіал, 2003. – 252с.
27. Про затвердження Положення Державного департаменту України з питань виконання покарань: Указ Президента України від 31 липня 1998р. №827/98 // Офіційний вісник України. – 2000. - №24. – Ст.992.

28. Про основні напрямки реформи кримінально-виконавчої системи України: Постанова Кабінету Міністрів України від 11.07.1991р. №88. – К., 1991. – 35с.
29. Рекомендация R(99)22 Комитета Министров Совета Европы «О переполненности тюрем и росте числа их заключенных» от 30.09.1999г. // Аспект: Информ. бюл. – Донецьк, 2000. - №1. – С.50-54.
30. Розгляд судами загальної юрисдикції справ різних категорій протягом 1990-2000рр. // Вісник Верховного Суду України. – 2002. - №1(25). – С.14.
31. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. – К., 2004. – С.288.
32. Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. – К., 2004. – С.278-308.
33. Тюремная реформа: поиски и достижения. – Харьков: Фолио, 1999. – С.112.
34. Фаренюк С.Я. Пенітенціарні засади проекту Кримінально-виконавчого кодексу України // Проблеми пенітенціарної теорії і практики. – К.: Бюлетень Київського інституту внутрішніх справ, 1996. - №1. – С.25.
35. Фріс П.Л. Нарис історії кримінально-правової політики України: Монографія / За заг. ред. М.В. Костицького. – К.: Атіка, 2005. – С.36.
36. Чебышев-Дмитриев А. О преступном действии по Русскому допетровскому праву. – Казань, 1862. – С.94.
- Под ред. Р.Р. Галиакбарова. – Саратов, 1997. – С.47-50.
37. Черепнин Л.В. Общественно-политические отношения в Древней Руси и Русская Правда // Древнерусское государство и его международное значение. – М., 1965. – С.143.
38. Чубинский М.П. Курс уголовной политики. – 2-е изд. – СПб., 1912. – С.46.
Kondratishyna V.V., Kolb O.H.

Criminal executive policy as the historical product of state's domestic affairs

The authors dedicated their work to the analyses of the history of criminal executive system and policy. They made a periodization of the system formation, defined the criminal executive policy and made propositions towards removal of negative tendency in the formation.

Keywords: criminal executive policy, formation, negative tendency

Король І.Б.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ СПОВІДІ ГРОМАДЯН КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИМИ ЗАСОБАМИ: ПРОПОЗИЦІЇ ДО ЗАКОНОДАВСТВА

УДК 343.9

Найголовнішим компонентом повноцінного життя людини є свобода. Лише в її умовах людина повною мірою може задовольнити власні потреби та інтереси, може ставити перед собою найрізноманітніші цілі і намагатися їх досягти, може розвивати і реалізовувати у різних напрям-

ках свої здібності тощо. Але людина живе у суспільстві в оточенні не тільки гармонії, а й суперечностей та конфліктів. Тому важливо, щоб її свобода була надійно підкріплена гарантіями захищеності від зовнішнього неправомірного втручання [15, с.18].

Право лише у найзагальніших рисах впливає на характер відносин між людьми у сфері особистого життя. Ці відносини регулюються в основному моральними та релігійними нормами. Як зазначає І.Л.Петрухін, право на особисте життя виражається, зокрема, у свободі спілкування між людьми на неформальній основі. Людина сама визначає коло своїх знайомств і зміст розмов з близькими, знайомими, рідними. Вся сфера сімейного життя, родинних і дружніх зв'язків, домашнього укладу, інтимних та інших особистих відносин, уподобань, симпатій і антипатій охоплюється поняттям недоторканості особистого життя [14, с.7-8]. Таким чином, особисте життя не тільки морально-соціальна, але й правова категорія; вона набуває правового змісту у зв'язку із встановленням обов'язку держави захищати її від порушень [6, с.157].

Вищесказане дає підстави ставити питання про державний захист таємниці сповіді громадян як складової конфіденційної інформації про особу. Саме цим і визначається **мета даної статті** – дослідити питання необхідності та можливості встановлення кримінально-правової охорони таємниці сповіді священнослужителю.

У сучасній юридичній літературі фактично відсутні наукові розробки цього питання, на основі яких можна було б виробити обґрунтовані пропозиції про внесення змін до чинного законодавства України. Так, у даний час в Україні таємниця сповіді переважно є об'єктом досліджень богословсько-теологічної науки [2], що ж до питання про встановлення юридичної відповідальності за розголошення цієї таємниці, то воно піднімалося лише під час розробки проекту Кримінального кодексу у України 1994-2001 рр. [16; 6].

Таємниця сповіді священнослужителю є одним із видів професійної таємниці – конфіденційної інформації, яка довіряється представникам певних професій громадянами з метою здійснення (захисту) своїх прав та законних інтересів (у тому числі – права на свободу світогляду і віросповідання, яке згідно ч. 1 ст. 35 Конституції України, включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність)..

У наш час вплив церкви, релігійності, релігійних норм і цінностей на життя суспільства у постсоціалістичних державах значно збільшився. Це пояснюється у певній мірі суттєвою зміною умов життєдіяльності

і підходом до релігії як важливої інтегруючої сили і фактора духовно-морального відродження народу.

Святі Тайни встановлюються тільки у християнських Церквах. Як у католицькій, так і в православної Церкві встановлено 7 Святих Тайн: Хрещення, Миропомазування, Євхаристія, Каяття (Сповідь), Помазування хворих (Єлеопомазування), Священство, Шлюб. Кожна Свята Тайна (за церковними канонами) має видимі і невидимі для людського ока сторони своєї дії [4, с.1]. У зв'язку з цим тільки Тайна Каяття (Сповідь) набуває особливого значення, оскільки її зміст має стати недоступним нікому, окрім священнослужителя і того, хто сповідається.

Історія каяття і покути дуже давня. Про каяття за недобрі вчинки зустрічаємо згадки у багатьох літературних пам'ятках народів Сходу, у тому числі у Старому Завіті [3, с.2]. Євангелія передає нам, що Покаяння, як Тайну, установив сам Ісус Христос. У Євангелії від Луки згадується, як Ісус Христос оздоровив “розслабленого” й сказав йому: “Чоловіче, прощаються тобі гріхи твої” (Лук. 5: 17-20). Після воскресіння Ісус з'являється учням, звертаючись до них зі словами: “Мир вам! Як Мене послав Отець, так Я посилаю вас!” Сказавши це, Він дихнув і говорить до них: “Прийміть духа Святого! Кому гріхи простите, – простяться їм, а кому затримате, – то затримуються!” (Ів. 20: 21-23). Таким чином, Євангелія чітко підкреслюють, як була встановлена Тайна покаяння. Вона пройшла довгий і тривалий процес свого існування. Після Реформації частина християн, які перейшли до протестантизму, відмінили Тайну каяття. У протестантів вона існує лише як обряд, коли людина при всій громаді кається у своїх гріхах. У католиків та православних Тайна каяття збереглася так, як за святими переказами, вона уділялась Апостолами.

Тайна каяття передбачає велику підготовчу роботу совісті тієї людини, яка кається, і полягає у дотриманні “п'яти умов доброї Совісті”. До них належать і такі, як “зробити іспит совісті” та “визнати гріхи на Сповіді перед Священником” [3, с.2].

Тайна покаяння вимагає, щоб кожен каятник зробив спершу іспит совісті. Для того, щоб зробити іспит совісті, спочатку потрібно пригадати всі свої гріхи.

Визначення гріха дають підручники з катехизму: “Гріх – це добровільний і свідомий переступ людиною Божої волі... Бог залишив за людиною право вільного вибору. Людина може вчинити добро чи зло. Все зло, яке людина чинить проти інших людей, є одночасно злом проти Бога. Це зло і називається гріхом... Гріх може бути здійснений думкою, вчинком, необережністю, навіть байдужістю” [9, с.34, 106-107, 208].

Як зазначає Л.Я.Геник, “при вчиненні дуже важливу роль має намір. Адже гріх у думці – також гріх. Цікавим є той факт, що, за християнськими канонами, погана думка – теж гріх” [3, с.2]. Крім цього, слід враховувати й те, що віруючий “для дотримання умов доброї Сповіді” повинен визнати всі гріхи перед священником. Таким чином, ми можемо стверджувати, що зміст Сповіді складають відомості, довірені громадянином священнику, які носять найособистісніший (найінтимніший, найпотаємніший) характер серед інших видів довіреної інформації, що складають професійні таємниці.

Історії відомі численні випадки, коли порушення таємниці сповіді призводило до тяжких наслідків. Так, однією із причин трагічного розвитку подій “Кривавої неділі” 9 січня 1905 року історики вважають факт розголошення таємниці сповіді священником Шліссельбурзької в'язничної церкви Георгієм Гапоном співробітникам царської охоранки [10, с.4; 11, с.4; 12, с.125]. Саме цей факт став причиною і того, що 31 січня 1905 року Синод позбавив Гапона сану і виключив із духовного звання [11, с.164].

Всі вони призводили до надзвичайно тяжких наслідків для особи. Тому виникає необхідність законодавчого закріплення та гарантування таємниці сповіді, що й було зроблено в Законі України “Про свободу совісті та релігійні організації”: “Ніхто не має права вимагати від священнослужителів відомостей, одержаних ними при сповіді віруючих” [8].

Доречно буде зазначити, що проект Кримінального кодексу України, розроблений Комісією Верховної Ради України з питань правопорядку та боротьби із злочинністю, вміщував статтю “Порушення таємниці сповіді” (ст. 146) [16]. Однак ця пропозиція була піддана критиці в юридичній літературі. В.Бородчук зазначає: “...сповідь практикується в православних та греко-католицьких і римо-католицьких церквах. А в Україні існує безліч інших релігійних конфесій. Таким чином, вільно чи невільно автори проекту захищають цією нормою тільки деякі з існуючих конфесій і де-факто ставлять їх у привілейованіше становище” [1, с.7].

Як зазначає О.С.Дьомушкін, „релігійну таємницю можна розділити на два види: 1) таємниця віруючого, його право приховувати свою приналежність до релігії; 2) таємниця, довірена священнику, яку той не повинен розголошувати, наприклад, таємниця сповіді...”

Другий вид – зберігати в таємниці довірені на сповіді відомості – професійний обов'язок священника, передбачений священними канонами. Ця таємниця не може бути розголошена у спілкуванні священника з громадянами, включаючи службових осіб... Священник не може роз-

голошувати таємницю сповіді не тільки на офіційному допиті, але і в приватній чи напівофіційній розмові” [7, с.102-103].

В Кримінальному кодексі РФ відповідальність передбачена лише за „перешкодження здійсненню права на свободу совісті і віросповідань” (ст.148) – тобто тільки за незаконне розголошення й інші форми порушення режиму недоторканності першого (із загданих О.С.Дьомушкіним) виду релігійної таємниці. Таким чином, в Росії таємниця сповіді священнослужителю фактично також не поставлена під охорону кримінального закону [17, с.374].

Вищезгадані взаємно протилежні наукові позиції В.Бородчука та О.Дьомушкіна для свого розв’язання вимагають більш глибокого аналізу із застосуванням сучасних наукових розробок такого поняття, як „режим відокремлення церкви від держави”.

Зміст режиму відокремлення церкви від держави, який існує і в Україні (ч. 3 ст. 35 Конституції України) щодо ставлення держави до церкви, характеризується такими ознаками: 1) держава та її органи не мають права контролювати ставлення своїх громадян до релігії і не ведуть обліку громадян за цією ознакою; 2) держава не втручається у внутрішню церковну діяльність (якщо при цьому не порушуються чинні закони). Зокрема, держава не втручається у зміст віроучень, обрядів, церемоній культу та інші форми задоволення релігійних потреб...; 3) держава не надає церкві матеріальної або будь-якої іншої, у т. ч. фінансової, підтримки [13, с.89]. Як видається, правовий захист з боку держави таємниці сповіді не виходить за рамки режиму відокремлення церкви від держави, виходячи з таких міркувань.

З одного боку, держава жодним чином не порушує та не втручається в обряд Сповіді, оскільки тільки санкціонує вже проголошену церквою її таємницю. А з іншого, – розголошення таємниці сповіді може завдати значної шкоди громадянам, бо в кінцевому результаті порушуються їх конституційні права на особисте і сімейне життя та свободу думки (ст. ст. 32, 34 Конституції України). Тобто *розголошення таємниці сповіді виходить за рамки внутрішньої діяльності церкви, через що (з урахуванням вищесказаного) потребує кримінально-правового захисту.*

Відповідно, захист таємниці сповіді має бути гарантований і у сфері кримінального судочинства.

У п. 1 ч. 1 ст. 69 КПК та п. 1 ст. 141 проекту КПК України до осіб, які не можуть бути допитані як свідки, віднесені й священнослужителі: „...з приводу того, що їм довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності, якщо вони не звільнені від обов’язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості”.

Але таке однозначне, універсальне визначення змісту професійної таємниці без урахування її виду та специфіки є непридатним для забезпечення як інтересів охорони таємниці сповіді, так й інтересів судочинства. По-перше, вказівка на можливість звільнення священнослужителів від обов’язку зберігати “професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості”, грубо порушує основи християнської релігії і є прямим втручанням держави у справи церкви. І, по-друге, в інших випадках (крім збереження таємниці сповіді) християнські церковні канони не забороняють священникам свідчити у суді, більше того, на них буде покладена подвійна відповідальність за дачу неправдивих показань – перед законом і перед Богом.

Додатковим підтвердженням тому може слугувати досвід законодавчого врегулювання даного питання у дореволюційній Росії. Так, за правилами Судових статутів 1864 р. не могли бути допитані як свідки (“не допускались до свідчення”) священнослужителі – “стосовно зізнання, зробленого їм на сповіді” (ст. 93 та пп. 2 і 3 ст. 704 Статуту кримінального судочинства).

Тому, з урахуванням вищенаведеного, можна ставити питання про внесення доповнень до Кримінального кодексу України та змін до Кримінально-процесуального кодексу України.

Як видається КК України слід доповнити нормою такого змісту:

Стаття 181-1 „Порушення таємниці сповіді священнослужителю”.

„1. Незаконне використання або поширення інформації, яка повідомляється на сповіді громадянами священнослужителям, – караються...
2. Ті самі дії, якщо вони спричинили тяжкі наслідки, – караються...”

До ст. 69 КПК та ст. 141 проекту КПК України слід включити окремий пункт такого змісту: „...”) священнослужителі – з приводу того, що стало їм відомо на сповіді громадян”.

1. Бородчук В. Яким бути Кримінальному кодексу України // Урядовий кур’єр. – № 62-63. – 21 квітня 1994 року. – С.7.
2. Владика д-р Софрон Мудрий, ЧСВВ. Сповідь: джерело ласки. – Видання 2-е, доповнене. – Івано-Франківськ: Вид-во Івано-Франківського Теологічного Катехетичного Духовного Інституту, 1999. – 392 с.
3. Генник Л. Святі тайни (продовження) // Голос Краю. – Число 2. – 18 жовтня 2000. – С.1-2.
4. Генник Л. Святі тайни // Голос Краю. – Число 2. – 19 квітня 2000. – С.1-2.
5. Гусев В. Г. Гапон – секретний співробітник охоранки чи борець за народну справу? // Історія України. – 1999. – № 34. – С.3-6.
6. Демократия и правовой статус личности в социалистическом обществе. – М.,

1987. – С.157.
7. Демушкин А.С. Документы и тайна.-М., ООО „Городец-издат”, 2003.- 400 с.
 8. Закон України “Про свободу совісті та релігійні організації” // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1991. – № 25. – ст.283.
 9. Катехизм християнської віри. – Каунас: Zaltvyksle, 1990. – 238 с.
 10. Крапива П. Гапон: революция 1905 г. // Правда Украины. – 1992. – 27 мая. – С.4.
 11. Лурье Ф. Гапон и Зубатов (к истории политического сыска в России) // Нева. – 1990. – № 4. – С.161-175.
 12. Любимов Д.И. Гапон и 9 января // Вопросы истории. – 1965. – № 8. – С.123-130.
 13. Морозова Л.А. Государство и церковь: особенности их взаимоотношений // Государство и право. – 1995. – № 3. – С.86-95.
 14. Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. – М.: Юрид. лит., 1989. – 192 с. – (Сер. «Право для всех»).
 15. Погорілко В.Ф., Головченко В.В., Сірій М.І. Права та свободи людини і громадянина в Україні. – К.: Ін Юре, 1997. – 52 с. – (Б-чка «Нова Конституція України»).
 16. Проект Кримінального кодексу України (внесений на розгляд Верховної Ради України Комісією з питань правопорядку та боротьби із злочинністю) // Імнем Закону. – № 43. – 28 жовтня 1994 року. – С.1-16.
 17. Уголовное право: Часть Общая. Часть Особенная. Учебник / Под общ. ред. проф. Л.Д.Гахмана, проф. Л.М.Колодкина и проф. С.В.Максимова. – М.: Юриспруденция, 1999. – 784 с.

Korol I.B.

Providing the confidentiality of people's confessions by the penal (criminal) means: the propositions to the legislation

In this article are investigated the questions of the importance and possibility of establishment of the criminal protection of the secrecy of confession to the preach from the position of dividing church from the state.

Key words: confession, secrecy of confession, church, state

Круль С.М

ЗЛОЧИНИ У СФЕРІ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ: НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ АСПЕКТИ

УДК 343.9

Протягом останнього двадцятиріччя в світі триває процес формування інформаційного суспільства, а тому все більше розвиваються обчислювальні та інформаційні мережі — унікальний симбіоз комп'ютерів і комунікацій. З кожним днем активніше розвиваються сучасні інформаційні технології і в Україні. Людська цивілізація на межі тисячоліть вступила в еру інформації. Світовою системою комп'ютерних комунікацій щодня користуються сотні мільйонів людей... Це надає нових

можливостей розвитку національної культури, освіти, науки й економіки. Але поширення інформаційних технологій має і негативний аспект: відкриває шлях до антисоціальної та злочинної поведінки. Комп'ютерні системи містять в собі нові, дуже досконалі можливості для невідомих раніше правопорушень, а також для скоєння традиційних злочинів, але нетрадиційними засобами [1, с.8].

Крім того, що злочини, які вчинені з використанням переваг найсучасніших технологій, завдають великих економічних збитків, суспільство стає все більш залежним від роботи автоматизованих систем у різноманітних сферах життя – від управління збройними силами, підприємствами, організаціями, відомствами, рухом літаків і поїздів до медичного обслуговування населення та національної безпеки. Іноді, навіть, незначний збій у функціонуванні таких систем може призвести до реальної загрози життю людей. Стрімке зростання глобальних комп'ютерних і телекомунікаційних мереж, а також можливість підключення до них через звичайні телефонні лінії посилюють можливості їх використання для кримінальної діяльності.

Безумовно, найбільше від таких злочинів потерпають розвинуті в технічному відношенні країни, однак і в інших країнах з початком процесу комп'ютеризації створюються сприятливі умови для скоєння таких злочинів. Зокрема, глобальна комп'ютерна мережа Internet надає можливість увійти до будь-якої світової відомчої комп'ютерної системи, у тому числі і військової. До того ж це можна зробити майже з будь-якої точки світу. Порівняно з Великобританією, Німеччиною, США, Японією національна безпека України поки що залежить від комп'ютерних мереж значно менше: комп'ютерних злочинів, в основному, зазнає у нас фінансово-кредитна сфера. Але в недалекому майбутньому такі злочини можуть призвести до глобальних катастроф – екологічних, економічних, транспортних тощо. Введення сучасної системи управління культурою, освітою, наукою, медициною, рухом літаків у повітрі, поширення телекомунікаційної мережі, впровадження системи електронних платежів, використання комп'ютерів у діяльності правоохоронних органів та у військовій справі значно розширили сферу діяльності всіх різновидів комп'ютерних злочинців (хакерів та крєкерів, фріків та кібершахраїв, колекціонерів та піратів).

Упродовж років науковцями вивчались проблеми, пов'язані з бурхливим розвитком феномену, відомого в усьому світі під назвою «комп'ютерна злочинність». Загальноприйнято, що це поняття включає всі протизаконні дії, при яких електронне опрацювання інформації було знаряддям їх скоєння або їх об'єктом.

Отже, комп'ютерна злочинність – це міжнародне явище, рівень якої тісно пов'язаний з економічним рівнем розвитку суспільства в різних державах та регіонах. При цьому менш розвинуті в технічному відношенні країни завдяки діяльності міжнародних правоохоронних організацій мають можливість використати досвід більш розвинутих країн для запобігання та викриття комп'ютерних злочинів. Загальні тенденції, злочинні засоби та заходи запобігання є в різні відрізки часу однаковими для різних країн, що базується на єдності технічної, програмної та методичної бази цих злочинів [3, с.137].

Таким чином, поняття «комп'ютерна злочинність» разом з розвитком комп'ютерних, телефонних технологій поступово трансформувалося у поняття злочинів у сфері інформаційних технологій.

Характерні риси злочинності в галузі інформаційних технологій:

1. як правило, міжнародний характер злочину (виходить за межі однієї держави);
2. труднощі у визначенні «місцезнаходження» злочину;
3. слабкі зв'язки між ланками в системі доказів;
4. неможливість спостерігати і фіксувати докази візуально;
5. широке використання злочинцями засобів шифрування інформації. [2, с.211]

Громадськість усе більше цікавиться цими питаннями, оскільки кожний власник або користувач комп'ютера, телефону, модему, пластикової картки – це потенційний потерпілий, якого можуть очікувати тяжкі наслідки в разі вчинення злочину, особливо в державному, комерційному та промисловому секторах, де можливі великі фінансові втрати. Комп'ютерні злочинці за допомогою міжнародних комп'ютерних мереж – типу Інтернет – широко розповсюджують свій кримінальний досвід, не звертаючи уваги на національні кордони, що вимагає відповідних кроків кооперації від правоохоронних установ, що протидіють цим злочинам. Усе це вимагає оперативного обміну інформацією про комп'ютерні злочини.

Починаючи з 1991 року при Генеральному Секретаріаті Інтерполу діє Робоча група з проблем комп'ютерної злочинності, яка вивчає цей вид злочинів у різних країнах, розробляє рекомендації, допомагає в стандартизації національних законодавств, напрацьовує методичний досвід розслідування комп'ютерних злочинів.

За час існування Робоча група створила сучасну класифікацію комп'ютерних злочинів, розробила уніфіковану форму повідомлення (запиту) про такі злочини, працює над створенням довідника «Комп'ютери та Злочини», намагаючись стандартизувати методи й процедури розслі-

дування в різних країнах, щорічно організує навчальні курси з підготовки національних кадрів фахівців.

Розширення сфери діяльності Робочої групи привело її до перейменування 1996 року в Європейську робочу групу з проблем злочинності у сфері інформаційних технологій, та було визначено три пріоритетні напрямки діяльності даної групи:

- 1) Internet-аналіз ситуації, дослідження питань правового і поліцейського характеру;
- 2) шахрайства з використанням електронних засобів платежу;
- 3) шахрайства з використанням різних засобів зв'язку і телекомунікацій.

Особлива увага приділяється саме питанням міжнародного співробітництва при розслідуванні комп'ютерних злочинів. У багатьох країнах для боротьби з цим видом злочину створені спеціалізовані підрозділи, які займаються виявленням, розслідуванням комп'ютерних злочинів та збором іншої інформації з цього питання на національному рівні. Саме спеціалізовані національні поліцейські підрозділи утворюють головне ядро сил протидії міжнародній комп'ютерній злочинності. Такі підрозділи вже створені і діють тривалий час у Сполучених Штатах Америки, Канаді, Великобританії, Німеччині, Швеції, Швейцарії, Бельгії, Португалії, Австрії, Польщі та багатьох інших країнах. [3, с.139]

Для того, щоб інформація з інших країн швидко та в доступній формі (мова повідомлення, специфічні терміни, коди злочинів тощо) надходила до національних спеціалізованих підрозділів (якщо їх немає, то до інших компетентних органів), а також для оперативного обміну такою інформацією між країнами, Генеральний Секретаріат Інтерполу ще 1994 року рекомендував усім країнам – членам організації створити національний центральний консультативний пункт з проблем комп'ютерної злочинності (National Central Reference Point) та закріпити конкретних співробітників для роботи з інформацією про комп'ютерні злочини. На даний час 18 європейських країн уже створили такі пункти й надіслали інформацію до Генерального Секретаріату. Ці пункти створені, як правило, в апараті Національних бюро Інтерполу або в спеціалізованих підрозділах, які займаються комп'ютерною злочинністю або економічними злочинами.

На базі НЦБ Інтерполу в Україні такий пункт був створений 17 вересня 1996 року. Це дало можливість накопичити матеріал про законодавче регулювання та організаційний досвід попередження, розкриття і розслідування комп'ютерних злочинів у різних країнах, підготувати низку аналітичних оглядів і публікацій з цих питань, ознайомити спів-

робітників МВС, прокуратури, суду з цим, порівняно новим для України, видом злочинів, внести конкретні пропозиції щодо удосконалення кримінального законодавства України [2, с.211].

1. Інформаційна діяльність в правознавстві: Монографія. – К.: Наука і життя, 2007. – 244 с.
2. Криміналістика: підручник – за ред. П.Д. Біленчука – К.: Право, 1997 – 256 с.
3. П.Д. Біленчук, М.Т. Задояний. Основи криміналістики: інноваційні технології та основи організації розслідування злочинів: навчальний посібник. – Черкаси: Східноєвропейський ун-т економіки і менеджменту, 2008. – 193 с.

Krul S.M.

Crimes in the sphere of informative technologies: the national and international aspects

The author opens the question of crimes in the sphere of informative technologies, he defines this kind of crime and gives its features. The activity of European working group in the sphere of informative technologies is analyzed.

Key words: crimes in the sphere of informative technologies, the computer crimes, European working group in the sphere of informative technologies, Internet.

Медицький І.Б.

ОСОБИСТІТЬ ПАТОЛОГІЧНОГО ГРАВЦЯ: СОЦІО-КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ

УДК343.9

Динамічні процеси, каталізатором розвитку яких стало формування України як незалежної, демократичної держави із векторною ринковою економікою, неминуче викликали до життя і супутні наслідки деструктивного характеру. Кризовість українського суспільства в економічній, соціальній, духовній сферах буття якісно вплинула на криміногенну ситуацію, зумовивши ріст її кількісно-якісних параметрів; особливий розвиток при цьому отримали численні форми адиктивної поведінки – наркоманія, алкоголізм, проституція, безпритульність тощо. Не зважаючи на те, що фонові явища злочинності вже протягом тривалого часу перебувають у призмі зору науковців (Ю.В. Александров, В.В. Голіна, І.М. Даньшин, В.Е. Эминов, А.П. Закалюк, В.Н. Кудрявцев, В.І. Шакур та ін.), а у правозастосовчій діяльності реалізуються заходи, спрямовані на зменшення їх криміногенного потенціалу, окремі з них й надалі продовжують залишатися без належної уваги та реакції. Мова йде, передусім, про ігromанію, – соціально-психологічний феномен, який:

1. офіційно визнаний Всесвітньою організацією охорони здоров'я у якості психічного захворювання ХХІ ст.;

2. фактично вийшов за рамки локальної проблеми та набув характеру “соціального захворювання”;

204

3. виражається у “відносно розповсюдженому та статистично стійкому захопленні грою значною частиною населення, що тягне певні, інколи незворотні медико-психіатричні та соціальні наслідки” [3, с.105].

Метою даної статті є соціально-кримінологічна характеристика особистості патологічного гравця – людини, хворобливий стан якої характеризується клінічними ознаками й потребує лікування.

Як зазначає завідувач кафедри дитячої, соціальної та судової психіатрії Київської медичної академії післядипломної освіти ім. П. Шупіка, професор А. Чуприков, у багатьох гравців переважає ірраціональне (міфологічне) мислення: психічно звужена свідомість із домінантним оптимізмом стосовно виграшу, надією на збагачення, низька самодисципліна, конформність, проблемна поведінка [2, с.17]. У цих людей спостерігається різноступенева психічна деградація, яка включає морально-етичні, інтелектуально-мнестичні, емоційні та поведінкові відхилення на фоні часткової соціальної дезадаптації. Однак відразу слід зробити акцент на тому, що феномен ігromанії не варто пов'язувати виключно із азартними іграми з метою отримання прибутку (хоча це найбільша її складова), головним чином – це прагнення людини реалізувати, дати вихід своєму азарту під час гри (думка – І.М.).

З огляду на певні критерії патологічних гравців можна поділити на наступні категорії:

- за патологічним захопленням до виду азартної гри – гравці на гральних автоматах (63,4%), гравці в рулетку та карти (31,2%), гравці на іподромі (5,4%);
- за віком втягнення у азартні ігри – 21-30 (44,3%), 31-40 (37,7%), 41-50 (14,9%), 51-65 (3,1%) років;
- залежно від статі – чоловіки (89,7%), жінки (10,3%);
- із поєднаною залежністю (78,7%) – азартна гра + алкогольна залежність (43,2%), азартна гра + наркоманія (11,1%), азартна гра + психопатія (24,4%); без супутньої психічної патології (21,3%); із специфічними розладами особистості – 31,7%; із спадковістю у формі алкоголізму (41,4%), наркоманією (2,7%), психічними захворюваннями (37,4%); без спадковості у формі наркологічних і психічних захворювань;
- за особливостями поведінки – девіантність (21,4%), делінквентність (правопорушення, проступки – 17,3%);
- за рівнем освіти – вища (8,7%), незакінчена вища (11,1%), середня спеціальна (19,8%), середня (41,7%), незакінчена середня (15,1%), початкова (3,6%);
- за сімейним статусом – одружені/заміжні (23,4%), розлучені (29,3%), що перебувають в шлюбі (47,3%, в тому числі у повторному);

205

• за рівнем реабілітаційного потенціалу – високий (21,8%), середній (57,7%), низький (20,5%).

Найбільш чисельну групу (майже 75%) серед патологічних гравців складають підлітки, психологічна залежність яких викликає в суспільстві обгрунтоване занепокоєння через появу конкретних негативних наслідків. Надмірне їх захоплення віртуальним чи гральним світом призводить до погіршення психічного здоров'я, тяжких розладів психіки і поведінки. І прикладів цьому, як вітчизняна, так і зарубіжна статистика наводить чимало. Якщо у 1992 р. захворюваність громадян України на розлади психіки становила 61,0 випадків на 10 тис. підлітків, то у 2001 р. вона вже склала 69,4 випадків (динаміка – 7,3%) [4, с.37]. За даними директора Центру соціальної і судової психіатрії ім. Сербського академіка Т. Дмитрієвої, за останні 10 років захворюваність на психічні розлади в Росії зросла у 1,5 рази, а серед дітей та підлітків спостерігається ріст у 2,5 рази. В Росії офіційно зареєстровано майже 6 млн. осіб, які страждають на психічні розлади, і це тільки офіційні дані. В дійсності ж тими чи іншими психічними захворюваннями в Росії страждають біля 30 відсотків населення (приблизно 50 млн. осіб).

Звичайно, що психічні розлади можуть бути викликані й іншими чинниками, серед яких вживання алкогольних напоїв, наркотичних та психотропних речовин тощо, однак достатньо високу питому вагу в загальному масиві цих захворювань мають і аналізовані обставини. Почали з'являтися випадки (поки що поодинокі), коли безперервне (протягом двох-трьох діб) і безвідпочинкове “зависання” в Інтернеті приводило до смертельних випадків через нервово-психічне перевантаження, киснево-тканинне голодування мозку та ін.

В Україні спостерігаються тенденції росту смертності та скорочення середньої тривалості життя, що стосується, відповідно, і молоді. У структурі зовнішніх дій як причин смерті молоді віком 15-29 років у 2001 р. значна частка припадає на самогубства (19,3%), коефіцієнт яких протягом 1991-2000 рр. підвищився з 22,6 до 35,1 у розрахунку на 100 тис. осіб [4, с.38]. Вітчизняна статистика не містить даних про безпосередні причини самогубств, однак відомими є випадки, коли нездатність побороти гральну залежність, матеріальна безвихідь та боргова кабала, зруйновані сім'ї штовхають особу до такого кроку. Як зазначає Ю. Александров, близько 500 тис. чоловік у всьому світі закінчують життя самогубством на ґрунті ігроманії [1]. Можна констатувати ту обставину, що, за відсутності ефективної системи протидії, ця проблема у молодіжному середовищі поглибитися та сприятиме поширенню таких негативних тенденцій, як зниження мотивації праці і навчання, неможливість само-

реалізації, безнаглядність та безпритульність, злочинні прояви, вживання наркотичних і токсичних речовин, суїцидальна поведінка.

Як свідчить слідчо-судова практика, злочини, вчинені патологічними гравцями, переважно характеризуються раптовістю виникнення умислу, корисливими мотивами та метою збагачення, невмотивованою жорстокістю до потерпілих тощо. При розслідуванні такого роду протиправних діянь обгрунтовано видаватиметься практика обов'язкового проведення судово-психіатричної експертизи та вирішення питання про стан обмеженої осудності. Уявляється, що особа патологічного гравця має такий психопатологічний стан, за якого він, через наявний психічний розлад, не спроможний в повному обсязі усвідомлювати характер власної поведінки та керувати нею.

Підсумовуючи сказане, приходимо до висновку, що ігроманія є психічним захворюванням, вона може бути наслідком як самостійного психічного розладу, так і його складовою, головним симптомом нав'язливого стану, частиною емоційного (афективного) розладу чи одним із проявів епілепсії. І тому до вирішення цієї проблеми необхідно залучати також психіатрів, психологів, соціальних працівників. Що стосується розслідування злочинів, суб'єктами вчинення яких виступатимуть патологічні гравці, то увага повинна бути спрямована на з'ясування матеріально-правових підстав (стан обмеженої осудності і пов'язані з ним моменти) та забезпечення в ході досудового слідства кримінально-процесуальних гарантій їх прав.

1. Александров Ю. Ефект гри // День. – 2007. – 19 жовтня (№179).
2. Котляр А. Людина-гравець // Дзеркало тижня. – 2006. – 22-28 липня –№28 (607). – С.17-19.
3. Кудрявцев В.Н., Эминов В.Е. Причины преступности в России: Криминологический анализ. – М.: Норма, 2006. – 112 с.
4. Шакур В.І. Суспільство і злочинність. – К.: Атіка, 2003. – 784 с.
Medytsky I.B.

The social-criminology description of pathological players

An article was devoted to the question of gambling, as to the background phenomenon of criminality, on the whole, and in particular - to the social-criminology description of pathological players, as to the persons, the sickly state of which needs an use of exigent measures of different maintenance.

Keywords: gambling, pathological players

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ, КРИМІНАЛІСТИКИ ТА СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

Дердюк Б.М.

ПРИЗНАЧЕННЯ СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ У СПРАВАХ НЕОСУДНИХ ТА ОБМЕЖЕНО ОСУДНИХ ОСІБ

УДК - 340.6

Психічний стан особи впливає на цілий комплекс кримінально-правових та процесуальних проявів суб'єкта: сам факт злочину, його характер, обставини вчинення.

Осудність, так само як вина та відповідальність, – центральна методологічна категорія права як з погляду її фундаментального теоретичного рішення, так і з погляду практичної цінності та прикладного значення для додержання прав і свобод людини [4, с.17].

Психічний стан особи, яка перебуває під слідством, визначається судово-психіатричною експертизою, яка призначається слідчим після встановлення факту вчинення суспільно небезпечного діяння цією особою.

Відповідно до ст. 76 КПК України, призначення експертизи обов'язкове для визначення психічного стану підозрюваного або обвинуваченого (у даному випадку варто розуміти і “підслідного”) за наявності в справі даних, що викликають сумнів щодо його осудності [8, с.998].

Важливі теоретичні і практичні проблеми призначення судово-психіатричної експертизи досліджені в роботах таких юристів: В.Д. Адаменка, Л.Д. Кокорева, О.І. Галагана, О.О. Хомовського, Ю.П. Яновича та психіатрів: Г.В. Морозової, В.Х. Кандинського, С.С. Корсакова, С.М. Шишкова, Д.Ф. Хритиніна.

Актуальність подальшої теоретичної розробки вчення про призначення судово-психіатричної експертизи у справах неосудних та обмежено осудних осіб обумовлюється тим, що осудність виступає визначальним природним елементом можливості особи бути суб'єктом злочину, винною у його вчиненні й підлягати кримінальній відповідальності за злочинне діяння. Існуючий підхід до визначення осудності та її характеристики лише з огляду на стан особи під час вчинення злочину себе вичерпав і вже не задовольняє потреб практики. Порушена проблема потребує врахування таких індивідуальних особливостей особистості, як темперамент, спрямованість, характер та ін. Саме тому для встанов-

лення осудності особи призначається судово-психіатрична експертиза.

Судово-психіатрична експертиза може бути призначена відносно особи тільки у випадку, якщо у справі маються докази про факт вчинення цією особою суспільно небезпечного діяння. Постанова про призначення судово-психіатричної експертизи не оголошується особі, щодо якої вона винесена, в тих випадках, коли її психічний стан робить це неможливим (ч. 3 ст. 197 КПК України) [3, с 501].

Аналіз слідчої практики вказує на наявність фактів як необгрунтованого призначення судово-психіатричних експертиз, так і не призначення їх за наявності для того підстав. Трапляються випадки призначення експертиз у сумнівних ситуаціях за клопотаннями захисників. Необгрунтоване призначення експертиз спричиняє необгрунтовані витрати і тяганину, а нерідко і порушує права людини.

Водночас, не можна визнати обгрунтованими і відмови від призначення експертиз, якщо в справах є дані про одержання відповідними особами травми голови або про визнання їх непридатними до військової служби через хворобу. Для вирішення питання про необхідність призначення судово-психіатричної експертизи доцільно залучати лікарів-психіатрів [8, с.999].

Визначаючи вид примусового заходу медичного характеру, суд має враховувати висновок судово-психіатричної експертизи про характер душевного захворювання і заходи, які треба застосовувати до хворої особи. Однак рекомендації експертів для суду не є обов'язковими, оскільки вони встановлюють тип психіатричної лікарні, виходячи лише з психічного стану хворого, без урахування характеру вчиненого ним діяння, що не належить до їх компетенції [7]. Слід зауважити, що до цього часу в Україні немає національної інструктивно-методичної бази для проведення судово-психіатричної експертизи (СПЕ) та оформлення відповідних документів. Використання з цією метою інструкцій, які діяли у СРСР, слід вважати недоцільним, оскільки вони не відповідають у повному обсязі законодавству України, є застарілими і не враховують певних змін у теорії та практиці судово-психіатричної експертизи [6, с 25].

Щоб застосувати примусові заходи медичного характеру і щоб ухвала суду була об'єктивною і законною, психічно хворий повинен пройти судово-медичну експертизу, а цей вид експертизи не врегульований законодавством, оскільки відсутній Закон “Про судово-психіатричну експертизу”. Також в Україні існує дуже мала кількість кваліфікованих психіатрів, які надавали б кваліфіковану допомогу населенню так, як за кордоном. Необхідно змінити або внести нові елементи до законодав-

ства, так як воно вже застаріло і не відповідає вимогам нашого часу.

У статті 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права зазначено, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути піддано свавільному арешту чи триманню під вартою. Нікого не може бути позбавлено волі інакше, як на підставах і відповідно до такої процедури, що їх встановлено законом [5, с. 256]. Тому провадження щодо осіб, до яких застосовуються примусові заходи медичного характеру, повинно відповідати вимогам сьогодення щодо захисту прав і свобод людини і громадянина України [2, с. 627].

Склавши постанову про призначення експертизи, слідчий повинен вирішити питання про ознайомлення з цією постановою обвинуваченого і його захисника. Стаття 197 КПК дозволяє слідчому не оголошувати обвинуваченому (особі, яка вчинила злочин) постанову про призначення судово-психіатричної експертизи і висновок експертів, якщо психічний стан обвинуваченого робить це неможливим. У цьому разі слідчий повинен скласти протокол і вказати в ньому, чому він вважає це неможливим.

У справах осіб, що вчинили суспільно небезпечні діяння в стані неосудності, участь захисника є обов'язковою (ст. 45 КПК). Захисник допускається до участі в справі з моменту затримання особи чи пред'явлення їй обвинувачення або встановлення факту наявності душевної хвороби в особи, що вчинила суспільно небезпечне діяння, тобто після отримання висновку експерта, що засвідчує факт душевного захворювання цієї особи [2, с.634].

Примусові заходи медичного характеру судами мають застосовуватися лише за наявності у справі обґрунтованого висновку судово-психіатричних експертів про неосудність особи і потреби її в цих заходах. Потрібно також звернути увагу судів на необхідність пред'явлення вимогливості до висновку судово-психіатричних експертів з тим, щоб він був науково обґрунтованим, конкретним, повним і мотивованим. Коли експертиза неповна чи недостатньо зрозуміла або виникає необхідність поставити експерту додаткові питання, суд повинен викликати в судові засідання експерта-психіатра, а за умов, вказаних в ч.6 ст.75 КПК України, призначити повторну судово-психіатричну експертизу [7].

При розслідуванні тяжких злочинів проти особи, у разі сумніву щодо психічного здоров'я обвинувачених слідчий або суд призначають психіатричну експертизу. Однією з підстав для сумніву щодо психічної повноцінності обвинуваченого найчастіше може бути відсутність зрозу-

мілих приводів та мотивів злочину, а також особлива жорстокість його вчинення. Існує думка, що при скоєнні вбивства проведення психіатричної експертизи є обов'язковим з того міркування, що характер вбивства і пов'язані з його вчиненням дії злочинця часто виходять за межі звичайних уявлень про психічно нормальну людину.

В ряді випадків психічний розлад, який виник після притягнення до відповідальності і виявлений при судово-психіатричній експертизі, заважає достовірній оцінці психічного стану обвинуваченого в період скоєння суспільно-небезпечної дії. Висновок про осудність при цьому винести важко. Як правило, це спостерігається при атипичних реактивних психозах, рідше при декомпенсаціях психопатії і суттєвих враженнях головного мозку. Для рішення експертних питань необхідно тривале спостереження і лікування. Після виходу підекспертного з хворобливого стану судово-психіатрична експертиза може встановити характер психічного розладу і осудність [1, с 32].

Експерти нерідко виносять висновок про необхідність направлення хворого психічним розладом обвинуваченого на лікування до виходу з хворобливого стану з наступним проведенням експертизи.

Враховуючи те, що існує тенденція збільшення тяжких злочинів та збільшення кількості осіб, які вчиняють дані злочини, потрібно зосередити особливу увагу на наявності фактів як необґрунтованого призначення судово-психіатричної експертизи, так і не призначення її за наявності для того підстав. Як зазначає В.М. Тertiшник, доцільно залучати лікарів-психіатрів для вирішення питання про необхідність призначення судово-психіатричної експертизи, оскільки необґрунтоване призначення експертизи спричиняє необґрунтовані витрати і тяганину, а нерідко і порушує права людини.

Саме тому, в сучасних умовах розбудови правової держави, де людина, її життя, здоров'я, честь та гідність визнаються найвищою соціальною цінністю, а врахування особливостей її психічного стану на окремих стадіях кримінального процесу є одним із пріоритетних завдань при підготовці проекту нового Кримінально-процесуального кодексу України, потрібно особливо виважено підходити до призначення судово-психіатричних експертів.

1. Дмитриев А.С., Клименко Т.В. Судебная психиатрия: Учебное пособие. – М., 1996. – 32 с.
2. Коваленко Є.Г., Маляренко В.Т. Кримінальний процес України. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 687 с.
3. Король В.В. Кримінальний процес України. – Івано-Франківськ.: 2007.–595 с.
4. Михеев Р.И. Уголовное право и психиатрия. – Владивосток: 1988. – 416 с.

5. Молдован В.В., Молдован А.В. Порівняльне кримінально-процесуальне право. – К., 1999. – 259 с.
6. Первомайський В.Б., Лейко В.Р., Цубера А.І., Кригіна Л.О., Шурдук В.І. Складання акту судово-психіатричної експертизи: Методичні рекомендації. – К.:, 1995. – 25 с.
7. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 19 березня 1982 р. №2 Бюлетень законодавства і юридичної практики України №1, К.: Юрінком, 1995. – с.268.
8. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України. – К.: А.С.К., 2003. – 1119 с.

Derdyuk V.M.

Prescription of legal-psychiatrically examination in the cases of irresponsible and partly irresponsible people

The scientific study is devoted to the problem of well-founded prescription of legal-psychiatrically examination in the cases of irresponsible and partly irresponsible people.

The author points out the admissibility of neither unsubstantial appointment of legal-psychiatrically examinations nor non-prescription of them when there are some grounds for this decision. The author states about the expediency of the involvement of psychiatrists in solving of this problem.

Key words: mental sanity, mental insanity, legal-psychiatrically examination, criminal proceeding.

Загурський О.Б.

УЧАСТЬ АДВОКАТА У СУДОВИХ ДЕБАТАХ В СУДІ ПРисяжНИХ

УДК 343. 161/162

З прийняттям Конституції України започатковано правові засади і розпочато процес реформування чинного кримінально-процесуального законодавства, створення нової судової системи. Важливим є положення Конституції України про можливість участі народу в здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Якщо стосовно першої форми (народних засідателів) у судочинстві законодавство і практика мають певні напрацювання, то участь присяжних у суді поки що є декларативною. Це новий суспільний феномен, який викликає необхідність його дослідження.

Зокрема, дане питання досліджували Владіміров Л.Є., Кучинська О.П., Мельник В.В., Немітіна М.В., Петрухін І.Л., Радутна М.В., Шурігін А.П. та інші.

Метою написання даної статті є дослідження комунікативних особливостей захисної промови, судового ораторського мистецтва, як переконливого впливу на присяжних засідателів і головуючого суддю.

Однією з найважливіших конституційних гарантій справедливого правосуддя є побудова судочинства на основі змагальності і рівноправності сторін. І.Л. Петрухін так характеризує змагальність у суді присяжних:

1) розмежування функцій обвинувачення, захисту і вирішення кримінальної справи між різними суб'єктами процесу – прокурором і потерпілим (обвинувачення), підсудним, захисником (захист) і судом (вирішення справи) і недопустимість поєднання цих функцій в одній особі;

2) визнання представників функції обвинувачення і функції захисту сторонами;

3) наділення сторін рівними процесуальними правами і можливостями;

4) надання судовому розгляду характеру спору, полеміки сторін, які захищають протилежні інтереси [9, с. 8].

У змагальному кримінальному процесі з участю присяжних засідателів, адвокат і прокурор, які не володіють ораторським мистецтвом, в кращому випадку – безкорисні, в гіршому – джерело підвищеної суспільної небезпеки і для потерпілого, і для суспільства [6, с. 45].

На думку С. Хрульова, “на присяжних вплине та промова, яка роз'яснює сумнівні для них обставини, висвітлюючи їх з належних сторін тобто зачіпає саму суть справи і проголошується зрозумілою для них мовою, і що ця промова, яка не задовольняє ці умови, якою б ефективною вона не була і вишуканою по формі, не справить ніякого враження, або, краще сказати, не вплине на рішення суду” [12, с.40].

На думку О.П. Кучинської “захисник в судових дебатах повинен спробувати відтворити картину, яка розгорталася перед присяжними під час всього судового процесу, що має суттєве значення для справи. Це завдання досягається не лише вмінням захисника красиво говорити. Слід перетворити присяжних у своїх співбесідників, нагадати їм про події та докази, які разом з'ясувалися під час судового слідства” [5, с. 17].

Захисна промова має свою композицію, яка представляє собою логіку розвитку теми, реально-мовну структуру виступу, в якому відображається співвідношення її частин: вступ, основна частина, висновок – за їх цільовим призначенням, за стилістичними особливостями, за співвідношенням загальних положень і конкретних фактів, раціональних і емоційних засобів мовного впливу.

У вступній частині захисної промови адвокат намагається вирішити наступні завдання щодо створення умов для ефективного переконання присяжних засідателів, формування у них уважного і поблажливого ставлення до позиції захисту:

- оволодіти увагою присяжних засідателів;
- викликати їх інтерес до промови;
- встановити з ними психологічний контакт;
- сформувати у них відповідальне відношення до правильного і справедливого рішення, яке відноситься до їх компетенції;
- психологічно підготувати присяжних до сприйняття аргументів захисту, викладених в головній частині промови.

Для вирішення цих завдань у вступній частині захисної промови використовуються різноманітні прийомами:

- морально-суспільна оцінка справи, що розглядається;
- вказівка на специфічні особливості кримінальної справи;
- викладення фактичних обставин справи;
- виклад програми виступу;
- вказівка на причини, що привели підсудного до злочину;
- характеристика підсудного (моральна-етична, психологічна);
- апеляція до окремих положень, які в своїй промові розкрив державний обвинувач, з аналізом окремих положень, помилок і т.д.

Вступ, у якому дається суспільно-моральна оцінка діяння, може будуватися за допомогою прийому контрасту, оскільки злочинні діяння підсудного розкриваються на фоні певних позитивних явищ. Крім того, можливе використання риторичних запитань, суть яких полягає в тому, що оратор емоційно стверджує або заперечує що-небудь у формі запитань, але не відповідає на них [4, с. 100].

Експресивність виступу можуть підкреслити мовні повтори, оскільки, на думку Р. Гарріса, “основна думка повторюється не повторенням слів, а новими вишуканими зворотами, а завдяки цьому замість однієї думки в словах ... ніби чути дві або три” [2, с. 279].

Головна частина захисної промови представляє собою сукупність окремих мікротем, які пов’язані між собою по змісту:

- 1) виклад фактичних обставин справи;
- 2) аналіз зібраних по справі доказів;
- 3) обґрунтування кваліфікації злочину;
- 4) характеристика особи підсудного;
- 5) аналіз причин і умов, які сприяли вчиненню злочину;
- 6) міркування щодо міри покарання;
- 7) міркування щодо цивільного позову, якщо він заявлений в кримінальній справі.

Виклад фактичних обставин справи може здійснюватися за допомогою трьох способів: хронологічного, систематичного та змішаного, як і в суді першої інстанції. Якщо прокурор в обвинувальній промові виклад

обставин справи може побудувати з вказівкою на суспільну небезпеку вчиненого діяння, то захист може лише коротко перерахувати дії підсудного. У випадку заплутаної і складної справи, виклад фактичних обставин справи повинен бути детальним.

Без сумніву, що центральною частиною будь-якої промови є оцінка доказів, їх глибокий аналіз, об’єктивний і правильний висновок про доведеність обвинувачення і вини підсудного, оспорується пред’явлене обвинувачення чи ні.

В захисній промові повинно бути розкрито і висвітлено взаємозв’язок між доказами, щоб вони взаємно пояснювали, доповнювали і підкріплювали один одного як елементи єдиного ланцюжка доказів, які підтверджують або спростовують вину підсудного. Звідси випливає, що захисник в своїй захисній промові повинен проаналізувати джерела доказів, даючи при цьому оцінку їх об’єктивності.

Дана частина судової промови повинна будуватися за визначеними законами логіки. Адже логічна операція доказів є засобом управління мисленням для суду присяжних. Так, С.Б. Багдесарян вважає, що “доказуючий, з точки зору гносеологічного завдання, виконує свою функцію в тому випадку, коли те, що доведено для себе і стало переконанням самого автора, стає також переконанням для інших” [1, с. 25].

Будь-який доказ складається з трьох взаємопов’язаних елементів: тези, аргументів і способу доказування (демонстрації). Теза – це положення, істинність якого необхідно довести. Аргументи – це положення, істинність яких вже перевірена. Демонстрація – це форма логічного зв’язку між аргументами і тезою.

Логічний зв’язок тези з аргументами повинен здійснюватися такими відомими логічними методами як: індукція, дедукція, аналогія. Крім того, захисник повинен обов’язково врахувати такі закони логіки:

- закон тотожності;
- закон несуперечності;
- закон виключення третього;
- закон достатньої підстави.

Н.А. Михайличенко вважає, що для забезпечення найбільшої переконливості промови найкращим вважається “гомерівський порядок” розташування доказів, як і в часи класичної риторики: спочатку сильні аргументи, потім маса доказів середньої сили, в кінці – один найбільш потужний аргумент” [7, с. 24].

У даній композиційній частині можуть використовуватися мовні стандарти юридичного характеру. Отже, закінчивши аналіз доказів, давши оцінку кожному з них і всім доказам у сукупності, захисник повинен

зробити вмотивовані висновки, які відповідають доказам.

Аналіз зібраних по справі доказів підводить до необхідності юридичної кваліфікації вчиненого злочину. На даному питанні можна не зупинятися у випадку, якщо кваліфікація злочину не є спірною. Якщо захисник вважає за необхідне перекваліфікувати злочин, він повинен ретельно і переконливо обґрунтувати вірну і правильну, на його думку, кваліфікацію.

В даній частині захисної промови захисник повинен довести, що саме дана кваліфікація, і тільки вона відповідає злочинному діянню, яке доведено. Для вирішення цих завдань необхідно провести аналіз елементів складу злочину

Тут, як і в попередній частині захисної промови, яскраво вираженими є логічні домінанти. А це, в свою чергу, характеризує її перевагою раціональних логічних побудов. У даній частині захисної промови можуть зустрічатися цитати з постанов Пленуму Верховного Суду України, Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів, апеляційної і касаційної судової практики. Таким чином, захисник повинен знайти таку специфічну особливість, яка б зробила запропоновану ними кваліфікацію найбільш відповідною обставинам справи, єдиною і придатною в даних умовах.

Оскільки суд присяжних враховує особу підсудного при винесенні вироку по справі, тому захисник в своїй промові повинен таким чином розкрити морально-психологічну характеристику особи, щоб цим сприяти вирішенню поставлених питань. Отже, виникає потреба у з'ясуванні всього комплексу соціально значимих внутрішніх і зовнішніх властивостей і якостей підсудного: характеру, волі, інтелекту, емоційної зрілості і т.д..

На нашу думку, велику увагу слід приділити психологічному аналізу особи підсудного. Адже це дозволить з'ясувати його поведінку, мотиви і обставини, які сприяли вчиненню злочину. Перед присяжними засідателями необхідно розкрити, яка людина знаходиться на лаві підсудних, закономірно чи випадково, вона порушила закон. Особливо це стосується захисника, який повинен показати психологічний стан підсудного в момент вчинення злочину, дії після його вчинення.

До того ж захисник може використовувати прийом паралельних порівняльних характеристик підсудного і потерпілого. Таке співставлення характерів підсудного і потерпілого, на нашу думку, повинно робитися за допомогою антитези.

Антитеза використовується для підсилення виразності захисної промови, коли різко протиставляється протилежне явище, поняття і ознаки.

У зв'язку з цим П.С. Сергеїч вважає, що “головні переваги цієї фігури полягають в тому, що обидві частини антитези взаємно висвітлюють одна одну; думка виграє в силі; при цьому думка виражається в стислій формі і це також збільшує її виразність” [10, с. 56].

Таким чином, в основі характеристики особи – і в сукупності властивих їй рис, і в окремій якості – насамперед лежать факти. За фактами стоять почуття, індивідуальні особливості характеру. І коли оратор переходить від зовнішнього до внутрішнього, від фактів життя до духовного світу, він в тому чи іншому ступені приходиться до узагальнення [8, с. 166].

Вузлове місце в характеристиці особи підсудного займає аналіз мотивів вчиненого злочину. Адже, тільки завдяки з'ясуванню мотиву, можливо пояснити, чому він вчинив так чи інакше, які цілі переслідував і до чого прагнув. До того ж, мотив діяння в умисному злочині, виступає в якості мотиву вчинення злочину. В необережному ж злочині мотив діяння виступає в якості поведінки, яка призвела до злочинного результату [11, с. 48-49].

Для того, щоб показати, випадково або закономірно прийшов підсудний до вчинення злочину, захисник повинні провести аналіз причин та умов, які сприяли вчиненню злочину. На нашу думку, саме ця частина захисної промови характеризується підвищеною, емоційною забарвленістю, адже, в ній розкривається психологічний стан підсудного, аналізуються причини, які штовхнули його на вчинення злочину.

Це пояснюється тим, що промова має внутрішній код, який є образним. Саме він володіє підвищеною чутливістю до сприйняття думок, емоцій і почуттів, які передаються в образній формі, пов'язаних з людськими цінностями, потребами, тобто людським серцем і совістю [3, с. 28].

Аналіз причин та умов є наближеним до стилю художнього оповідання, тому доречним буде використання в ньому художніх образів. Кримінальне покарання може досягти своєї мети, привести до бажаних результатів лише тоді, коли воно справедливе, розумне, індивідуалізоване, максимально сприяє виправленню засудженого. Все це повинен врахувати захисник, коли висловлюватиме свої міркування з приводу міри покарання.

На відміну від прокурора, захиснику, на нашу думку, не слід вказувати конкретну міру покарання. Так, якщо в результаті аналізу доказів захисник прийде до висновку, що подія злочину не встановлена, в діянні підсудного відсутній склад злочину або недоведено участь підсудного у вчиненні злочину, він просить суд постановити виправдувальний ви-

рок.

У даній частині захисної промови теж повинна переважати логічна домінанта, а в мовних засобах – кліше юридичного характеру. Адже, здійснення правосуддя у суді присяжних вимагає чітких офіційних формулювань, передбачає обов'язкове використання визначених юридичних мовних формул, які “несуть загалом значиму загальнозрозумілу інформацію для багатьох громадян” [9, с. 14-15].

Кліше юридичного характеру характерні для нормативних і процесуальних актів. Досить часто вони є термінами, а, на думку В.І. Царьова “у відношенні термінів треба дотримуватись мови закону” [13, с. 30].

Закінчення захисної промови при виступі перед присяжними засідателями спрямоване на те, щоб остаточно переконати присяжних засідателів в правильності і справедливості позиції захисту по питаннях, які відносяться до їх компетенції, спонукати їх винести по цих питаннях вердикт, якій відповідатиме позиції захисту.

На нашу думку, з цією метою адвокат в закінченні судової промови може використати наступні прийоми:

- 1- короткий повтор позиції захисту по вказаних питаннях;
- 2- коротке підведення підсумків судового слідства з сумуванням основних доказів захисту;
- 3- нагадування присяжним основних даних, які позитивно характеризують підзахисного і викликають до нього співчуття;
- 4- звернення до відчуття милосердя і справедливості присяжних засідателів і суддів.

Таким чином, враження про здоровий глузд і моральну порядність адвоката-захисника і довіру до нього у присяжних засідателів і головуючого судді формуються тоді, коли в його живій, вільній промові проявляються визначені комунікативні якості, які забезпечують її переконливий вплив.

1. Багдесарян С.Б. Социальная природа и гносиологическая сущность риторики // Автореф. дис ... канд. пед. наук. – Ереванский государственный университет. – Ереван., 1971. – 25 с.
2. Гаррис Р. Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел. – Спб., 1911. – 315 с.
3. Жинкин Н.И. О кодовых переходах во внутренней речи // Вопросы языкознания. – 1964. – № 6. – С. 26-30.
4. Курбатов А. Ще раз про суд присяжних // Право України. – 1997. – № 12. – С. 97-101.
5. Кучинська О.П. Особливості участі адвокатів у суді присяжних // Адвокат. – № 3. – С. 15-18.
6. Мельник В.В. Основы ораторского искусства в состязательном уголовном

процессе с участием присяжных заседателей // Адвокат. – 1999. – № 3. – С.44-48.

7. Михайличенко Н. А. Основы риторики. – М., 1994. – 160 с.
8. Михайловская Н.П. Одинцов В.В. Искусство судебного оратора. – М.: Юрид. лит., 1981. – 250 с.
9. Петрухин И. Л. Суд присяжных: проблемы и перспективы // Государство и право. – № 3. – С. 7-11.
- 10.Сергеич П. Искусство речи на суде. – М.: Юрид лит., 1988. – 380 с.
- 11.Филановский И.Г. Социально-психологическое отношение субъекта к преступлению. – Л.: Изд-во Ленинградского у-та, 1970. – 173 с.
- 12.Хрулёв С. Суд присяжных. Очерк деятельности судов и судебных порядков // Журнал гражданского и уголовного права. – Кн. 9. – Спб., 1886. – 140 с.
- 13.Царёв В.И. Структура и стиль судебной речи прокурора // Социалистическая законность. – 1983. – № 4. – С. 28-34.

Zagurskiy O.B.

The participation of defender in judicial debates in the court of juries

The communicative features of protective speech are discussed in this article, judicial oratorical arts are convinced to be the great influence on the jurors of assessors and chief judge.

Key words: judicial speech, advocate, judicial debates

Козутич І.І.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ МЕТОДОЛОГІЇ ВИКОРИСТАННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗНАНЬ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ ЗНАНЬ

УДК 343. 98

Питання методології будь-якої науки, в тому числі, криміналістики – складне, навіть, якщо схилитись до спрощеного, вузького розуміння чи інтерпретації методології. Тобто, коли під методологією розглядати винятково сукупність наукових положень про метод та методи наукового пізнання чи практичної діяльності [9,18; 4,171].

Зрозуміло, що це далеко не єдиний підхід науковців до цього поняття, і як видається, однобічний. Оскільки інші автори під методологією розуміють більше філософську, світоглядну сторону [2,17]; другі - отожднюють методологію з діалектикою [1,280], або історичним матеріалізмом [10,5], або загальнотеоретичними проблемами будь-якої науки [13,135]; треті - вважають, що методологія є самостійною галуззю наукового знання, яка виходить за рамки філософського аналізу [12,156-157]; нарешті четверті взагалі і дещо вже безапеляційно заперечують методологію [6,8].

Але через обмеженість рамок цього дослідження не зупинятимемось на аналізі цих питань, оскільки вони слугують предметом науковзнав-

ства і у певній мірі філософії права, а також теорії держави і права.

Тільки зазначимо, що незважаючи на різноманітність підходів до розуміння методології, її реальне значення полягає в тому, що вона, будучи більш високим, „якісно новим рівнем узагальнень, сприяє досягненню об'єктивної істини, дозволяє проникнути в сутність процесів (ситуацій) і адекватно відобразити її, з'ясувати своєрідність предмета тієї чи іншої науки (теорії), розробити, якщо не ідеальну [3,82], то принаймні, сприйнятну для більшості науковців і практиків модель пізнання.

Критерієм наукової спроможності такої моделі є сполучення теорії та практики (емпірії), досягнення логічного зв'язку між загальним та конкретним, між тим, що пізнано і не підлягає сумніву, і тим, що має бути вивчено і перевірено [8,276].

Саме з позиції цих критеріїв виправдано і необхідно аналізувати методологію використання криміналістичних знань в суді, як складне і багатопланове утворення, під яким, як на мене, виправдано, розглядати систему понять, дефініцій, принципів, методів та прийомів як наукового пізнання, так і прикладного застосування цих знань під час судового розгляду кримінальних справ.

Увазі читачів, наразі, присв'ячено виклад авторського бачення, розуміння тільки декількох найелементарніших, але, як видається, таких, що утворюють базу, підґрунтя методологічних складових положень науки криміналістики, без з'ясування сутності яких, дослідження проблематики використання криміналістичних знань в суді є неможливим. Зокрема:

- що таке криміналістичні знання? Тобто – чи є у криміналістичній літературі дефініція „криміналістичні знання”?

- яка природа та походження (тобто джерела) цих знань?

Отже, чи є у правничій, першочергово, у криміналістичній літературі, дефініція „криміналістичні знання” і якщо є, то яка її якість?

Із тих, більше сотні досліджених літературних джерел, є біля десятка, в яких тільки згадується словосполучення „криміналістичні знання” чи „дані криміналістики” (щоб більше до цього не повертатись, зазначу, що і українсько-мовна, і російсько-мовна семантика слів „знання” і „дані” – тотожна. Із цього можна робити закономірний висновок про тотожність понять „криміналістичні знання” і „дані криміналістики”).

Тільки у трьох наукових працях виявив дефініцію „криміналістичні знання” та виклад окремих їх аспектів. Їх автори професори Н.І.Клименко, Р.С.Белкін, В.А.Журавель [5,17; 7,64-65; 3,35].

Не цитуючи тексти їх визначень, необхідно зазначити, що згідно запропонованих визначень криміналістичних знань, вказаними на-

220

уковцями (як і багатьма іншими) не виправдано обмежено сферу їх використання, зокрема, винятково, досудовим розслідуванням. У зв'язку з цим необхідно зазначити, що у плані дослідження обставин справи судді також відіграють значну роль, а, іноді, й вирішальну. Отже, і в процесі судового розгляду можна і необхідно застосовувати вже те, що на сьогодні напрацьовано криміналістикою, окрім цього, існує потреба у розробленні нових криміналістичних рекомендацій, обумовлених специфікою встановлення істини в суді на відміну від цього ж процесу, але на досудових стадіях.

Крім цього, звідси випливає, що коло суб'єктів використання криміналістичних знань у судочинстві значно обмежене, оскільки серед таких ці автори розглядають тільки працівників органів дізнання, слідчих та експертів.

Разом з тим, виправдано серед суб'єктів використання криміналістичних знань розглядати й професійних суддів, прокурора – державного обвинувача і адвоката-захисника.

Врахувавши все це, метою цього дослідження є визначення поняття спеціальних криміналістичних знань на основі опрацювання семантики ключових слів, використання сучасних криміналістично визначених категорій і термінів.

Основними завданнями, що підлягають вирішенню, є: 1) з'ясувати природу та походження криміналістичних знань та 2) охарактеризувати наявну в правовій науці загалом та криміналістичній зокрема дефініцію «криміналістичні знання» та проаналізувати її якість.

Отже, криміналістичні знання – це система наукових положень про пізнання предмета криміналістики, відображених у відповідних інформаційних джерелах (монографіях, підручниках, посібниках, статтях тощо) і призначених у використання працівникам органів дізнання, слідчим, прокурорам, суддям, адвокатам-захисникам під час судового дослідження і попередження злочинів. Під науковими положеннями криміналістики тут виправдано розглядати систему теоретико-емпіричних тверджень, думок, тез, правил, рекомендацій, методів щодо можливостей криміналістичних засобів у збиранні (формуванні), дослідженні й використанні судових доказів у кримінальному процесі. Що ж стосується судового дослідження злочинів, то це, як справедливо зазначає Р.С.Белкін, суб'єктно-діяльна конструкція, зокрема, діяльність щодо встановлення істини в процесі судочинства, здійснювана органами дізнання, слідством, судом, експертними установами, прокурорами – державними обвинувачами та адвокатами-захисниками.

У свою чергу, криміналістичні засоби це – конкретні об'єктивно на-

221

явні: способи, прийоми, заходи, спеціальні дії, власне технічні знаряддя (інструменти, прилади, пристрої тощо), які використовують відповідно до їхнього теоретично-методичного змісту у кримінальному судочинстві для досягнення його мети і виконання обумовлених нею завдань.

У зв'язку з цим необхідно, як видається, прокоментувати один аспект.

На перший погляд, що такого особливого і новаційного у щойно означених визначеннях? За великим рахунком, принаймні одне, суть якого полягає у потребі перегляду більшості методологічних складових науки криміналістики під кутом можливості й необхідності використання її знань у здійсненні правосуддя.

У більшість криміналістичних наукових, навчально-методичних праць різного формату (тому тільки у криміналістичних, що у наукових працях інших правничих галузей знань, навіть близьких криміналістиці, таких як кримінальне право, кримінальний процес, кримінологія, не кажучи вже про філософо-правові та теоретико-історичні правові науки, не те що тільки ці питання, а взагалі будь-які питання предмета та інших складових криміналістики, майже не згадуються) від дисертацій-монографій до підручників-посібників, курсів лекцій тощо висвітлено традиційну, але більш ніж застарілу й помилкову позицію про те, що рекомендації криміналістики адресовані у використанні винятково дізнавачам та слідчим (у широкому розумінні цього слова), тобто тим, хто безпосередньо здійснює досудове розслідування.

Разом з тим, на сьогодні, коли характер вітчизняного кримінального судочинства із переважно інквізиційного (розшукного) перетворюється у все більше змагальний, тобто коли не тільки де-юре, а й де-факто, центральною стадією цього процесу стає стадія розгляду кримінальних справ у суді, зрозуміло, що об'єктивно змінюється акцент у діяльності головних суб'єктів кримінального процесу.

Тобто саме у ході судового розгляду, його сторони: прокурор – державний обвинувач, адвокат-захисник, за активного сприяння судом, обумовленого наявним у нього обов'язку встановити істину у справі і прийняти у ній законне й обґрунтоване рішення, здійснюють дослідження всіх її обставин.

Іншими словами, процес дослідження у кримінальній справі, що має судову перспективу, досудовим розслідуванням злочину не завершується, а навпаки - ще активніше продовжується його судовим розглядом.

І було б примітивно вважати, що для забезпечення менш важливої стадії процесу – досудового розслідування (а виходячи навіть з того, що відповідно до презумпції невинуватості на досудових стадіях рішення

про притягнення до кримінальної відповідальності обвинувачених осіб носить характер припущення, ніхто не заперечуватиме якщо не першоважливість, то принаймні, неоднорівневість цієї стадії, іншій стадії, зокрема, стадії судового розгляду), було б неправильно вважати, що криміналістичні рекомендації необхідні тільки слідчому та експерту, тобто реалізаторам менш важливого у кримінальному судочинстві, аніж суддям, прокурорам, адвокатам-захисникам, які кожен здійснюючи властиві їм функції, в сукупності сприяють у досягненні мети кримінального судочинства й вирішуюють, обумовлені нею завдання, передбачені ст. 2 КПК.

Навіть, якщо абстрагуватись від проблематики організації й планування судового розгляду кримінальної справи, як складових роботи суду, прокурора, адвоката-захисника, де криміналістика однозначно зобов'язана, виходячи із своїх голосно декларованих функцій допомогти їм у цьому (принаймні, це впливає зі змісту функції прикладного забезпечення криміналістичними засобами діяльності суб'єктів доказування), існує реальна потреба й можливість надання криміналістикою допомоги цим суб'єктам кримінально-процесуальної діяльності також, принаймні, у технічному та тактичному забезпеченні судово-слідчих дій.

Адже ніхто не заперечуватиме, що виконання судових допитів, оглядів, пред'явлень для впізнання, а за бажанням і всіх інших судово-слідчих дій, потребує не меншого, а можливо більшого, у порівнянні з досудовим розслідуванням, хисту і знань, і в неостанню чергу – криміналістичних.

Хтось може не погодитись, вважаючи, що розкриття злочину – це найскладніший аспект у кримінальній справі. Цього ніхто не оспорує. Але якщо проаналізувати можливі й часто наявні на практиці судові ситуації, коли свідки, потерпілі, підсудні або повністю відмовляються від раніше даних показань, або різноракурсно їх змінюють; коли матеріали досудового слідства неякісні, одержані з порушеннями закону тощо; якщо також врахувати особливості перебігу публічного судового процесу; майже повну відсутність можливості застосувати фактор раптовості, використати різні психологічні та логічні хитрощі, „пластки”, якими масово оперують на досудовому розслідуванні, то все це засвідчує той факт, що доказування у суді є також не легким і не простим, а таким, що, безумовно, потребує уваги криміналістики.

Шукаючи підстави для найоптимального визначення „криміналістичні знання” закономірно (оскільки проблему джерел криміналістики і отже і її знань, обійти неможливо) наштовхнувся на доволі за-

плутаний комплекс питань, зокрема щодо понять „спеціальні знання”, „правові”, чи б пак, „юридичні знання”, „професійні знання”, „техніко-криміналістичні”, чи по-іншому „спеціально-криміналістичні знання”.

У міру можливостей ми проаналізували їх, а також провели певні співвідношення.

Якщо вести мову про кримінальне судочинство, то як видається, поняття спеціальні знання запроваджені саме стосовно дізнавачів, слідчих, прокурорів, суддів, адвокатів-захисників, і більше того, у певному розумінні, навіть, у протиставлення (правовим) юридичним знанням.

Поширеною є позиція, що правові знання, у контексті реалізації кримінального судочинства, не належать до спеціальних знань.

Для тих, хто професійно здійснює кримінальне судочинство, правові (юридичні) знання виступають обов'язковими, повсякденно необхідними, без них ці особи не у змозі нормально виконувати свої службові функції.

Правові (юридичні) знання – це знання осіб, відповідальних за здійснення кримінального судочинства, зокрема, за реалізацію повноважень щодо кваліфікації суспільно-небезпечних діянь і виконання процесуальних норм, застосування тактики провадження слідчих дій і усієї методики розслідування (судового розгляду) злочинів. Наведений перелік виступає загальною кваліфікаційною характеристикою особи, яка здійснює дізнання, слідчого, прокурора і судді (однак хочу звернути увагу, що в цьому переліку поки що відсутня згадка про техніко-криміналістичний аспект фаховості відповідних суб'єктів).

У зазначеному аспекті правові знання – це відповідний спектр знань наук кримінального, кримінально – процесуального права і, частково, криміналістики.

Чи допустиме запрошення “зі сторони” осіб, які володіють юридичними знаннями з конкретних галузей права для надання з цих питань допомоги судді, прокурору, слідчому чи дізнавачеві?

Традиційна відповідь на це запитання – „ні”, оскільки це ставило б під сумнів здатність вищезазначених суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності виконувати свої професійні обов'язки під час провадження у справі. Це означало б їхню недостатню компетентність у вирішенні конкретних правових питань.

Саме тому, до недавнього часу існувала преюдиція, що особа, у провадженні якої знаходиться кримінальна справа, є належним фахівцем з усіх галузей права України, а, отже, залучати як спеціалістів до розслідування злочину чи розгляду в суді кримінальної справи інших юристів – неправомірно.

Цей висновок дотично впливає і з роз'яснень Пленуму Верховного Суду України. Зокрема у постанові № 8 від 30.05.1997 р. (п.2) зазначено на неприпустимість порушення перед експертом правових питань, які не віднесені законом до його компетенції [11].

Однак необхідно визнати, що роз'яснення цієї постанови на сьогодні потребують уточнення.

Вивчивши у вищому навчальному закладі цивільне, господарське, трудове, міжнародне тощо право і деякі інші галузеві правові науки, слідчі, прокурори, судді, безумовно, у змозі зорієнтуватись у нескладних юридичних питаннях відповідної галузі права.

Однак, останнім часом законодавство суттєво ускладнилось і розширилось, охоплюючи практично всі сфери діяльності. І цей процес триває.

Це, своєю чергою, призвело до того, що і серед юристів існує спеціалізація.

Погодьмось, що дізнавачу, слідчому, прокурору, судді нині важко самостійно вивчити і зорієнтуватись в тих чи інших детальних питаннях окремих галузей права, наприклад, у фінансово-кредитних, цивільно-правових, адміністративних відносинах.

Окрім того, зазвичай, ці питання становлять предмет доказування у кримінальній справі і їх встановлення вимагає не тільки аналізу фактичних обставин та наукового обґрунтування висновків, але і аналізу інколи дуже розгалуженої і складної нормативно-правової бази, яка регламентує ці питання.

Отже ті, хто здійснюють провадження у кримінальній справі на будь-якій її стадії не повинні ігнорувати знання юристів, що спеціалізуються у певній вузькій сфері правової діяльності, яка виходить за межі професійної діяльності слідчого, прокурора, судді, адвоката.

Саме тому, як видається, виправдано частину правових знань особливого рівня складності, тобто, поза межами, так званих, професійних знань слідчого, прокурора, судді також вважати спеціальними знаннями.

Для використання цієї частини (особливо складних) правових знань, вже як спеціальних, виправдано скористатись допомогою спеціалістів-правників із інших галузей вітчизняного права.

Які ж це особливо складні правові знання? Ще одне оціночне поняття.

Зрозуміло, що критерій цієї оцінки буде завжди суб'єктивно-індивідуальним конкретній ситуації. Коли суб'єкт правозастосування виявляє, що його знання, по-перше, недостатні, а по-друге, його мірку-

вання не можуть бути взяті за основу прийняття ним рішення, оскільки відповідні правила, інструкції, інші підзаконні акти, закони вимагають кваліфікованого їх обґрунтування з боку відповідного спеціаліста – виправдано - потрібні для вирішення справи правові знання вважати особливо складними як для суб'єкта її провадження, а отже спеціальними і як такими, що потребують допомоги відповідного спеціаліста-правника.

Отже, частина особливо-складних правових знань (т. б. знань інших галузей права, окрім кримінального і кримінально-процесуального права і криміналістики, кримінології, оскільки вони складові професійних знань слідчого тощо) також є спеціальними знаннями.

Виникає запитання, а що ж це за професійні знання?

Професійні знання слідчого, прокурора, судді (наголошую, у контексті здійснення кримінального судочинства) – це частина вже згадуваних правових знань, утворених сукупністю, першочергово, знань кримінального права, кримінального процесу та криміналістики, а також певна частина знань інших галузей юридичної науки і права, набутих ними під час фахової підготовки, використання яких не потребує сторонньої допомоги.

Професійні знання у вищезазначеному контексті – неспеціальні знання. Ними повинні володіти всі суб'єкти, що вправі здійснювати провадження у кримінальних справах і жодна допомога як спеціалістів зі сторони – процесуально недопустимо.

На цьому можна було б поставити крапку, зробивши висновок, що криміналістичні знання працівника органу дізнання, слідчого, прокурора, судді – це частина його професійних знань, але поза межами спеціальних.

Однак, і серед професійних знань є спеціальні знання. Йдеться про т.з. спеціальні неправові знання, тобто техніко-криміналістичні знання. Те що ці знання неправові – це тільки умовно, оскільки їх застосування також має правову основу.

До спеціальних у цьому контексті належить відповідна частина залучених і адаптованих криміналістикою до потреб судочинства знань судової медицини, судової хімії, фізики, пожежної справи, автосправи, філології, педагогіки, лінгвістики, математики, інформатики тощо, якою володіють і повинні володіти та вміти використовувати як фахові техніко-криміналістичні знання слідчі, прокурори, судді.

Зокрема, знання судової медицини адаптовані у судове зброєзнавство (балістику), слідознавство (трасологію), габітологію. Погодьмось, що характеристики слідів застосування вогнепальної, холодної та інших

видів зброї на такому об'єкті як тіло людини повинні знати не тільки судові медики як спеціалісти, а й слідчі, прокурори, адвокати. Згадаймо також те, що слідчий, прокурор, суддя, адвокат зобов'язані вміти використовувати відповідні, адаптовані криміналістикою для вирішення завдань кримінального судочинства, знання хімії, фізики, філології тощо, зокрема, коли об'єктом судового пізнання й дослідження виступають документи з ознаками матеріальних підроблювань способами витравлювань, змивань, різноманітні рукописи та ін., щодо яких необхідно встановити автора чи виконавця. Вони також повинні розуміти, а отже вміти діагностувати й ототожнювати ті чи інші прояви відображення механізму слідоутворення в навколишній обстановці, а основи цих знань запозичені з фізики, хімії. Особи, які здійснюють провадження у кримінальних справах також повинні вміти обирати відповідні методи та способи або для безпосереднього виявлення й фіксації трасологічних слідів, або ж для оцінки технічної допустимості та змістовної достовірності застосування кимось цих способів та методів.

Отже, за природою і суб'єктами використання, криміналістичні знання – це професійні знання, утворені поєднанням частини правових та частини спеціальних знань, якими оперують дізнавач, слідчий, прокурор, суддя, адвокат-захисник під час провадження у кримінальних справах.

На завершення необхідно зазначити, що залишилось без розгляду головне питання практичного аспекту методології використання криміналістичних знань у судочинстві – зокрема, аналіз системи криміналістичних методів і прийомів, які можуть і повинні бути використані у ході судового розгляду кримінальних справ.

Виклад цих аспектів потребує окремого дослідження.

Спеціалістам зрозуміло, що, за суттю, фактично ці методи і прийоми знаходять своє відображення в застосуванні різноманітних техніко-криміналістичних, тактико- і методико-криміналістичних наукових положень та розроблених на їх основі криміналістичних засобах судового дослідження обставин справи й встановлення у ній об'єктивної істини.

Цими засобами, у спрощеному розумінні, виступають, першочергово, комплекси тактичних прийомів виконання відповідних судово-слідчих та інших судових дій (як процесуальних, так і непроцесуальних), що можуть бути застосовані залежно від суб'єкта судового дослідження та особливостей ситуацій цього дослідження; це також рекомендації щодо організації й планування судового процесу з позиції суду та участі

ЗАПРОВАДЖЕННЯ «ПАМ'ЯТКИ» У СПРАВАХ ПРИВАТНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ

УДК 343

Пленум Верховного суду у п.4 постанови від 02.07.2004 року № 13 роз'яснив, що в тому разі, коли органи дізнання чи досудового слідства істотно обмежили законні права потерпілого (наприклад, обирати представника, порушувати клопотання, заявляти відводи, подавати докази, ознайомлюватися з усіма матеріалами справи тощо), і поновити ці права на стадії судового розгляду справи неможливо, суддя чи суд має повернути справу на додаткове розслідування із дотриманням вимог ст.246 або ст.281 КПК. Отже, виникає питання, як бути у справах приватного обвинувачення, по яких досудове слідство не проводиться.

З метою забезпечення законності та обґрунтованості всього подальшого провадження у кримінальних справах кримінально-процесуальним законом встановлено відповідні умови, за яких може бути порушена кримінальна справа. До них відноситься, з одного боку, наявність законних приводів і підстав до порушення кримінальної справи (ст.94 КПК України), а з іншого – відсутність обставин, що виключають провадження у кримінальній справі (ст.6 КПК України) [2, с.95].

При цьому необхідно пам'ятати, що ст.4 КПК України містить припис про обов'язок суду, прокурора, слідчого і органу дізнання порушити кримінальну справу в кожному конкретному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання. Однак даний обов'язок не є абсолютним, оскільки він обмежений обставинами, що виключають провадження в кримінальній справі. Наприклад, кримінальну справу не може бути порушено щодо особи, про яку є вирок по тому ж обвинуваченню, що набрав законної сили, або ухвала суду про закриття справи з тієї ж підстави (п.9 ст.6 КПК України). Відповідно до ч.1 ст.61 Конституції України ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. Тому з тих же підстав вдруге кримінальна справа не може бути порушена

Крім того, у пунктах 10, 11 ст.6 КПК України не допускається порушення кримінальної справи щодо особи, про яку є не скасована постанова про відмову в порушенні справи або постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи з того ж обвинувачення. В КПК України закріплено, що постанови органу розслідування та прокурора,

у ньому прокурора та адвоката-захисника, а також щодо найефективнішої й найраціональнішої поведінки цих суб'єктів, у контексті належного виконання ними обов'язку встановлення, вже згадуваної, істини у справі та ін.

1. Андреев И.Д. Проблемы логики и методологии познания. – М.: Наука, 1972. – 320 с.
2. В.И.Ленин и методологические вопросы современной науки. – К.: Наук. думка, 1971. – 206 с.
3. Журавель В.А. Проблемы теории та методологии криміналістичного прогнозування. – Х.: Право, 1999. – 304 с.
4. Зеленецкий В.С. Общая теория борьбы с преступностью. 1. Концептуальные основы. – Х.: Основа, 1994. – 321 с.
5. Клименко Н.И. Криміналістические знания в структуре профессиональной подготовки следователя: Учеб. пособие. – К.: Выща шк., 1990. – 103 с.
6. Козюбра Н.И. Понятие и структура методологии юридической науки //Методологические проблемы юридической науки: Сб.науч.тр. /АН УССР. Ин-т гос-ва и права. – К.: Наук.думка, 1990. – С.5-19.
7. Криміналістическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования / Под ред. Т.В.Аверьяновой и Р.С.Белкина. – М.: Новый юрист, 1997. – 400 с.
8. Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.Л. Современная социология права. – М.:Юристь, 1995. – 297 с.
9. Мостепаненко М.В. Философия и методы научного познания. – Л.: Лениздат, 1972. – 263 с.
- 10.Очерки методологии познания социальных явлений. – М.: Мысль, 1970. – 344 с.
- 11.Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах: постанова Пленуму Верховного Суду України № 8 від 30.05.97 із змінами, внесеними згідно Постановою Пленуму Верховного Суду України № 15 від 25.05.98 //Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. – Х.: „Одиссей”, 2003. – 432 с.
- 12.Стефанов Н. Теория и метод в общественных науках. – М.: Прогресс, 1967. – 271 с.
- 13.Яновская С.А. Методологические проблемы науки.-М.:Мысль, 1972.-280 с.

Kohutich I.I.

Separate aspects in methodology of using criminalistic knowledge in judicial examination of criminal knowledge

In this article were analyzed some aspects of methodology of using criminalistic knowledge in judicial examination of criminal knowledge on the basis of analyzing of special literature and judicial practice. The main attention was attracted to the following questions: what is the “criminalistic knowledge”? What is the structure of this knowledge? Is it possible to divide the inner plurality of the composing elements of knowledge into certain kinds (to classify them, etc)?

Key words: methodology, criminalistic knowledge, assize of criminal cas

винесені відповідно до закону в кримінальних справах, які перебувають в їх провадженні, є обов'язковими для виконання всіма підприємствами, установами і організаціями, посадовими особами та громадянами (ч.4 ст.25, ст.114 КПК України).

В той же час наголошуємо, що порушення кримінальної справи полягає в тому, що органи і посадові особи, які ведуть кримінальний процес, зобов'язані приймати заяви і повідомлення про злочини, в тому числі і в справах, які не підлягають їх віданню, у тому числі і повідомлення по такій категорії справ, як приватне обвинувачення (ч.1 ст.97 КПК України), а також повинні їх зареєструвати у встановленому порядку. Хоча КПК України не містить спеціальної норми, що визначає порядок прийому і реєстрації заяв і повідомлень про злочини. Такий порядок регламентується відомчими нормативними актами. Так, Інструкція про порядок прийому, реєстрації, обліку і розгляду заяв і повідомлень в органах, підрозділах і установах внутрішніх справ України, затверджена наказом МВС України від 26 листопада 1991 р. №500 встановлює, що прийом заяв і повідомлень про злочини є обов'язковим для усіх співробітників органів внутрішніх справ [1]. Реєстрація таких заяв і повідомлень здійснюється в книзі обліку і в журналі обліку злочинів співробітниками чергової частини відповідного органу внутрішніх справ. Аналогічний порядок реєстрування таких заяв і повідомлень регламентується відповідними інструкціями Верховного Суду України, Генеральною прокуратурою України.

Проте викладене ніяк не узгоджується із такою категорією справ, як справи приватного обвинувачення. Дану неузгодженість підтвердить такий приклад.

Громадянин А прокинувся вночі від шуму з вулиці. Його сусід, перебуваючи у стадії сильного сп'яніння, дуже голосно розмовляв по мобільному телефону. Громадянин А вийшов до нього та попросив його розмовляти тихіше. Але сусід тільки нецензурно вилаявся на адресу громадянина А. Гр.А сказав, що викличе міліцію, на що той знову гр. А образив і ударив кулаком в обличчя. Гр.А упав, але свідомості не втратив. Оскільки серйозних тілесних ушкоджень гр.А не отримав (тільки синець на обличчі), то до міліції гр.А зразу не звертався. Однак, наступного дня до гр. А підійшов той же ж сусід і сказав: «Якщо знову спробуєш зробити подібне зауваження, то буде тобі «дуже погано». Після цього, побоюючись, що знову може виникнути описана вище ситуація, гр. А заявив у міліцію про той нічний випадок. Там заявнику сказали, що міліція такими справами не займається, оскільки це справа «приватного обвинувачення». Однак, ніхто не пояснив, що це означає. Що це

за справа «приватного обвинувачення», та в якому порядку гр. А може звертатися до міліції з приводу того, що сталося [3, с.118].

Підстави ж конфлікту, про які йдеться вище, випливають з законодавчої неврегульованості даного питання.

Водночас, якщо проаналізувати природу порядку провадження будь – яких кримінальних справ, які визначаються Кримінально-процесуальним кодексом України, то вбачається, що за загальним правилом кримінальна справа порушується прокурором, слідчим, органом дізнання або суддею в порядку, визначеному ст. ст.94, 95, 97, 98 КПК України, а саме: за заявами громадян, коли є достатні підстави, що вказують на наявність ознак злочину. Разом з тим необхідно зазначити, що прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані приймати заяви про вчинені злочини, в тому числі і в справах, які не підлягають їх безпосередньому віданню (наприклад, у даному випадку, тобто у справах приватного обвинувачення). Після прийняття заяви про скоєння злочину прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя не пізніше триденного строку повинні здійснити одну з наступних дій: або порушити кримінальну справу, або відмовити в порушенні кримінальної справи, або направити подану заяву за належністю.

Це означає, що скарги потерпілих за справами приватного обвинувачення повинні прийматися не тільки судом, але і будь-яким правоохоронним органом – міліцією, прокуратурою, СБУ тощо. Такі скарги підлягають направленню до органу, уповноваженого розглядати справи приватного обвинувачення, тобто до суду. Саме тому, в будь-якому разі, правоохоронний орган, що отримав від громадянина заяву про вчинення злочину, не має права лише на тій підставі, що вона належить до категорії приватного обвинувачення, виносити постанову про відмову в порушенні кримінальної справи. Навпаки, правоохоронні органи зобов'язані направити таку заяву за належністю та пояснити громадянину його права.

Отже, у будь-якому випадку заява гр.А мала бути прийнята та направлена за належністю – до суду. Відмова у порушенні кримінальної справи щодо злочину, який має розслідуватися в порядку приватного обвинувачення, є не чим іншим як порушенням закону з боку правоохоронного органу.

Дії, описані вище, містять у собі ознаки злочину, передбаченого ч.1 ст.125 КК України (умисне легке тілесне ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я). Такі дії караються штрафом до п'ятидесяти неоподаткованих мінімумів доходів громадян (850 гривень) або громадськими роботами на строк до двохсот годин, або виправними

роботами на строк до одного року.

У даному випадку потерпілому «повезло», у міліції не винесли постанову про відмову у порушенні кримінальної справи. І це не призвело до нескінченної тяганини для того, щоб реалізувати гарантоване Конституцією України право на судовий захист.

Не дивлячись на те, що суспільна небезпека таких злочинів загалом не значна, порушення цих кримінальних справ залежить від наявності скарги потерпілого, від його бажання притягнути правопорушника до відповідальності. Тож порушення кримінальних справ цієї категорії, притягнення особи як обвинуваченого та відання до суду здійснює суддя.

Крім того, активність потерпілого, насамперед, залежить від розуміння суті наданих йому законом прав. Тому за необхідності, слід у доступній формі роз'яснити громадянину (з урахуванням його загальноосвітнього і культурного рівня, віку) значення таких термінів як «цивільний позов», «клопотання», «відвід», «докази» і т. ін. на практиці нерідко роз'яснення прав приводиться формально, без необхідних пояснень, і зводиться до одержання підпису потерпілого на постанові про визнання його таким.

У даній ситуації доречно було б доповнити КПК України приписом ст.148 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації, в якій міститься, що копія постанови про відмову про порушення кримінальної справи протягом 24 годин з моменту її винесення направляється заявнику і прокурору. При цьому заявнику роз'яснюється його право та порядок на оскарження даної постанови.

З огляду на зазначене та з метою захисту гарантованих Конституцією України прав пропонуємо у даному випадку застосувати новий термін, взявши як аналог з Кодексу адміністративного судочинства України, та Цивільно-процесуального кодексу України, а саме: до постанови про відмову у порушенні кримінальної справи або до постанови про порушення кримінальної справи в імперативному порядку додавати «пам'ятку» про права і обов'язки, в якій має бути посилання на статті, в яких має бути зазначено, які права має потерпілий, і протягом якого терміну він має їх реалізувати, а також вказати і на обов'язки. Крім того, у пам'ятці обов'язково зазначати право на відшкодування матеріальних та моральних збитків, тобто право на з'явлення цивільного позову. Дану пам'ятку в обов'язковому порядку вручати або надсилати особі, яка звертається, незалежно від винесеного рішення уповноваженим органом протягом 24 годин з моменту реєстрації у книзі обліку.

Саме знання потерпілим своїх прав дозволяє йому в конкретній ситу-

ації здійснити вибір найбільш ефективних засобів для охорони порушених злочином інтересів. Водночас, незнання потерпілим прав, якими наділив їх законодавець свідчить про необхідність посилення правового виховання громадян, якісного роз'яснення потерпілому його прав і його ролі в розкритті злочинів.

Слід звернути увагу на те, що виникає дилема – чи обов'язково бути потерпілому присутньому при судовому розгляді його справи.

При дослідженні питання реалізації прав потерпілого під час судового розгляду, формується думка про необхідність підвищення активності потерпілого в цій стадії кримінального процесу. Для цього необхідно як роз'яснення прав у максимально доступній для нього формі, так і забезпечення реальної можливості їх реалізації. Для цього потрібно розглянути:

- чи зобов'язаний потерпілий з'явитись у судові засідання, його права під час судового засідання та можливість приводу в разі його неявки;
- участь потерпілого в судових дебатах;
- оскарження потерпілим вироку.

Слід погодитись, що вказана ситуація вдало вирішена у ст. 75 КПК Російської Федерації: дача показань потерпілим – це не лише його право, а й обов'язок; він повинен з'явитися до суду і давати правдиві показання. У разі неявки потерпілого до суду без поважних причин до нього може бути застосовано привід.

Проте, Кримінально-процесуальний кодекс України передбачає в ч. 2 ст. 302, що потерпілий попереджається суддею за дачу неправдивих показань. Тобто, дача показань не є обов'язком для потерпілого. Водночас кримінально-процесуальне законодавство передбачає застосування до потерпілого приводу в разі його неявки в судові засідання.

Звертається увага судів, що ст.290 КПК України, встановлюючи вичерпний перелік наслідків неявки потерпілого в судові засідання, передбачає й можливість застосування до потерпілого, який не з'явився за викликом до суду без поважних причин, приводу відповідно до ст.72 КПК України.

З огляду на зазначене, у КПК України є наявні умови і підстави для реалізації принципу, який передбачений у ст.16-1, а саме змагальності і диспозитивності, а також принципу, передбаченого ст.261 КПК України, рівності прав сторін у судовому засіданні.

Проте суди, діючи виключно за буквою закону, тобто відповідно до ст.290 КПК України, у справах приватного обвинувачення дають цілком «законні підстави» для порушення зазначених вище принципів. І

як свідчить аналіз судової практики у даній категорії справ, нез'явлення без поважних причин потерпілого до суду дає суду підставу для припинення справи, якщо на його розгляді не наполягає обвинувачений.

Узагальнюючи висловлене, а також з метою усунення зловживання альтернативними нормами КПК України, пропонуємо доповнити ст.290 КПК України ч.3: «якщо в судове засідання не з'явиться потерпілий у справах приватного обвинувачення або його захисник, слухання справи належить відкласти. Крім того, суд має з'ясувати поважність причини неявки. За відсутності поважності причини неявки суд застосовує до потерпілого ч.1 ст.185-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення».

Таким чином, викладене дає підстави для підсумку, що саме велика альтернативність норм КПК України та інших законодавчих норм, які є допоміжними у певних ситуаціях і є основою для «законного» порушення гарантованих Конституцією України прав людини і громадянина.

Це зменшить кількість незахищених та постраждалих від злочинів громадян, що потягне за собою підвищення рівня довіри суспільства до даної категорії органів держави. Все це ще раз буде свідчити про гуманізацію суспільства.

1. Інструкція про порядок прийому, реєстрації, обліку і розгляду заяв і повідомлень в органах, підрозділах і установах внутрішніх справ України, затверджена наказом МВС України №500 від 26 листопада 1991.
2. Король В.В. Кримінальний процес України. Навч. посібник. – Івано-Франківськ, Плай.-2008. -460с.
3. Михайленко О.Р. Складання процесуальних актів у кримінальних справах: Навч. посіб. – 2 –е вид., допов. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 256 с.
4. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 02.07.2004 №13 «Про практику застосування судами законодавства, якими передбачені права потерпілих від злочинів» Відомості Верховної Ради. – 2004. - № 35- 11с.

Комарнытська О.В.

Introduction of “written rules” in criminal cases in private prosecution

The article is devoted to the researching of excitation of criminal cases in private prosecution. In this publication there is an example of the refusal of authorized organs in bringing the criminal action in private prosecution against somebody. In this connection it is subsisted to conduct an analogy with Civil Procedure Code and Administrative Procedure Code.

Key words: “written rules”, private prosecution, authorized organs, analogy

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ ПРАВА НА СВОБОДУ ТА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ (ЗАТРИМАННЯ ЗА ПІДЗОРОЮ У ВЧИНЕННІ ЗЛОЧИНУ)

УДК 343.131

Процес міжнародно-правової інтеграції, що є діяльністю держав із узгодження їх правової політики, є однією з характерних прикмет сучасного глобального світу. Україна не перебуває осторонь цього процесу і все більше включається в нього. Свідченням тому є широкомасштабна судово-правова реформа, що супроводжується використанням зарубіжного і міжнародного досвіду, правовими запозиченнями, визнанням міжнародного права частиною української правової системи і приведенням її у відповідність з міжнародними правовими стандартами. Тенденція, яка сформувалася раніше, головним чином, в західних країнах світу щодо зближення національних правових систем стала характерною і для України.

Можна стверджувати, що кримінальні процеси як країн континентального, так і загального права стала об'єднувати одна «філософія», заснована на загальних і неподільних цінностях: людська гідність (заборона тортур, жорстокого, або такого, що принижує гідність, поводження); свобода (право на свободу і особисту недоторканність, право на повагу до приватного та особистого життя, житла і комунікацій, право на захист персональних даних); рівність (рівність всіх перед законом, недопустимість дискримінації); правосуддя (право на ефективні засоби правового захисту і на доступ до неупередженого суду, право обвинуваченого на презумпцію невинуватості і забезпечення права на захист, право не притягуватися до відповідальності двічі за один і той же злочин).

І саме в сучасний період реформування кримінально-процесуального законодавства України в контексті міжнародно-правових стандартів особливого значення набуває наукове дослідження сфери застосування державного примусу та, відповідно, обмеження конституційних прав особи у ході провадження в кримінальних справах.

Право на свободу і особисту недоторканність не є безумовним правом, яке не підлягає обмеженню ні за яких обставин. Стосовно права кожної людини на свободу і особисту недоторканність, сформульованому в ст. 29 Конституції України, а також в ст. 3 Загальної декларації прав

людини (1948 р.) [2], в ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основних свобод (1950 р.) [3], в ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.) [5] забороняється не обмеження права на свободу і особисту недоторканність громадянина взагалі, а лише свавільне, необґрунтоване або надмірне обмеження. Свавільному обмеженню протиставляється законне обмеження, що здійснюється з певною метою, за конкретними підставами і в установленому порядку. При цьому виняткове право на обмеження свободи і особистої недоторканності людини належить державі за допомогою діяльності її відповідних органів і посадових осіб.

Як зазначено у ст. 3 та 9 Загальної декларації прав людини, «кожна людина має право на ... свободу і на особисту недоторканність. Ніхто не може зазнавати безпідставного арешту, затримання...».

На розвиток проголошеного права у ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основних свобод зазначається, що «нікого не може бути позбавлено свободи інакше, ніж відповідно до процедури, встановленої законом, і в таких випадках, як:

b) законний арешт або затримання особи за невиконання законної вимоги суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом;

c) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою припровадження її до встановленого законом компетентного органу на підставі обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо є розумні підстави вважати за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення.

Це право знайшло своє відображення і в ст. 29 Конституції України, яка проголошує, що «ніхто не може бути заарештований або триманий під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинів чи його, перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом. Затримана особа негайно звільняється, якщо протягом сімдесяти двох годин з моменту затримання їй не вручено вмотивованого рішення суду про тримання під вартою».

Таким чином, стосовно кримінального судочинства допустимі обмеження свободи і особистої недоторканності людини визначені як можливість уповноважених на те органів проводити затримання особи, та застосовувати до неї взяття під варту як запобіжний захід.

Метою даної статті, враховуючи її обмежений обсяг, ми визначимо

дослідження питань допустимості обмеження свободи і особистої недоторканності людини у ході кримінально-процесуального затримання.

Наукові дослідження питань затримання особи як одного із заходів кримінально-процесуального примусу проводились цілою низкою відомих процесуалістів як радянського, так і сучасного періоду, зокрема, до них належать: І.Л.Петрухін, В.М.Корнуков, З.Д.Єнікеєв, З.З.Зінатуллин, Ю.М.Грошевий, Н.В.Григор'єв, В.І.Маринів, В.М.Смирнов, О.С.Спанешников, Н.В.Луговец, І.З.Федоров, О.С.Гречишнікова, Є.Г.Васильєва та ін.

Відповідно до Конституції України затримання слід, як правило, здійснювати за «рішенням суду». Конституція України дозволяє затримання без ордеру суду тільки «у разі нагальної необхідності запобігти злочинів чи його перепинити» (ст. 29). Проте новели кримінально-процесуального кодексу недостатньо зрозуміло висловили цю вимогу, тому затримання без ордеру залишається радше правилом, ніж винятком.

Окрім того, законодавство дає змогу органу дізнання та слідчому, які розслідують злочин, не звертаючись по ордер до суду, ухвалити рішення про затримання підозрюваного на термін не більш, ніж три доби. Слідчий, що звичайно не знаходиться в ситуації «нагальної необхідності», не зобов'язаний одержувати судовий ордер. Таке положення явно не відповідає вимогам Конституції, однак на підставі постанови слідчого відбувається переважна більшість арештів, і таке затримання правоохоронні органи розглядають як один з ефективних засобів для просування розслідування.

Конституцією України передбачене доставляння затриманого до судді протягом трьох діб. Цей термін є максимальним. Однак, як правило, затриманих не доставляють у суд раніше трьох діб, тому цей термін на практиці перетворився на звичайний. Правоохоронці не несуть відповідальності за необґрунтоване зволікання з доставлянням до судді, якщо не вийшли за межі граничного терміну. Суддя при доставлянні до нього затриманого не з'ясовує, чи обґрунтована тривалість затримання. Суддя також може продовжити затримання підозрюваного до 10 діб (ч. 8 ст. 165-2 КПК). Крім того, законодавство передбачає можливість міліції утримувати під вартою затриманого більш, ніж 3 доби у визначених обставинах (ч. 4 ст. 165-2 КПК).

Таке тривале безконтрольне утримання під вартою уможливило не тільки застосування катувань, але й приховування слідів такого застосування. Невизначеність умов законного затримання, легальна можливість обійтися без ордеру суду, а отже, уникнути попередньої перевірки під-

став для затримання, відсутність реальної відповідальності за незаконне затримання, – усе це призводить до того, що працівники міліції вдаються до затримання досить охоче й без наявності серйозних підстав. Свавільне затримання використовується саме тому, щоб створити умови для одержання визнання, у тому числі й за допомогою застосування катувань (показовими у цьому плані є статистика, наведена Міністром внутрішніх справ п. Ю.Луценком – близько 400 таких фактів за 2008 рік; випадки, оприлюднені ЗМІ – «1+1» у програмі «Жесть мундира»; а також окремі резонансні випадки катувань підозрюваних працівниками міліції).

Застосуванню таких незаконних методів впливу на підозрюваних «сприяє» ще й те, що ІТТ, де утримуються затримані, залишаються у підпорядкуванні МВС України. І це всупереч Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи №1346 від 29 вересня 2003 року, за якою органи влади України зобов'язувались перевести ці установи попереднього ув'язнення у підпорядкування Державного департаменту з питань виконання покарань. Фактично, під час затримання за підозрою у вчиненні злочину складається ситуація, «коли вівцю передають на збереження вовкам», особливо у нашій системі покладання всієї відповідальності за стан злочинності на правоохоронні органи.

Таким чином, одне з центральних місць у реформуванні інституту кримінально-процесуального затримання займає вирішення питання про необхідність чи доцільність 72-годинного (а згідно ч. 4 ст. 165-2 КПК України й більш тривалого) утримання особи до моменту доставлення до судді.

При цьому одразу пригадується славнозвісна справа Б.Колесникова. Ми пам'ятаємо, яку бурхливу критику викликало його затримання не лише з боку тодішньої опозиції (ПР), але й з боку Уповноваженого ВР України з прав людини п. Н.Карпачової та відомого адвоката п. А.Федура. Останні неодноразово вказували на порушення вимог ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основних свобод та ст. 29 Конституції України, а саме – права підозрюваного бути доставленим безпосередньо до суду, а не утримуватись без рішення останнього протягом 72 годин в ІТТ (нагадаємо – яке підпорядковане МВС України, в той час очолюване тим же п. Ю.Луценком, котрий представляв конкуруючу політичну силу до ПР).

На жаль, достатньо обґрунтованого пояснення невідповідності затримання Б.Колесникова згаданим загальним положенням Конвенції та Конституції ні п. Карпачовою, ні п. Федуром так і не було подано.

У чому ж полягає невідповідність редакції ст. 106 та ч. 4 ст. 165-2

КПК України положенням ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основних свобод та ст. 29 Конституції України? Як видається, відповідь на це питання потрібно шукати в аналізі відповідності повноважень компетентних органів щодо затримання меті застосування 72-годинного (чи 48-годинного, як РФ та більшості країн ЄС) терміну утримання підозрюваного без рішення суду.

При цьому жодного сумніву не викликає визначення загальної мети затримання як заходу процесуального примусу, а саме: «запобігти злочинові чи його перепинити» (ст. 29 Конституції та п. «с» ст. 5 Конвенції), «запобігти втечі особи після вчинення злочину» (п. «с» ст. 5 Конвенції) та «для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом» («в» ст. 5 Конвенції).

На думку авторів науково-практичного коментаря КПК України (за загальною редакцією Маляренка В.Т. та Гончаренка В.Г.), 72-годинний термін для затримання підозрюваного надано органу дізнання (слідчому) для з'ясування причетності даної особи до злочину і вирішення питання про застосування до неї запобіжного заходу у вигляді взяття під варту, а також для доставки затриманого до судді з відповідним поданням про обрання цього заходу [4, с.290]. Розглянемо детальніше випадки необхідності вчинення таких дій органами досудового розслідування саме під час затримання підозрюваного.

Ще І.Л. Петрухін розрізняв два види затримання:

- 1) без попередньо винесеної постанови органу дізнання, слідчого, прокурора або ухвали суду;
- 2) на підставі такої постанови або ухвали суду [6, с.50].

Затримання першого виду повинно застосовуватися до порушення кримінальної справи, в т.ч. й особами, які не володіють правом на проведення дізнання і попереднього слідства, всіма співробітниками міліції, що виконують функції по охороні громадського порядку, а також окремими особами. Таке затримання проводиться в момент вчинення злочину (його виявлення) чи безпосередньо після його вчинення (його виявлення) і забезпечує мету «запобігти злочинові чи його перепинити» (ст. 29 Конституції та п. «с» ст. 5 Конвенції), «запобігти втечі особи після вчинення злочину» (п. «с» ст. 5 Конвенції).

Однак, нерідко трапляються випадки, коли підозрювану особу не вдалося затримати на місці. Але залишилися очевидці, у тому числі і особи, які постраждали від злочину. Порушується справа, і ці особи допитуються як свідки і потерпілі. Вони можуть прямо назвати на допиті особу, що вчинила злочин або вказати на цю особу при проведенні впізнання. Досить поширені й інші випадки, коли підозрюваний сховав-

ся або взагалі спочатку не був відомий, але за фактом скоєння злочину було порушено кримінальну справу і в ході її розслідування проводилися огляди місця події, обшуки, експертизи, які дозволили виявити сліди злочину, речові докази, що викривають певну особу у вчиненні злочину. В обох зазначених випадках згідно ч. 1 ст. 106 КПК України є підстави для затримання підозрюваного, що з'явилися вже в ході розслідування після порушення кримінальної справи. Іншими словами, в таких випадках момент затримання є віддаленим від моменту вчинення (виявлення) злочину. Тому таке затримання згідно ст. 29 Конституції України має проводитись виключно за рішенням суду.

На наш погляд, немає сенсу у винесенні попередньої постанови у випадку затримання, що проводиться в момент вчинення злочину (його виявлення) чи безпосередньо після його вчинення (виявлення). Таке затримання характеризується раптовістю, терміновістю. Коли здійснюється розкриття злочину «за гарячими слідами», на винесення постанови немає часу, воно тим і відрізняється від взяття під варту. Більше того, на момент такого затримання, як правило, ще не оформлене рішення про порушення кримінальної справи, не проведені невідкладні слідчі дії (огляд місця події, допити очевидців події та потерпілих), результати яких можуть лягти в основу «з'ясування причетності даної особи до злочину і вирішення питання (підготовку подання) про застосування до неї запобіжного заходу у вигляді взяття під варту».

У руслі даного аспекту російський процесуаліст В.Н. Григор'єв пропонує законодавчо закріпити правило про те, що затримання підозрюваного допускається лише за наявності підстав для порушення кримінальної справи. З цією метою він пропонував доповнити ч. 1 ст. 122 КПК РФ положенням про те, що орган дізнання або слідчий мають право затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, до порушення кримінальної справи лише за наявності достатніх даних, які вказують на ознаки цього злочину [1, с.94-95]. Тим самим В.Н. Григор'єв пропонує узаконити затримання до порушення кримінальної справи (оформлення відповідного рішення), яке проводиться в момент вчинення злочину (його виявлення) чи безпосередньо після його вчинення (виявлення).

Безперечно, у даному випадку затримання, перш ніж доставити підозрюваного до суду, слідчий повинен оформити рішення про порушення кримінальної справи, провести першочергові невідкладні слідчі дії та підготувати подання про застосування щодо особи запобіжного заходу. На все це й потрібен певний час, який у США, РФ та більшості країн Європи складає 48 годин.

В інших випадках, коли момент затримання є віддаленим від момен-

ту вчинення (виявлення) злочину (за відсутності терміновості і раптовості у його проведенні), кримінальна справа на той час вже порушена, і слідчий вже володіє певною доказовою базою про подію злочину. А тому тут необхідно вирішувати питання не про затримання, а про вибір запобіжного заходу щодо особи. В цьому випадку ч. 4 ст. 165-2 КПК України передбачає таку можливість: «якщо в поданні ставиться питання про взяття під варту особи, яка перебуває на волі, суддя має право своєю постановою дати дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого і доставку його в суд під вартою». Інакше, затримання перетвориться на короточасний арешт, в обхід судової процедури взяття під варту, що зводить нанівець вимоги ч. 2 ст. 29 Конституції та ч. 3 ст. 5 Конвенції (саме таке порушення і мало місце у 2005 році під час затримання п. Б.Колесникова).

Для вирішення даної проблеми і приведення положень ст. 106 та ч.ч. 4 і 8 ст. 165-2 КПК України у цій частині до відповідності з вимогами ст. 29 Конституції та ст. 5 Конвенції у кримінально-процесуальному законі, необхідно:

1) виділити два види затримання: а) яке проводиться в момент вчинення злочину (його виявлення) чи безпосередньо після його вчинення (виявлення); б) підстави для якого з'явилися вже в ході розслідування після порушення кримінальної справи, та яке є віддаленим від моменту вчинення (виявлення) злочину;

2) скоротити строк затримання з 72 до 48 годин;

3) передбачити можливість затримання без рішення суду та подальшого відтермінування негайної доставки затриманого до суду на термін 48 годин (а не 72, як зараз) лише у випадку затримання в момент вчинення злочину (його виявлення) чи безпосередньо після його вчинення (виявлення);

4) в інших випадках вказати на обов'язковість негайної доставки затриманого, підозрюваного чи обвинуваченого в суд;

5) виключити з ч. 4 ст. 165-2 КПК України наступне положення: «Затримання в цьому випадку не може продовжуватися більше сімдесяти двох годин; а в разі, коли особа перебуває за межами населеного пункту, в якому діє суд, не більше сорока восьми годин з моменту доставки затриманого в цей населений пункт».

Крім того, потрібно якнайшвидше виконати вимоги, зазначені в Резолюції ПАРЄ №1346 від 29 вересня 2003 року про переведення всіх установ попереднього ув'язнення у підпорядкування Державного департаменту з питань виконання покарань.

Як видається, впровадження запропонованих заходів різко скоротить

випадки свавільного затримання та застосування незаконних методів до підозрюваних, в першу чергу, з боку працівників міліції. Однак проблеми допустимості затримання не обмежуються лише тими, що визначені у цій статті. Окремого дослідження потребують також питання підстав, умов, порядку затримання, а також визначення моменту, з якого обчислюються строки затримання.

1. Григорьев В.Н. Задержание подозреваемого органами внутренних дел: Учебное пособие. – Ташкент, 1989.
2. Загальна декларація прав людини (1948 р.) // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с.
3. Конвенція про захист прав людини і основних свобод (1950 р.) // Європейська конвенція з прав людини. – К.: Фенікс, 2005. – 60 с.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – К.: Форум, 2003. – 940 с.
5. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.) // Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с.
6. Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989.

Korol V.V.

The providing problems of law international and legal standards of the freedom and personal immunity in criminal judicial system (retardation for suspicion in the crime)

In this article are investigated the questions of permissibility of freedoms and personal immunity limitation in course of arrest in criminal procedure, specifically in the aspect of 72-hours term purposefulness of the suspect until the moment of bringing him to the judge.

Key words: freedom, personal immunity, criminal judicial system, term, suspect.

Луцький А. І.

ЗАСТОСУВАННЯ ПСИХОЛОГІЧНИХ ЗНАТЬ НА ДОСУДОВІЙ СТАДІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

УДК 342.102

Початковим етапом кримінального процесу є стадія порушення кримінальної справи, якій притаманні специфічні ознаки, що відрізняють її від інших стадій процесу. Сутність її полягає у тому, що компетентні органи (орган дізнання, слідчий, прокурор, суд) у зв'язку із тим, що йому стало відомо про вчинення чи підготовку до злочину, встановлюють наявність чи відсутність необхідних умов для провадження по кримінальній справі і приймають рішення про наявність такого провадження або про відмову в ньому.

В законодавстві передбачено джерела про злочини (мотиви) і фактичні дані, що вказують на вчинення злочинів (обґрунтування), необхідні для прийняття рішень про порушення кримінальної справи. Підставами до порушення кримінальної справи є заяви чи повідомлення підприємств, установ, організацій, посадових осіб, представників влади, громадськості, окремих громадян, повідомлення органів і осіб, що затримали підозрюваного з повинною, повідомлення про злочин в пресі, безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим, прокурором, судом ознак злочину.

Підставами для порушення кримінальної справи є ознаки кримінально караного діяння у факті, події, яка стала відомою уповноваженому органу, і серйозні дані про те, що злочин вчинено чи іде підготовка до вчинення злочину [3, с. 15].

Кримінально-процесуальний закон передбачає визначений порядок фіксації заяв та повідомлень про злочинність, обов'язки їх прийому і розгляду та перевірки протягом 3 діб з моменту вчинення злочину, за винятком випадків, передбачених КПК України, чи коли для проведенні їх перевірки цей строк повинен тривати не більше 10 днів.

Здійснюється така перевірка за допомогою пояснень, витребування необхідних документів оперативним шляхом, призначення відомчої ревізії і за допомогою єдиної дозволеної дії – огляду місця події.

На нашу думку, виходячи із даних психологічних наук, орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя проводить перевірку заяв про повідомлення про злочин, перш за все за допомогою розумової та логічної діяльності, інакше, вони б виглядали не як наділені повноваженнями від імені держави на здійснення функцій судочинства, що діють на основі закону і внутрішнього переконання посадової особи, а як чиновники, лише, які «дають хід справі».

В процесі перевірки заяв і повідомлень, як вказувалося вище, можуть призначатися відомчі ревізії, витребуватися документи. Відомчі ревізії є консультативною формою залучення спеціальних знань в кримінальному процесі. Також можуть витребуватися різноманітні документи, що роз'яснюють і пояснюють специфічні сторони людської діяльності. Зрозуміло, що застосування спеціальних знань не може обмежуватися на цьому етапі лише економікою і облік. Можуть бути отримані спеціальні знання із інших сфер, в тому числі психологічної. Перш за все, психологічна консультація може стосуватися змісту заяв і повідомлень про злочини, особистості заявника, мотивів такої заяви та ін. Можливе використання психологічних консультацій при підготовці до проведення огляду місця події. Саме дані положення становлять актуальність по-

рушеної проблематики.

Психологічна консультація, іноді комплексна чи медико-психологічна, може бути потрібним джерелом інформації для слідчого, органу дізнання, прокурора, судді відносно заяв і повідомлень про злочини, вчинені особою, яка перенесла чи страждає психічними захворюваннями, з розумовими відхиленнями. Зрозуміло, що матеріали такої консультації носять допоміжний характер в порівнянні з об'єктивними фактичними даними, що свідчать про факт вчинення злочину; вони можуть стимулювати вироблення внутрішньої, науково обгрунтованої позиції вказаних правоохоронних органів по відношенню до поступленої заяви чи повідомлення.

В спеціальній літературі піднімалися питання про можливість використання спеціальних знань (у вигляді експертизи) до порушення кримінальної справи [1, с. 174-178].

Діюче законодавство дає підстави заперечливо ставитися до цієї думки. Можливо, при новій реформі кримінально-процесуального законодавства це питання і слід було би вирішити позитивно. Дійсно, проведення технічної, психіатричної, медичної, психологічної експертизи дозволило б не запускати громіздку машину кримінального процесу, а приймати правильне рішення, наприклад, про відмову в порушенні кримінальної справи у зв'язку з неосудністю, чи відставанням в психічному розвитку від норми і недосягненням вікової групи (по відношенню до неповнолітніх) та ін.

Поки що уповноваженим органам слід обмежуватися консультаційною допомогою спеціалістів, що, звичайно, не одне і теж. На стадії порушення кримінальної справи застосування спеціальних знань допомагало б встановлювати не лише обставини, що передбачають, а й ті, які виключають провадження по справі: відсутність події злочину, відсутність в діянні складу злочину, недосягнення встановленого в законі віку (за психологічними показниками) та ін.

Наступною стадією за порушенням кримінальної справи є досудове слідство, під час якого проводиться збирання і закріплення доказів, виявлення осіб, що винні у вчиненні злочину, прийняття заходів для попередження і зупинення злочину. На цій стадії збираються необхідні матеріали для того, щоб суд, який розглядає кримінальну справу, по суті міг винести законний і обгрунтований вирок. Разом з тим, досудове слідство не можна розглядати як процес для суду і до суду. Справа на цій стадії може отримати кінцеве вирішення по суті в тих випадках, коли провадження по ній припиняється.

Успішне виконання завдань, поставлених перед органами дізнання і

слідства на стадії досудового слідства, можливе не лише при достатньому знанні закону, професійних навичок особи, що проводить дізнання, але і при науковій обгрунтованості і забезпеченості цієї діяльності, яка досягається за рахунок залучення спеціальних знань.

Важливою і невід'ємною формою використання спеціальних знань на стадії досудового розслідування є залучення освічених осіб для давання консультації з питань, які цікавлять слідство і дізнання. Як уже зазначалося, в законі ця форма використання спеціальних знань не обговорена, але аналіз практики дізнання і слідства свідчить про постійне її застосування.

Досудове розслідування здійснюється в двох видах – дізнання і досудовий розгляд. Останній вид є основним і проводиться у більшості справ. Дізнання або передує досудовому слідству, або проводиться як єдиний і повний вид розслідування. Досудове слідство має специфічну структуру, в якій можна виділити декілька етапів діяльності: проведення першочергових невідкладних слідчих дій, прийняття рішення про залучення в якості обвинуваченого, пред'явлення обвинувачення, допит обвинуваченого та збирання доказів, що дозволяють завершити досудове слідство, завершити розслідування.

На всіх етапах особа, яка проводить досудове слідство, слідчий постійно потребує кваліфікованої науково-технічної допомоги осіб, в тому числі і психологів. Консультація психолога може знадобитися цим особам при підготовці та проведенні слідчих дій: допиту, очної ставки, призначення експертизи, огляду, обшуку, виїмки, слідчого експерименту, пред'явлення для впізнання [4, с. 23].

Назви слідчих дій пов'язані із взаємодією слідчого, особи, що проводить досудове слідство з іншими людьми (підозрюваними, обвинуваченими, свідками та ін.) або з продуктами діяльності цих людей. В першому випадку психологічний фактор присутній в чистому вигляді як психологічні особливості конкретної людини, стимулювати які необхідно з метою досудового слідства, в другому випадку – він трансформований в продукти діяльності, предмет злочинного посягання, засоби вчинення такого. Слідчий чи орган дізнання з метою забезпечення завдань розслідування можуть в усній чи письмовій формі звернутися до освіченої особи за консультацією і отримати її відповідно в усній чи письмовій формі.

Особа, обізнана в психології, може проконсультувати слідчого чи особу, яка проводить дізнання, у наступних питаннях:

1) основні напрямки в нових досягненнях в галузі загальної, вікової, трудової, інженерної, медичної, юридичної, соціальної та інших

галузей психологічної науки;

2) відносно міжіндивідуальних психологічних розбіжностей, типології особистості, специфічних проявах поведінки та діяльності окремих психологічних типів;

3) щодо вікових особливостей психічного розвитку особистості, зміни динаміки і темпу пізнавальних, емоційно-вольових процесів на різних стадіях становлення і розвитку особистості;

4) про психологічний склад виконуваних людиною трудових дій, можливих помилок на психологічному підґрунті, типології таких помилок, взаємовідносинах особистості (суб'єктивних) і об'єктивних факторів праці;

5) про вплив перенесених чи наявних психічних і соматичних захворювань, затримки розвитку на психологію особистості, її соціальну адаптацію, толерантну чи девіантну правову поведінку;

6) про типові психологічні риси дорослих і неповнолітніх злочинців; допустимих в залежності від особистісних, соціальних, криміногенних особливостей особистості, можливих варіантах дій в залежності від ситуації і особистісних особливостей;

7) про окремі психологічні феномени, стани, процеси, їх наявність чи відсутність в ситуації вчинення злочину;

8) про рекомендації засобів психологічного впливу на обвинуваченого, підозрюваного з метою стабілізації його поведінки, переорієнтації, попередження можливих подальших злочинів.

У зв'язку з принципом змагальності в кримінальному процесі, спеціальні психологічні знання все ширше використовуються адвокатами-захисниками, які беруть участь в досудовому слідстві. Правда, в більшості випадків захисник бере участь з моменту оголошення обвинуваченому про завершення слідства і використання ним спеціального психологічного знання у формі консультації досить обмежене. Ознайомившись з матеріалами досудового слідства, захисники звертаються за отриманням психологічної консультації (усної чи письмової). Результати консультації використовуються при поданні позову. Деколи, при наявності письмової психологічної консультації, адвокати клопочуть про залучення до справи в якості документу. Однак, у зв'язку із закінченням термінів слідства, слідчі, як правило, відхиляють клопотання адвокатів про призначення судово-психологічної експертизи по справі (в основу таких клопотань також беруться результати психологічних консультацій), в значній кількості випадків відмовляються від залучення до справи в якості документа і письмових консультацій психологів, посилаючись на те, що такі консультації не є документами. Частково

вони праві. Консультації, про які іде мова, носять, як правило, загальний характер, оскільки консультант не попереджається про відповідальність за розголошення даних досудового слідства (на відміну від спеціаліста і експерта), а адвокат також не має права без дозволу слідчого чи прокурора викладати ці обставини в письмовому чи в усному проханні про консультацію. Адвокат не може навіть пред'явити консультанту матеріали своєї справи, по конкретній справі, не говорячи вже про матеріали кримінальної справи в цілому. Тому консультація, яка отримується адвокатами на стадії досудового слідства, носить неповний, усічений характер. Зрозуміло, що це дає підстави слідчому для відхилення позовів захисників, заявлених на основі отриманої у психолога консультації.

Трохи більші можливості для використання результатів психологічної консультації мають адвокати, які беруть участь у розслідуванні в ролі захисників у справах з особами з фізичними чи психічними недоліками та неповнолітніх з моменту пред'явлення обвинувачення. За нашими вибірковими даними адвокати-захисники у справах неповнолітніх зверталися за психологічною консультацією в м. Львові по 54% справ, Львівської області, містах Чернівцях, Івано-Франківську, Луцьку, Тернополі – приблизно 37% справ, в Ужгороді, Рівному, Кам'янець-Подільську – приблизно 25% справ. Ці показники постійно ростуть у зв'язку з розширенням практики судово-психологічної експертизи та інших форм використання спеціальних психологічних пізнань у практиці кримінального судочинства в практиці кримінального судочинства в Західному регіоні України. Наведені показники, пов'язані з підвищенням ефективності діяльності адвокатури в цілому, підвищенням матеріального і морального стимулу праці адвоката, що має місце в останній час, ростом престижу та значимості адвокатської діяльності меншим, ніж в інших юридичних органах.

Слід зазначити, що позови, які заявляються адвокатами про призначення судово-психологічної експертизи після отримання ними психологічної консультації по справах неповнолітніх частіше задовільняються слідчими, ніж іншими категоріями справ.

Рідше використовують консультацію психолога прокурори. Вона має місце у випадках розслідування особливо важких справ, наприклад, вбивства при обтяжуючих обставинах, доведення до самогубства, порушення правил безпеки руху та експлуатації транспорту. При цьому слід зазначити, що значно частіше звертаються за психологічною консультацією військові і транспортні прокурори, ніж територіальні.

Отримання консультації в освіченої особи на стадії досудового слідства, в т.ч. і в галузі психологічної науки і практики, із тенденції

перетворюється в повсякденну практику. Тому в новому кримінально-процесуальному законі необхідно врегулювати цю форму використання спеціальних психологічних знань, так як це мало місце в свій час по відношенню до спеціаліста.

Як вже зазначалося вище, методичний арсенал психолога при наданні консультації досить обмежена, не досліджується головний потрібний об'єкт – особистість конкретної людини, і вона не може досліджуватися, інакше у даному випадку мала б місце заміна консультації експертизою. Однак, аналіз практики свідчить, навіть вирішуючи питання про кваліфікацію таких складних і психологічно «насичених» злочинів як вбивство, завдання тяжких і середньої тяжкості тілесних ушкоджень в стані сильного душевного хвилювання, слідчі у більшості випадків віддають перевагу власними силами встановлювати психологічний склад сильного душевного хвилювання (афект, стрес, фрустрацію), ніж призначати з цією метою судово-психологічну експертизу. Це і зрозуміло. Для проведення судово-психологічної експертизи потрібен час від декількох днів до декількох тижнів, а цього часу в слідчого не вистачає. Є труднощі й організаційного характеру – відсутність в районних центрах і містах кваліфікованих психологів, необхідність звернення до обласного чи регіонального наукового центру та інші. Вірогідно, що психологічна консультація, яка ґрунтується на вивченні матеріалів справи, могла би бути суттєвим спірним питанням для слідчого з вказаної справи. Це, правда, не означає, що судово-психологічна експертиза повинна бути витіснена психологічними консультаціями.

Процесуальна регламентація використання спеціального знання у вигляді консультації на досудовому слідстві могла б передбачати письмове звернення слідчого, органу дізнання, прокурора, судді, адвоката по місцю роботи психолога чи особисто до нього з проханням дати пояснення з питань, вказаних в такому листі. В необхідних випадках орган дізнання, слідчий, суддя, прокурор могли би запрошувати психолога для ознайомлення з матеріалами справи і надання консультації з врахуванням цих матеріалів. Адвокат-захисник для ознайомлення психолога з матеріалами кримінальної справи повинен би отримувати дозвіл органу, що веде розслідування, чи прокурора, чи клопотання перед ними про те, щоб консультацію витребували вони самі. На консультанта повинні бути покладені обов'язки явитися по виклику слідчого, прокурора та ін. (аналогічно тієї, яка встановлена для спеціалістів) і давати консультацію в письмовому вигляді чи усно. В останньому випадку така консультація могли би носити суто просвітницький характер, інформативний характер, який не має наслідків як джерело доказів. Письмова консультація

повинна бути прирівняна до документа. В законі також повинні бути передбачені компенсації і оплата праці консультанта аналогічно з тим, як врегульовано це питання відносно спеціаліста.

Вважаємо також, що участь консультанта, в тому числі і психолога, на стадії досудового слідства повинна бути альтернативною, тобто залежати від волевиявлення органу, що проводить розслідування, прокурора, судді, а не приписуватися в їхні обов'язки. В іншому випадку, дійсно, це могло би призвести до підміни експертизи консультацією спеціаліста, на що вказується в спеціальних дослідженнях [2, с. 116].

Висловлені пропозиції можуть викликати враження, що реалізація їх в законі сильно ускладнить попереднє розслідування, буде впливати на його терміни і т.п. У зв'язку із зростанням гарантій прав особистості в кримінальному судочинстві, розвитком змагальності, допуском адвоката в процес з моменту пред'явлення обвинувачення, а по окремих категоріях справ і з більш ранніх етапів досудового слідства, реформою організаційної структури органів досудового слідства, використанням консультаційної форми залучення спеціальних знань суттєво допоможе перебудові стадії досудового слідства підвищити її науковий рівень, дозволить діяти більш диференційовано і альтернативно при кваліфікації вчиненого, визначення процесуального статусу конкретної особи (перш за все, у справах про посягання на особистість, життя, здоров'я, громадський порядок), вирішення питання щодо матеріалів для вжиття заходів адміністративного чи громадського впливу.

1. Нагнойний Л.П. Про можливості призначення судової експертизи до порушення кримінальної справи // Криміналістика і судова експертиза, Вип.4 К., 1967., с. 174-178.

2. Морщакова Т.Г. Деякі питання використання спеціальних пізнань в кримінальному судочинстві // Коментар судової практики за 1985 р. М., 1986, С. 116.

3. Строгович М.С. Курс радянського кримінального процесу, Том 2. М., 1970, С.15.

4. Шейферс С.О. Слідчі дії. Система і процесуальна форма. М., 1981, с. 23.

A.Lutskiy

Usage of Psychological Knowledge for before Trial Stage of Criminal Process.

The actual problem in the sphere of jurisprudence is to define the essence and role of psychological consultation during a criminal case investigation. This problem needs further development and improvement. It plays an important role and is of great interest in the circle of legal connoisseurs.

Keywords: trial stage, criminal process, psychological knowledge, criminal case investigation.

ПСИХОЛОГІЧНА КОНСУЛЬТАЦІЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

УДК 343. 102

В юридичній практиці накопичений значний досвід безпосереднього використання учасниками кримінального процесу психологічних знань, а також опосередкованого у формі психологічної консультації. Виходячи із потреб практики, юридична наука в різноманітних своїх галузях (криміналістиці, кримінальному процесі, кримінології, юридичній психології) аналізувала застосування психологічних знань в процесі оперативно-розшукової діяльності, попереднього розслідування, судового розгляду.

Разом з тим в юридичній і психологічній літературі аналізувалися питання опосередкованого використання психологічних знань в кримінальному процесі у формі психологічної консультації.

В діючому кримінально-процесуальному законодавстві не вживаються терміни «консультант» і «консультація», але на практиці досить часто виникають питання, пов'язані з психологічною консультацією, яка проводиться в рамках кримінального процесу. Оскільки чітко та до кінця методологічний зміст даних понять не розкрито, то саме в цьому і полягає актуальність дослідження наукової статті.

Однією з форм використання знань в кримінальному процесі є консультація спеціаліста. Вона носить процесуальний характер, оскільки проводиться в рамках кримінального процесу і для забезпечення його мети.

Консультант – це освічена особа, що не має чіткого визначення процесуального профілю (як експерт чи спеціаліст), але застосовує свої спеціальні пізнання для роз'яснення слідчому і суду важливих для справи фактів і обставин з позиції сфери тієї наукової чи практичної діяльності, в якій вона є професіоналом.

Консультація – це спеціальна діяльність з метою правосуддя, яка проводиться за проханням чи на вимогу учасника кримінального процесу, яка може полягати в роз'ясненні положень певної сфери наукового чи практичного знання, методів і методик спеціальних досліджень, кола обставин, що входять в предмет конкретної науки, аналогічної участі спеціаліста у законодавчому врегулюванні цієї форми залучення спеціальних знань в кримінальному процесі – на практиці вона має досить широке розповсюдження, оскільки закон прямо не вказує на цю форму, теоретики в більшості випадків не визнають цього. При цьому заперечу-

валася та форма спеціального знання, що застосовується освіченою особою, і в літературних джерелах 50-річної давності, і в даний час, хоча аргументація різноманітна, іноді діаметрально протилежна. Цікаво, що підстави для відмови від цієї форми використання спеціальних знань відійшли, втратили своє значення, але за інерцією продовжують діяти.

Найбільш повно та чітко причини оспорування консультативної форми використання спеціальних знань дали М.А.Чельцов та М.В.Чельцова [4, с. 36-41]. Виявляється, що після Великої Жовтневої революції серед вчених отримала значного розвитку ідея про освічену особу (в першу чергу експерта), як про суддю факту, автором якої були дореволюційні вчені Л.Є.Владіміров і Д.А.Дриль. І найцікавіше, що отримала ця ідея значну теоретичну підтримку і практичне впровадження не в сфері юристів, а серед судових медиків. В інструкціях про проведення судово-медичної експертизи вказувалося, що медичні експерти є працівниками, висновки яких мають обов'язкову силу та значення для приватних осіб і установ різноманітних відомств: вони вправі вимагати все, що стосується даного документу, проводити огляд, допитувати потерпілих, свідків, освічених осіб, приймати інші міри для забезпечення експертизи. У виданому наркоматом охорони здоров'я в 1919 р. Збірнику про медичну експертизу прямо вказувалося, що медичний експерт набував значення наукового судді факту, а Положення про медичну експертизу 1921р. вводило інстанційний порядок оскарження висновків судово-медичного експерта (судово-медичний експерт, відділ медичної експертизи). Одночасно вказувалося, що медичний експерт є помічником слідства і суду, зобов'язаними роз'яснювати, вести консультаційну роботу по судово-медичних питаннях з особами, що проводять розслідування, а в суді у випадку неправильного тлумачення даного висновку медичному експерту встановлювався обов'язок негайно, незалежно від стадії судового процесу, заявити суду про факт неправильного тлумачення експертизи. При цьому рішення відділу медичної експертизи наркомюсту виявилось остаточним і обов'язковим для всіх. Таке положення зберігалось в системі наркомюсту практично до 13 грудня 1952 р., коли була затверджена нова інструкція Міністерства охорони здоров'я СРСР про проведення судово-медичної експертизи. В ній нічого про те, що медичний експерт є суддею факту та постійним консультантом суду і слідчого, та ні про явну, ні про скриту форму, не говорилося. Потрібно було понад 30 років, щоб норми кримінально-процесуального закону (що володіє значною юридичною силою в порівнянні з відомчими нормативними актами) визначили те, що висновки експертизи (в тому числі і психіатричної) є лише одним із видів доказів, які не мають наперед встановленої сили,

і не є обов'язковими для суду та слідства. Однак, будь-яке згадування про консультанта в кримінальному процесі одразу викликало різке заперечення і критику. Так, був підданий різкій критиці В.М.Нікіфоров за те, що він написав про можливості експертизи (фактично – консультації), яка за своєю формою представляла так би мовити консультацію слідчого та суду із ученим-спеціалістом, коли він не проводить спеціального дослідження. Р.Д.Рахунов, заперечуючи проти консультації як спеціальної форми залучення спеціальних знань, вказував, що коли слідчому або суду потрібна консультація, він повинен почати експертизу. М.О.Чельцов та М.В.Чельцова, заперечуючи проти консультативної форми застосування спеціальних знань, вбачали у цій формі, і в самому використанні терміну «консультант», «помічник» суду і слідчий спробу реставрації ідеї «суддя факту» [4, с. 60-61].

По суті, визнанням самостійної форми застосування спеціальних знань (консультації) є твердження І.Л. Петрухіна про те, що освічена особа, яка проводить консультацію письмово чи усно, слідчий й суд по окремих питаннях, не є спеціалістами в процесуальному значенні [2, с. 26]. Проте, цей автор не чітко диференціював консультацію і участь спеціаліста.

Е.Каргандберг вказує, що для забезпечення висококваліфікованого захисту по кримінальній справі адвокатам необхідно застосовувати допомогу освічених осіб, як консультантів, процесуальний статус яких необхідно визначити в кримінально-процесуальному законі чи хоча б у відомчих нормативних актах адвокатури [1, с. 54-55].

І.М.Сорокотягін включає консультацію в групу «позапроцесуальних форм використання спеціальних знань», вказує, що консультація осіб, що мають спеціальну підготовку, не носить характер видів по відношенню до яких-небудь обставин вчиненого злочину, але допомагає слідчому отримати деяку попередню інформацію, яка є важливою для розслідування [3, с. 16-17].

На думку І.М.Сорокотягіна, консультація, як форма застосування спеціальних знань, є «позапроцесуальною» тому, що вона «... не регулюється нормами КПК, а здійснюється або відповідно до відомчих інструкцій, або за бажанням слідчого» [3, с. 15]. З цим твердженням можна погодитися лише частково. Дійсно, отримання консультації у бухгалтера з приводу фінансово-господарської діяльності, в інженера з приводу відомчих інструкцій, у психолога з приводу особливостей поведінки малолітнього та інших, непередбачених процесуальним законодавством, ніде незафіксованих, і які не мають юридичних наслідків. В той же час можливість представляти в касаційній інстанції нових мате-

ріалів, серед яких можуть бути і консультації (висновки) освічених осіб, хоча й позбавлені процесуального значення експертизи, все ж можуть бути враховані як обставини, що дають підстави для відміни вироку і для передачі справи на нове розслідування чи судовий розгляд, носить процесуальний характер.

Поряд з іншими, в кримінальному процесі можуть застосовувати у формі консультації і спеціальні психологічні знання.

На нашу думку, виходячи із субстратно-функціональної єдності спеціальних знань, що використовуються в правоохоронній діяльності, зміст психологічних знань, які використовуються експертом, спеціалістом чи консультантом, не залежить від вказаної форми. Він повинен бути по своїй суті психологічним, ґрунтуватися на сучасних досягненнях в галузі психологічної теорії і практики. Це знання не тільки загальної психології, але і її різних галузей (педагогічної, медичної, патопсихології, інженерної, юридичної та ін.). Психолог, який залучається як консультант, повинен володіти навиками і знаннями методики психологічного дослідження, мати досвід практичної, наукової, науково-педагогічної діяльності, володіти достатньо широким кругозором і життєвим досвідом.

Закон виходить із того, що спеціальні знання, що застосовуються для суду, слідчого, уповноваженого органу і за їх рішенням, аналізуються і оцінюються рівнозначно з іншими матеріалами. Тому не лише психологічна експертиза, участь спеціаліста-психолога, але і психологічна консультація є допустимою і можливою в діяльності правоохоронних органів. Деякий досвід психологічного консультування в судах і військових судах за участю автора свідчить про науковість і ефективність такого.

Психологічна консультація освіченої особи, як і будь-яка інша консультація, може носити процесуальний і непроцесуальний характер. Непроцесуальна (позапроцесуальна) психологічна консультація може даватися учасниками процесуальної діяльності (суддям, слідчим, позивачам і відповідачам, адвокатам та ін.) і полягає в роз'ясненні положень психологічної науки і практики, окремих психічних явищ, процесів, станів та ін., в коментуванні з позиції інформації, що надається психологу зацікавленою особою чи органом. Психологічна консультація може передувати призначенню психологічної експертизи та полягати в наданні допомоги зацікавленій особі у формуванні питань, які слід поставити експертом-психологом, визначенні предмету експертного дослідження та ні. Психологічна консультація може мати місце з метою профілактичного впливу на особу правопорушника, організації його виправлення і перевиховання.

Процесуальна психологічна консультація може мати місце, на нашу думку, на всіх стадіях процесу. В кримінальному процесі – це не тільки стадії касаційного чи наглядового характеру, але і стадія попереднього розслідування, розгляду справи по суті, поновлення справи за новими виділеними обставинами. В цьому випадку психологічна консультація повинна носити офіційний характер, проводитися у письмовому вигляді на письмову вимогу органів дізнання, слідства, прокурора, адвоката, судді та суду. Як і у випадку непроцесуального психологічного консультування, для дачі процесуальної психологічної консультації психологу повинна бути представлена інформація, що стосується предмета консультації. Це можуть бути матеріали кримінальної, цивільної чи адміністративної справи, наглядового чи адвокатського провадження, документи, характеристики, листи, щоденники, висновки психологічних, психіатричних та інших експертиз та ін.

В літературі вказувалося, що ні участь спеціаліста в слідчих діях і судових справах, ні при наданні консультацій (висновків) спеціаліста ніяких досліджень освічена особа не проводить. Якщо мова йде про психолога, то він не проводить дослідження головного об'єкту аналізу – особистості конкретної людини. Ознайомлюючись із представленою в усній і письмовій формах інформації, а вона завжди відноситься до особистості конкретної особи (прямо чи опосередковано), психолог не може її не проаналізувати, синтезувати, конкретизувати, тобто проводити розумове дослідження. В цьому і специфічність психологічної консультації в процесі. Наведеній думці можна заперечити – під час будь-якої консультації проводиться розумове дослідження. На нашу думку, це не так. Будь-яка консультація, окрім консультації психолога і психіатра, для яких об'єктом є особистість особи, її психічна діяльність, пов'язана з відтворенням консультантом наявних в його пам'яті знань про питання, яке цікавить уповноважену особу чи орган. Хоча тут має місце окремий момент розумового дослідження.

Психологічна консультація в сфері правоохоронної діяльності – перспективна форма використання спеціальних психологічних знань. Вона допомагає учасникам процесу більш точно і правильно оцінити обставини, які їх цікавлять, критичні підходи до встановлення висновків по психологічній експертизі, концентрування визначених завдань, можливостей, ширше і повніше застосовувати знання людини, особистісні підходи.

Наведені форми використання спеціальних психологічних знань в кримінальному процесі – це реальність сьогоdnішнього дня. Вірогідно, що в перспективі їх число буде розширюватися.

1. Каргандберг С. Використання спеціальних знань адвокатами в радянському кримінальному процесі // Використання спеціальних знань в радянському кримінальному процесі. Тарту, Вип. 663, 1984, С.54-55.
2. Петрухін І.І. Експертиза як засіб доказування в радянському кримінальному процесі. М., 1956, С.26.
3. Сорокотягін І.М. Спеціальне пізнання в розслідуванні злочинів. Вид-во Ростовського університету, 1984, С.15-17.
4. Чельцов М.А., Чельцова М.В. Проведення експертизи в радянському кримінальному процесі. М., 1954, С.36-61.

Lutskiy I.

Psychological Consultation in Criminal Process.

The problem of essence of psychological consultation in criminal process is of great interest for scientists and experts. It needs further investigation and improvement of standard regulation. This problem plays an important role among legal experts.

Keywords: psychological consultation, criminal procedure, standart regulation, legal experts.

Луцький М. І

СУДОВО-ПСИХОЛОГІЧНА ЕКСПЕРТИЗА

УДК 343. 102

В діючому кримінально-процесуальному законодавстві вживаються терміни «експерт» і «експертиза». Досить чітко до кінця їх методологічний зміст не розкрито, саме в цьому виражається **актуальність дослідження наукової статті**.

В літературі терміном «експерт» називають освічену особу, що залучається в кримінальний процес для пізнання і дослідження дізнання, яке цікавить слідство і суд, об'єкт, розширення і висвітлення поставлених перед ним питань, дача з приводу їх висновків, що використовується слідством, прокурором і судом в якості доказів по справі [6, с. 11]. Судова експертиза або експертиза в кримінальному процесі – це саме проведення експертом дослідження і надання висновків у відповідності до встановленого законом порядку.

В.І.Гончаренко визначає судову експертизу як процесуальну дію, направлену на встановлення у передбаченому законом порядку фактів, що мають значення для справи, з використанням спеціальних знань шляхом залучення освіченої особи для перевірки дослідження і подання висновків [1, с. 124]. Аналогічне визначення дають і інші автори [4, с. 7]. Відмінність між ними і наведеним вище несуттєва.

Експертиза, як форма залучення спеціальних знань в кримінальному процесі, передбачена КПК України.

Наведення загальних положень одночасно відноситься і до психологічної експертизи як форми залучення спеціальних психологічних знань

в кримінальному процесі.

Законодавець, регламентуючи випадки обов'язкового проведення експертизи, вказує, що вона проводиться для визначення психологічного стану обвинуваченого чи підозрюваного, коли виникають сумніви в їх дієздатності чи здатності усвідомлювати значення своїх дій чи керувати ними, а також для визначення психічного і фізичного стану свідків чи потерпілих у випадках, коли виникають сумніви щодо їх здатності правильно сприймати обставини, що мають значення для справи і давати про них правильні показання.

Вказування в законі на здатність правильного сприйняття подій, що підлягають доказуванню, фіксування їх, запам'ятовування і відтворення залежить не лише від наявності чи відсутності душевної хвороби, але і від індивідуальних особливостей психіки особи, умов її формування, розвитку, а також ситуації, в якій вона знаходилася, рівня культури, професії і т.д. На психологічні процеси негативно може вплинути, наприклад, стресовий характер ситуації, хвороба чи хворобливий стан центральної нервової системи і психіки. Навіть при звичайній втомі, результатом якої може бути головна біль, людина може не повністю адекватно сприймати і пізніше відтворювати ситуацію. Будь-який невротичний чи психопатичний стан особистості впливає на обставини, що мають значення для суду та слідства.

Як уже зазначалося, психічні захворювання не завжди є перешкодою для нормального протікання психічних процесів (всіх чи деяких). Психічно хворий також може бути джерелом відомостей, що мають значення для правосуддя. Однак, при оцінці таких свідчень необхідні висновки експерта.

Психічні захворювання сприяють зрушенням в емоційній, інтелектуальній, вольовій сферах. Так, адекватність сприйняття порушується при більшості психічних захворювань; пам'ять – при Корсаковському синдромі, прогресуючій амнезії, інфекційних, інтоксикаційних психозах; мотивація поведінки – при шизофренії.

Не тільки психічні, але і соматичні хвороби можуть викликати тимчасові чи постійні зміни особистісних особливостей, таких як: сприйняття, запам'ятовування, відтворення, неадекватність реагування.

Для осіб, які хворіють хронічними соматичними захворюваннями, характерні загальні особливості протікання психічних процесів і поведінки в цілому. Так, хворі туберкульозом відрізняються нестабільністю, лабільністю настроїв, легким навіюванням, різкими переходами від безпросвітнього песимізму і депресії до нічим не мотивованого оптимізму. У них помічається підвищені статеві потяги, егоцентризм.

При онкологічних захворюваннях характерна гіперстезія всіх органів чуття, проявляння психогенних реакцій: істерична сентиментальність, озлобленість, наростаюча афективність.

Особи з вродженою чи набутою вадою кістково-мускульного апарату (каліки) відрізняються підозрілістю, схильністю до маніакальних ідей. Серед них виділяють дві групи: одні – наполегливо, активно діють з метою досягнення компенсації свого роду дефектів; інші – уникають оточуючих, замикаються в собі. На першому, безпосередньо після травми чи трохи пізніше, розвиваються драгівливість, грубість, озлобленість.

Наведення інших особливостей особи, що страждають соматичними захворюваннями, можуть мати надзвичайно важливе значення для суду і слідства, якщо такі особи стають учасниками процесу, оскільки оцінка ними ситуації може значною мірою відрізнитися від об'єктивних даних.

Такі злочини, як посягання на особу, приватну власність, порушення громадського порядку та громадської безпеки, мають активне, часто несподіване для оточуючих і досить різке вираження. Наостанок, оскільки подібні злочини значною мірою порушують права людської моралі, вони, звичайно, викликають бурхливі почуття: обурення, іноді страх. Подібні емоції виникають не лише у осіб, проти яких направлена агресія, посягання, але і в оточуючих, свідків вчиненого, особливо в осіб з підвищеною емоційністю чи емоційною нестійкістю. Їх може вивести із душевної рівноваги навіть сам вигляд жертви чи потерпілого, що потягне за собою порушення процесу сприйняття, запам'ятовування ситуації, оцінки подій, що відбуваються, і осіб, що беруть участь. Чим складніший і багатоепізодичний злочин, тим важче отримати про нього інформацію. Тому, застосовуючи допомогу психолога, суд, прокурор, слідчі отримують можливість виділити в отриманій інформації ту, яка характеризує аналізовану подію повно, точно та об'єктивно.

Таким чином, ані зі сторони законодавця, ані зі сторони юридичної та психологічної науки немає протипоказань відносно залучення в практику судово-прокурорських і судових органів психологічної експертизи. Більше того, в процесі боротьби із злочинністю, здавна з успіхом використовуються накопичені психологічною наукою знання, що завжди давало позитивний вплив на процес здійснення правосуддя та реалізацію його основоположного принципу – об'єктивної істини.

Ґрунтуючись на практиці застосування судово-психологічної експертизи в кримінальному процесі, розглянемо, в яких випадках і на підставі чого слід застосовувати саме цього роду експертизу. Представляється, що при осудності обвинуваченого, свідка, потерпілого такими підстава-

ми будуть наступні обставини:

1. відставання рівня психічного розвитку від вікової норми;
2. перенесення чи наявність психічних захворювань і стану;
3. перенесення чи наявність соматичного захворювання, особливо інфекційних, хронічних чи невиліковних;
4. наявність особливостей, що свідчать про крайню невірноваженість, емоційність чи агресивність, порушення в таких психічних процесах, як сприйняття, усвідомлення, увага, запам'ятовування чи відтворення, мислення;
5. асоціальна поведінка потерпілого, що провокує на вчинення злочину, наявність окремих ознак, що передбачають можливість сильного душевного хвилювання правопорушника;
6. незрозуміння чи неналежна оцінка соціальної, культурної сутності й значення своїх дій;
7. сумніви у правдивості показань свідків і потерпілого, що ґрунтуються на невідповідності характеру вчиненого;
8. сумніви у підробці авторства тексту;
9. сумніви відносно мотивів самогубства чи його інсценізації.

Особи, що проводять розслідування в конкретній справі, на основі теоретичних знань, особистого, професіонального та життєвого досвіду, повинні визначити адекватність дій особистого характеру ситуації.

Проте, у визначених випадках виникають труднощі, і тоді на допомогу слідчим і суду повинен прийти експерт-психолог. А саме, коли спостерігається:

1. незвичайність, чужість мотивації поведінки обвинуваченого, свідка, потерпілого;
2. різка відмінність поведінки вказаних осіб від традиційно властивої у відповідному віці та групі;
3. невідповідність характеру поведінки меті та мотивам вчиненого;
4. духовна «глухота» правопорушника, свідка чи потерпілого;
5. явно неблагополучні умови найближчого оточуючого середовища, в якому довгий час знаходився правопорушник (особливо неповнолітній);
6. різко виражені характерологічні особливості об'єкта (надмірна в'язливість чи активність, замкнутість чи ейфорія, надмірні сором'язливість чи безсоромність та ін.);
7. незвичайність поведінки суб'єкта в момент вчинення злочину, незвичайність у зовнішності, міміці, жестикуляції, пантомімі, рухах;
8. дані, що свідчать про акумуляції емоційних збуджень чи переживань та ін.

При наявності вказаних обставин у відповідності з порядком, встановленим КПК – слідчий, стосовно неповнолітніх, призначає судово-психологічну експертизу. Мета її – максимально вичерпно відповісти на питання, які цікавлять. У зв'язку з цим потрібно чітко визначити межі та можливості судово-психологічної експертизи, компетенцію експерта-психолога. В юридичній і психологічній літературі існують різноманітні погляди з цього приводу. Одні автори вважають, що компетенцією судово-психологічної експертизи є визначення рівня інтелекту, наявності фізіологічного афекту [3, с. 10].

Інші додають ще до цього індивідуальні особливості та загальну характеристику особистості [7, с. 12], мотиваційну сферу, домінуючі мотиви і осудність (якщо немає психічного захворювання чи хворобливого стану) [8, с. 8], здатність адекватно сприймати і відтворювати інформацію, вплив природної сфери чи умов на психіку [12, с. 10], відповідність «паспортного» віку інтелектуальному [1, с. 17], педагогічну запущеність, психогенні фактори криміногенної ситуації [10, с. 9], дійсний вік олігофренів [5, с. 11].

На нашу думку, при визначенні компетенції судово-психологічної експертизи в кримінальному процесі слід керуватися розробками цього питання, проведеними у Всесоюзному інституті прокуратури СРСР (відділ психологічних проблем боротьби зі злочинністю). У відповідності з нею до компетенції цього виду експертизи слід віднести встановлення:

1. здатності обвинувачених, свідків, потерпілих (з врахуванням індивідуально-психологічних та вікових особливостей, стану розумового розвитку) правильно оцінити обставини, що мають значення для справи і давати правильні показання;
2. наявності чи відсутності у суб'єкта в момент здійснення протиправних дій фізіологічного афекту чи інших емоційних станів, здатних суттєво вплинути на його свідомість;
3. здатності потерпілих від статевих злочинів правильно сприймати характер і значення дійсності злочинця;
4. здатності неповнолітніх обвинувачених, що страждають розумовою відсталістю, не пов'язаною з психічними захворюваннями, повністю усвідомлювати, давати звіт своїм діям;
5. можливості виникнення різноманітних психічних явищ, що перешкоджають нормальному здійсненню професіональних функцій (в авіації, автомобільному та залізничному транспорті на виробництві та ін.);
6. ведучих, зміцнених мотивів (в психологічному значенні цього поняття) поведінки людини і мотивації конкретних вчинків як важливих

психологічних факторів, що характеризують особистість;

7. наявності чи відсутності в особи у період, що передуює смерті, психічного стану, що спонукає до самогубства [9, с. 16-17].

На нашу думку, наведений перелік можна розширити, відносно до компетенції судово-психологічної експертизи встановленням:

1. впливу перенесених чи наявних психічних і соматичних захворювань і хворобливих станів на індивідуально-психологічні особливості особистості, їх прояви у вчиненому злочині чи показання, що дані з цього приводу;

2. авторства письмового тексту.

Судово-психологічна експертиза може встановлювати психологічні особливості особистості, що проявилися у зв'язку із вчиненням злочином, психологічну сторону самого злочину – психічне ставлення особи до вчиненого, мотиви і мета, потреби. Проте до її компетенції на відноситься висвітлення етичних, філософських, педагогічних, медичних і правових особливостей злочинців і злочинів.

1. Гончаренко В.І. Використання даних природничих і технічних наук в кримінальному судочинстві. Київ, 1980, С.124.
2. Грошевий Ю. Психологічна експертиза на попередньому слідстві. // Кримінальна і судова експертиза. К., 1970, Вип. 7, С.17.
3. Дагель П., Резниченко І. Питання компетенції і організації судово-психологічної експертизи. // Рад. Юстиція, 1970, №1, С.10.
4. Дидковська С.П., Клименко М.І., Лисиченко В.К. Підготовка і проведення окремих видів судової експертизи. Київ, 1977, С. 7.
5. Зелінська Н., Печерникові Т. Компетенція комплексних судово-психологічних експертиз // Соц. законність, 1973, №12, С.11.
6. Нагорний Г.М. Поняття судової експертизи // Криміналістика і судова експертиза. Київ, 1984, Вип. 29, С. 11.
7. Петелін Б. Роль експертизи у встановленні мотивів злочину // Радян. Юстиція, 1974, №8, С.12.
8. Котов Д. Судово-психологічна експертиза // Соц. законність, 1985, №8, С.8.
9. Коченов М.М. Вступ в судово-психологічну експертизу. М., 1980, С.16-17.
10. Степутенкова В., Станишевська Н. Психологічна експертиза особистості у справах про вчинення статевих злочинів // Соц. законність, 1976, №11, С.9.
11. Теорія доказування в радянському кримінальному процесі, 2-ге видання, М., 1973, С.700; Петрухін І.І. Експертиза як засіб доказування в радянському кримінальному процесі. М., 1964, С.66; Ейсман А.А. Висновки експерта. М., 1967, С.89.
12. Яковлев Я. Проблеми судово-психологічної експертизи // Соц. законність, 1973, №3, С.10.

Lutskiy M.

Trial Psychological Examination.

The problem of essence of trial psychological examination is of great interest for scientists and experts. It needs further investigation and improvement. This problem plays an important role and is of great interest in the circles of legal experts.

Keywords: trial psychological examination, legal experts, criminal law.

Микитин Ю.І.

ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОВНОГО ПРАВОСУДДЯ У ПОЛЬЩІ

УДК 343.9

Актуальність дослідження. Реформування кримінального судочинства – об'єктивна вимога часу. Одним із шляхів його модернізації, безумовно, є впровадження відновного правосуддя. Відповідно до Концепції реформування кримінальної юстиції України, що затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008р., [9] кримінальна юстиція України повинна будуватися, зокрема, на розширенні застосування відновних процедур, в тому числі, з врахуванням світового досвіду. Яскравим прикладом успішного оновлення кримінального процесу з допомогою відновного підходу є Польща. Вважаємо, що досвід наших сусідів може бути цінним для українського законодавця при реформуванні вітчизняної кримінальної юстиції.

Мета статті полягає в аналізі досвіду Польщі у сфері відновного правосуддя та можливості запозичення його позитивних елементів при реформуванні українського кримінального процесу.

Метою статті зумовлені завдання нашого дослідження:

- розглянути історичні аспекти впровадження відновного правосуддя в Польщі;
- проаналізувати чинні польські нормативно-правові акти у даній сфері;
- визначити місце медіації на сучасному етапі розвитку польського кримінального судочинства;
- виокремити позитивний досвід польського кримінального процесу, що може бути цінним для України.

Серед українських науковців питання «польського» відновного правосуддя досліджували В.Т. Маляренко, І.А. Войтюк, В.В. Земляньська та інші. Однак комплексного аналізу кримінально-процесуальних норм з цього питання не було здійснено.

Процес зародження відновного правосуддя у Польщі в сучасному його розумінні і формах розпочався з 1994 року. Польща почала переймати відповідний досвід у Німеччини. 1994-1995 роки позначилися

проведенням просвітницьких заходів (конференції, семінари, тощо) серед представників правової системи польської держави. Практичне втілення, апробація теоретичних напрацювань розпочалось у 1995 році. 12 грудня цього року було створено Комітет з впровадження медіації у Польщі, який розробив і впроваджував проект «Експериментальна програма медіації між неповнолітнім правопорушником і його жертвою», реалізація якого була запланована на три роки.

Характерно, що у період реалізації експериментальних програм жодного законодавчого підґрунтя впровадження відновного правосуддя у Польщі не було, а діяльність у межах кримінального судочинства ґрунтувалась на загальних кримінально-процесуальних нормах. Відзначимо, що на даний час в Україні складається аналогічна ситуація.

Е. Добеєвська зазначає, що у 1997-1998 роках почали функціонувати перші курси з підготовки медіаторів. Після цього у п'яти містах країни було відкрито експериментальні центри медіації між жертвою і правопорушником. До 1999 року було проведено понад 150 медіацій у кримінальних справах [2,с.22].

Інститут медіації у Польщі на законодавчому рівні було закріплено 6 червня 1997 році з прийняттям нових кримінального і кримінально-процесуального кодексів цієї країни, які вступили в дію з 1 вересня 1998 року. Зокрема, § 1 статті 320 Кримінально-процесуального кодексу Польщі (в межах глави КПК, яка регулювала попереднє слідство) передбачав, що прокурор має право звернутись до суду з відповідною заявою, в якій він із власної ініціативи або за згодою сторін пропонує направити справу до установи або людини, що заслуговує довіри, на проведення процедури примирення між підозрюваним і потерпілим. § 2 цієї ж статті містить нормативну вказівку, що установа або людина, що гідна довіри, укладає документ-рекомендацію щодо проведення медіації і очікуваних від неї результатів, який враховує прокурор, коли вирішує звернутися до суду із заявою, про яку йдеться у § 1. Згідно з § 4 статті 339 Кримінально-процесуального кодексу Польщі в редакції від 6.06.1997р., голова суду приймає рішення про початок судового провадження у кримінальній справі або може направити її на процедуру примирення. Узагальнюючи наведені положення польського кримінально-процесуального закону, можна зробити висновок, що у даному випадку було закріплено можливість проведення медіації до початку основного судового розгляду. Також, проаналізувавши § 2 статті 489 Кримінально-процесуального кодексу Польщі, приходимо до висновку, що у справах приватного обвинувачення медіація може бути альтернативою так званому «судовому засіданню примирення».

Характерно, що процесуальна можливість проведення медіації також була підкріплена певними матеріальними наслідками. Так, із статей 53, 56, 60, 66 Кримінального кодексу Польщі [4] випливає, що позитивні результати участі у процедурі медіації можуть бути підставою для пом'якшення покарання або відстрочки його застосування.

Інститут медіації у кримінальному процесі було також відображено у Законі Польщі «Про судочинство у справах щодо неповнолітніх» [3] шляхом внесення змін до нього 15 вересня 2000 року. Вказаний нормативно-правовий акт надає право судді на будь-якій стадії судового розгляду за згодою потерпілого та підсудного передати кримінальну справу на медіацію, а її результати мають враховуватися при винесенні вироку.

Як бачимо, вказані правові норми не містять чіткої регламентації медіації у польському кримінальному процесі. Зокрема, не врегульовано строки проведення відновної процедури, її місце і співвідношення із загальними кримінально-процесуальними нормами. Навіть після закріплення медіації у законодавстві практики не сформували єдиної думки щодо її застосування у зв'язку з неясністю законодавчих норм.

Провідну роль у запровадженні і розвитку відновного правосуддя, зокрема, медіації, у Польщі відіграє Польський центр медіації (Варшава). Він був створений у 2000 році шляхом реформування згаданого Комітету з впровадження медіації у Польщі. Створення цієї недержавної інституції дало новий, дуже вагомий поштовх для розвитку відновного правосуддя у Польщі. Слід відзначити, що особливу роль у цьому процесі відіграла громадсько-політичний діяч, науковець, яскрава особистість – Президент Польського центру медіації Яніна Валюк. Польський центр медіації ініціював зміни в законодавстві, що стосувалися відновного правосуддя. Саме ця установа стала найактивнішим ініціатором оновлення інституту медіації у кримінальному процесі Польщі.

10 січня 2003 року було реформовано норми Кримінально-процесуального кодексу, що стосувалися медіації, шляхом його доповнення статтею 23а і вилученням аналізованої статті 320. Відповідне законодавче положення вступило в дію з 1 липня 2003 року.

Важливо, що інститут медіації знайшов своє закріплення у розділі «Загальні положення» Кримінально-процесуального кодексу Польщі.

Стаття 23а Кримінально-процесуального кодексу Польщі передбачає, що суд, а під час попереднього слідства – прокурор, з ініціативи або за згодою потерпілого або обвинуваченого, може направити справу до установи або гідної довіри особи з метою проведення процедури медіації між потерпілим і обвинуваченим [6]. У такому випадку, по-перше,

було розширено перелік стадій кримінального процесу, на яких може застосовуватися медіація. Відповідно, вказана процедура може бути проведена не тільки на етапі досудового слідства, а й під час судового провадження. По-друге, розширено коло осіб, що мають право приймати рішення щодо застосування медіації. Таким повноваженням було наділено прокурора та суддю. Навіть більше, § 2 статті 325^і Кримінально-процесуального кодексу у редакції 2003 року надає право направляти кримінальну справу на медіацію органу, що проводить дізнання. Таку функцію у Польщі виконує поліція. Отже, прийняття рішення про проведення медіації належить до компетенції поліції, прокуратури та суду.

Найчастіше кримінальні справи на медіацію направлялися суддями. Про це свідчить подана нижче порівняльна таблиця, що була сформована за результатами доповіді прокурора м. Варшава Є. Вілднера [1] Дані подано за роки, у яких велась статистика. Статистична інформація про направлення справ на медіацію поліцією відсутня.

Рік	Орган, що направив кримінальну справу на процедуру медіації	Кількість справ
1999 р.	суд	336
	прокуратура	42
2002 р.	суд	1021
	прокуратура	35
2004 р.	суд	3569
	прокуратура	211
2006 р.	суд	5052
	прокуратура	1447

Відзначимо, що на законодавчому рівні були встановлені строки проведення медіації. Так, процедура медіації не повинна тривати довше, ніж один місяць. Проте цей термін не враховується в час попереднього слідства. В загальному термін попереднього (досудового) розслідування не повинен тривати більше двох місяців, окрім випадків його продовження прокурором на строк до 3 місяців.

Процесуальні аспекти проведення медіації у кримінальних справах щодо неповнолітніх практично нічим не відрізняються від загального порядку. Однак у даному випадку існує специфіка щодо строків проведення процедури. Так, відповідно до § 9 Розпорядження Міністра юсти-

ції Польщі «Про порядок проведення процедури медіації у справах щодо неповнолітніх»[8], в постанові про направлення справи на медіацію сімейний суд встановлює термін, протягом якого він повинен отримати звіт про хід і результати процедури медіації, що не повинен перевищувати 6 тижнів. У виняткових випадках, коли існує велика вірогідність укладення угоди, суд може продовжити цей термін, але не більше ніж на 14 днів. Тобто термін проведення медіації у випадку вчинення злочину неповнолітніми може складати, за певних обставин, до двох місяців.

Статистика, наведена Є. Вілднером, у межах даних варшавської прокуратури, свідчить, що місячний строк у переважній більшості випадків є достатнім для проведення процедури медіації. За його даними, тільки у п'яти з ста тридцяти п'яти випадків процедура медіації тривала довше ніж один місяць [1].

Вважаємо, що місячного терміну було б достатньо для організації та проведення медіації в Україні. Виникає запитання, чи варто при цьому призупиняти досудове слідство?

Вважаємо, що зупинення провадження у кримінальній справі на досудовому слідстві через проведення медіації не є доцільним. Медіація тільки надає можливість сторонам досягнути примирення і не означає прогнозованого результату. Тому ставити в залежність повноту і об'єктивність розслідування від варіантів результату медіації, а також її оцінки не варто. Якщо припустити, що у якомусь випадку зупинено провадження на досудовому слідстві для проведення медіації, то за цей період може бути втрачена чи спотворена доказова база у справі. Тим більше проблемним видається зупинення провадження у справі, коли підозрюваний (обвинувачений) затриманий перебуває під вартою. Строки затримання чи перебування під вартою протікають паралельно із строками розслідування, але не співпадають з ними. Якщо запропонувати, що попереднє слідство можна зупинити, коли підозрюваний (обвинувачений) знаходиться під вартою, то в такому випадку медіація втручається у кримінальний процес, нав'язуючи вимушене продовження строків утримання під вартою підозрюваного (обвинуваченого). Така ситуація суперечить не тільки ідеї відновного правосуддя, але й здоровому глузду.

Також, розглядаючи можливість зупинення досудового слідства для проведення медіації, звернемось до випадку, коли злочин вчинено у співучасті. Наприклад, один із підозрюваних (обвинувачених) виявив бажання в'язати участь у медіації, а інші ні. Звичайно, ж зупинити провадження у кримінальній справі щодо однієї особи, а продовжити його щодо інших співучасників не бачимо за можливе.

Вважаємо, що проведення медіації не вимагає зупинення досудового слідства. Ці два процеси не є взаємовиключними, а тому можуть відбуватися паралельно. Отже, на нашу думку, проведення медіації не має зупиняти досудового слідства у кримінальній справі.

Цікавим у Польщі є визначення категорій справ, щодо яких може бути застосована медіація.

Раніше існувало положення, вироблене практикою, що медіація може бути проведена у кримінальних справах, якщо санкція кваліфікованої статті передбачає покарання у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років. Проте, на даний час такі обмеження уже відсутні. В основному, на медіацію спрямовуються кримінальні справи у випадку вчинення злочинів проти здоров'я особи (тілесні ушкодження, насильницькі дії, погрози) та майнових злочинів (крадіжка, пошкодження майна). Рішення про спрямування конкретної кримінальної справи на процедуру медіації приймається на власний розсуд уповноваженою особою.

За загальним правилом медіація може бути проведена у випадку наявності фізичних осіб – потерпілого та правопорушника. Варто відзначити, що застосування цієї відновної процедури не здійснюється щодо осіб, які мають судимість, перебувають у місцях позбавлення волі, а також у випадку рецидиву злочинів.

Польським законодавцем передбачено вимоги щодо несумісності медіатора з іншою кримінально-процесуальною діяльністю. Процедуру медіації не може проводити особа, якщо вона є професійним суддею, прокурором, адвокатом, юрисконсультантом, а також стажером з однієї з цих професій, або якщо вона працює у суді, прокуратурі чи іншій установі, завданням якої є переслідування злочинів.

Після проведення процедури медіації «установа або гідна довіри особа» подає звіт про її перебіг і результати.

З метою детальнішої регламентації процедури медіації у кримінальному процесі § 5 статті 23а Кримінально-процесуального кодексу Польщі передбачає, що дана сфера має бути врегульована також постановою Міністра юстиції. Відповідно до цієї кримінально-процесуальної норми, підзаконний акт має визначити, зокрема:

- вимоги, яким повинні відповідати установи й гідні довіри особи, наділені правом проводити медіацію;
- спосіб їх призначення й відкликання;
- обсяг і умови надання матеріалів кримінальної справи;
- спосіб і порядок процедури медіації.

Окрім норм Кримінально-процесуального кодексу Польщі, медіація

регулюється також двома розпорядженнями Міністра юстиції Польщі «Про порядок проведення процедури медіації у справах щодо неповнолітніх» від 18 травня 2001 р., яка згадувалась уже раніше, та «Про порядок проведення процедури медіації у кримінальних справах» від 13 червня 2003 р. [7].

Проводити процедуру медіації у кримінальних справах мають право установи, які згідно зі своїми статутними завданнями були створені для виконання завдань у сфері медіації, ресоціалізації, захисту громадських інтересів, захисту важливого індивідуального інтересу або захисту свобод і прав людини. Фактично, у даному випадку мова йде про громадські організації. Також медіація може проводитись окремими фізичними особами.

Обов'язковою умовою діяльності установи чи особи у сфері медіації є її внесення до відповідного реєстру, що ведеться при окружних судах. Винятком є діагностично-консультаційний осередок з питань сім'ї, представники якого можуть проводити медіацію у кримінальних справах щодо неповнолітніх без перебування у згаданому реєстрі.

Проводити процедури медіації має право гідна довіри особа, яка: 1) має польське громадянство; 2) не обмежена в користуванні правами людини й громадянина; 3) досягла 26 років; 4) вільно володіє польською мовою; 5) не має судимості за умисний злочин; 6) володіє вмінням усунення конфліктів та має всі знання, необхідні для проведення процедури медіації, зокрема у сфері психології, педагогіки, соціології, ресоціалізації або юриспруденції; 7) гарантує належного виконання своїх обов'язків; 8) внесена до відповідного реєстру. Особа, яка відповідає наведеним вимогам, може виконувати функції медіатора у кримінальних справах.

Відповідно до § 7.1. Розпорядженнями Міністра юстиції Польщі «Про порядок проведення процедури медіації у кримінальних справах» при направленні кримінальної справи на процедуру медіації суд (а під час досудового слідства – прокурор або інший, уповноважений орган) виносить постанову, в якій одночасно визначається установа чи особа, що буде її проводити. У вказаній постанові має бути зазначено: 1) назву установи або прізвище та ім'я медіатора; 2) дані про особу обвинуваченого або підозрюваного та потерпілого; 3) інформацію про відповідну кримінально-правову кваліфікацію злочину; 4) обсяг та спосіб надання матеріалів у даній справі; 5) термін закінчення процедури медіації з урахуванням законодавчих положень (як ми відзначали раніше, він складає один місяць).

Характерно, що орган чи посадова особа, яка направила криміналь-

ну справу на процедуру медіації має право здійснити заміну медіатора. Як правило, медіатору надається обмежена інформація у кримінальній справі, необхідна для проведення медіації, яка стосується особистих даних потерпілого і підозрюваного або обвинуваченого; визначення причетності до злочину, у якому обвинувачується підозрюваний або обвинувачений; кваліфікації злочину; обставин вчинення злочину. Проте, за обґрунтованою заявою медіатора суд або прокурор з певними обмеженнями може надати доказовий матеріал, що міститься у матеріалах справи, в частині, яка стосується учасників процедури медіації. Медіаторові не надаються матеріали справи, що вважаються державною, службовою таємницею або таємницею, що пов'язана з виконанням професійних обов'язків або функцій; матеріали, що стосуються стану здоров'я підозрюваного або обвинуваченого, висновків стосовно нього; даних про його судимість.

Відзначимо, що медіатору можуть бути надані копії відповідних матеріалів кримінальної справи, а ознайомлення із самою справою проводиться лише у присутності уповноваженого працівника суду.

Після отримання постанови про проведення відновної процедури процесуальна діяльність медіатора полягає у: 1) налагодженні контакту з потерпілим і підозрюваним або обвинуваченим, визначення терміну і місця зустрічі з кожним з них; 2) проведенні індивідуальних зустрічей з ними, де повідомляється про суть і принципи процедури медіації, роз'яснюються їх права; 3) проведенні медіації за участю підозрюваного або обвинуваченого і потерпілого; 4) допомозі у формулюванні змісту угоди за результатами медіації; 5) перевірці виконання взятих зобов'язань, що були закріплені в угоді між підозрюваним або обвинуваченим і потерпілим.

У разі неможливості організувати безпосередню зустріч підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) і потерпілого, польський законодавець передбачає можливість проведення процедури медіації опосередковано. Медіатор може проводити процедуру медіації передаючи кожному з них інформацію, пропозиції та повідомляючи позицію іншої сторони щодо укладення угоди.

Після завершення медіації, медіатор складає письмовий звіт і невідкладно подає його органіві, який направив справу на дану процедуру. Такий звіт має містити інформацію про номер кримінальної справи; назву установи або прізвище та ім'я медіатора; кількість, терміни і місце проведення індивідуальних і спільних зустрічей, а також вказувати осіб, що брали в них участь; результати процедури медіації; підпис медіатора. У тому випадку, коли за результатами процедури медіації укладено

угоду, вона стає додатком до звіту.

Якщо медіацію не було закінчено у встановлені строки, то медіатор складає і подає органіві, що направив йому кримінальну справу, звіт з переліком причин, через які у встановлений строк не вдалося досягти результатів.

Після реформування у 2003 році Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів Польщі були вилученні положення, що результати медіації беруться до уваги при ухваленні процесуального рішення у кримінальній справі. Як зазначає Д. Яніцька, формально чинне законодавство цього тепер не передбачає [10, с.45]. Чіткі правові наслідки успішної процедури медіації передбачені у справах приватного обвинувачення – це закриття кримінальної справи. Однак суб'єкт владних повноважень у кримінальному судочинстві самостійно здійснює оцінку медіації і може прийняти рішення про:

- 1) закриття кримінальної справи;
- 2) припинення провадження у справі із застосуванням умовного звільнення від покарання;
- 3) закріплення у вироку суду умов, встановлених між сторонами під час медіації;
- 4) прийняття обвинувального вироку без проведення повноцінного судового розгляду за так званою скороченою процедурою за поданням обвинуваченого і за погодженням з прокурором.

Підсумовуючи викладене, приходимо до висновку, що медіація розглядається як факультативна складова польського кримінального процесу. Її застосування можливе на різних стадіях кримінального судочинства.

На нашу думку, для українського законодавця польський досвід можна використати щодо:

- закріплення основ відновного правосуддя у розділі «Загальні положення» Кримінально-процесуального кодексу;
- встановлення строку проведення медіації;
- визначення кола суб'єктів кримінального процесу, що можуть ініціювати процедуру медіації;
- врегулювання процедурних моментів організації та проведення медіації;
- закріплення процесуальних та матеріальних наслідків медіації.

Загалом досвід правого регулювання відновного правосуддя у Польщі є цінним для України, але його слід використовувати, зважаючи на особливості національного кримінального процесу.

1. Віднер С. Досвід впровадження відновних процедур в кримінальному су-

дочинстві Республіки Польща./Доповідь на Науково-практичній конференції «Становлення відновного правосуддя у світі та в Україні. Роль прокуратури у відновному правосудді», 4-5 грудня 2007р., Київ.

2. Добеєвська Е./Розвиток медіації в Україні. Польсько-українська співпраця: Збірник статей. Наук. редактор Войтюк І.А.-Київ: «Арт-Бюро», 2004.-228 с.
3. Закон Польщі «Про судочинство у справах щодо неповнолітніх» в редакції від 15 вересня 2000 року// http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml
4. Кримінальний кодекс Польщі // http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml
5. Кримінально-процесуальний кодекс Польщі. Станом на 6.06.1997р.// http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml
6. Кримінально-процесуальний кодекс Польщі. Станом на 10.01.2003р.// http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml
7. Розпорядження Міністра юстиції Польщі «Про порядок проведення процедури медіації у кримінальних справах» від 13 червня 2003 р.// http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml
8. Розпорядження Міністра юстиції Польщі «Про порядок проведення процедури медіації у справах щодо неповнолітніх» від 18 травня 2001 р.// http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml
9. Указ Президента України «Про затвердження Концепції реформування кримінальної юстиції України» від 8 квітня 2008 року №311/2008 // http://www.commonground.org.ua/ukr/lib_law.shtml
10. Яніцька Д. Що таке медіація в Польщі?/ Розвиток медіації в Україні. Польсько-українська співпраця: Збірник статей. Наук. редактор Войтюк І.А.-Київ: «Арт-Бюро», 2004.-228 с.

Мукутын Y.I.

Experience of restorative justice law regulation in Poland

This article is dedicated to the analysis of inculcation of restorative justice in Poland. The historical aspects of mediation, normative acts in this sphere, and the place of mediation in Poland criminal procedure are researched.

Keywords: restorative justice

Олейніш Е. М.

ПРАВОВІ ТА ФАКТИЧНІ ПІДСТАВИ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

УДК 343.9

Застосування засобів процесуального примусу відіграє важливу роль у боротьбі зі злочинністю. Підвищення ефективності засобів процесуального примусу на даний час є актуальним питанням і заслуговує особливої уваги. Важливим процесуальним засобом отримання доказів у справі є обшук. Вдосконалення діючих процесуальних норм, які визначають підстави проведення обшуку, дозволить вдосконалити діяльність органів дізнання та слідства та посилити боротьбу зі злочинністю. Ме-

270

тою даної статті є комплексне дослідження і висвітлення теоретичних та практичних проблем проведення обшуку в кримінальному процесі, зокрема аналіз діючих процесуальних норм, які визначають підстави проведення обшуку.

Обов'язковою умовою проведення обшуку є наявність підстав, передбачених КПК України.

Підстави проведення обшуку встановлюються ст. 177 КПК України. Зі змісту вказаної статті вбачається, що підстави для проведення обшуку можна умовно поділити на фактичні та правові.

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 177 КПК України обшук проводиться в тих випадках, коли є достатні підстави вважати, що зняття злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, які мають значення для встановлення істини в справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи в якої-небудь особи. Обшук проводиться також і в тому випадку, коли є достатні дані про те, що в певному приміщенні або місці знаходяться розшукувані особи, а також труп чи тварини.

Фактичні підстави обшуку: ймовірні дані, які вказують на приховання в певному місці предметів та документів, що мають значення у справі. Ці дані можуть бути отримані в ході допитів, очних ставок, огляду місця події або при здійсненні інших процесуальних дій, у процесі проведення оперативно-розшукових або адміністративно-процесуальних дій, що виконуються органами дізнання [2, с. 565].

На думку М.А. Фоміна достатніми даними слід вважати таку сукупність доказів та інших фактичних даних, що є у органів досудового слідства, яка дозволить суду з певною впевненістю передбачити, що в якому-небудь місці чи у якої-небудь особи дійсно можуть знаходитись зняття злочину, предмети, документи і цінності, які мають значення для кримінальної справи, а також можуть знаходитись розшукувані особи і труп [11, с. 35-36].

Р.С. Белкін зазначає, що підставою для прийняття рішення про обшук можуть бути будь-які дані, отримані з будь-якого джерела. Достовірність цих даних оцінює слідчий або особа, яка провадить дізнання, виходячи з обставин справи і слідчої ситуації. Визнання їх достатніми (згідно формулювання закону) – результат такої оцінки і вираження внутрішнього переконання слідчого [1, с. 174].

На думку В.А. Кузьміна достатність підстав для провадження обшуку визначається внутрішнім переконанням слідчого і судді, яке формується на підставі закону, життєвого і професіонального досвіду [4, с. 44].

271

Вказуючи на достатні підстави, закон має на увазі, перш за все, докази по справі, якими частіше за все бувають показання свідків і потерпілих. Іноді підстави для обшуку виникають після огляду місця події, допиту підозрюваного чи обвинуваченого. Але не лише докази можуть слугувати підставою для проведення обшуку. В ряді випадків дані для цього можуть бути отримані і з непроцесуальних джерел, наприклад, з матеріалів оперативно-розшукової діяльності. Важливо лише підкреслити: якщо дані, які вказують на необхідність проведення обшуку, отримані в результаті оперативно-розшукових заходів, вони повинні бути співставлені з доказами по справі, і лише в тому випадку, якщо між ними нема протиріч, можна приймати рішення про проведення обшуку. Усі інші дані, які попадають до слідчого (анонімні листи, дзвінки по телефону, слухи, припущення окремих осіб та ін.), не можуть служити підставою для обшуку доти, доки їх достовірність не буде перевірена шляхом необхідних слідчих дій (допитів, оглядів та ін.).

Таким чином, рішення про проведення обшуку в усіх випадках має ґрунтуватися на матеріалах справи та оцінці їх слідчим в усій сукупності. Однак, рішення про обшук ще не означає, що слід негайно приступити до його проведення. Передусім, рішення слідчого про проведення обшуку має знайти відображення у відповідному процесуальному документі. Для цього необхідно винести мотивовану постанову, яка буде процесуальною підставою для проведення обшуку [5, с. 6]. Обшук пов'язаний з житлом чи іншим володінням особи проводиться за вмотивованою постановою судді, а в інших випадках, за постановою слідчого з санкції прокурора.

Під вмотивованістю постанови про провадження обшуку слід розуміти наявність вказаних у процесуальному законі підстав для провадження даної слідчої дії.

Вимога про вмотивованість означає, що погоджене з прокурором подання слідчого до судді за місцем провадження слідства має містити обґрунтування внесеного подання положеннями закону і конкретними фактичними даними, які містяться в матеріалах кримінальної справи.

До подання про проведення обшуку в жиллому приміщенні мають бути додані необхідні матеріали кримінальної справи, які дозволяють судді перевірити законність і обґрунтованість прийнятого органами слідства рішення, а у разі потреби вислухати слідчого і прокурора.

Матеріалами для документального обґрунтування наявності фактичних підстав для проведення обшуку є сукупність документів, які в процесуальному розумінні є доказами – протоколи слідчих дій, висновки експертів, так і ті, що не є такими - заяви, пояснення, рапорти,

оперативні довідки, інші документи, отримані в результаті оперативно-розшукових заходів.

Слід зауважити, що закон не пов'язує винесення судом постанови про проведення обшуку в житлі наявністю виключно доказів. Головна вимога – щоб сукупність даних, які містяться у пред'явлених документах, була достатньою для обґрунтування необхідності провадження даної слідчої дії. При цьому джерелом таких даних можуть бути використані не лише докази, але й результати оперативно-розшукових заходів [11, с. 36].

Отже, процесуальною підставою обшуку є постанова особи, у провадженні якої перебуває справа, санкціонована прокурором, а стосовно житла чи іншого володіння особи – вмотивована постанова судді.

Частини 3-6 ст. 177 КПК України вказують, що обшук проводиться за вмотивованою постановою слідчого з санкції прокурора чи його заступника, за винятком житла чи іншого володіння особи.

У невідкладних випадках обшук, за винятком житла чи іншого володіння особи, може бути проведений без санкції прокурора, але з наступним повідомленням прокурора в добовий строк про проведений обшук та його результати.

Обшук житла чи іншого володіння особи, за винятком невідкладних випадків, проводиться лише за вмотивованою постановою судді.

У невідкладних випадках, пов'язаних з врятуванням життя та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, обшук житла чи іншого володіння особи може бути проведено без постанови судді. При цьому в протоколі зазначаються причини, що обумовили проведення обшуку без постанови судді. Протягом доби з моменту проведення цієї дії слідчий направляє копію протоколу обшуку прокуророві.

Чинне законодавство України визначає також коло осіб, для яких передбачені додаткові гарантії захисту прав стосовно житла та речей.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 27 Закону України «Про статус народного депутата України» обшук, затримання народного депутата чи огляд особистих речей і багажу, транспорту, жилого чи службового приміщення народного депутата, а також порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та застосування інших заходів, що відповідно до закону обмежують права і свободи народного депутата, допускаються лише у разі, коли Верховною Радою України надано згоду на притягнення його до кримінальної відповідальності, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Частина 4 ст. 13 Закону України «Про статус суддів» встановлює, що

проникнення в житло чи службове приміщення судді, в його особистий чи службовий транспорт, проведення там огляду, обшуку чи виїмки, прослуховування його телефонних розмов, особистий обшук судді, а так само огляд, виїмка його кореспонденції, речей і документів можуть провадитись тільки за вмотивованим рішенням суду, а також за згодою судді в разі прийняття головою відповідного суду рішення про вживання спеціальних заходів забезпечення безпеки.

Частина 3 ст. 20 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» встановлює, що Уповноважений користується правом недоторканності на весь час своїх повноважень. Він не може бути без згоди Верховної Ради України притягнутий до кримінальної відповідальності або підданий заходам адміністративного стягнення, що накладаються в судовому порядку, затриманий, заарештований, підданий обшуку, а також особистому огляду.

Частина 1 ст. 182 КПУ України закріплює положення, згідно якого у приміщеннях, що їх займають дипломатичні представництва, а також в приміщеннях, де проживають члени дипломатичних представств та їх сім'ї, які користуються правом дипломатичної недоторканності, обшук і виїмку можна провадити лише за згодою дипломатичного представника.

Пункт 6 Положення «Про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні», затвердженого Указом Президента України від 10.06.93 року, встановлює, що приміщення дипломатичного представництва, а також резиденція глави дипломатичного представництва та жилі приміщення членів дипломатичного персоналу є недоторканими. Доступ до цих приміщень може бути здійснений не інакше як за згодою глави дипломатичного представництва. Ці приміщення, наявне в них майно, а також засоби пересування дипломатичного представництва користуються імунітетом від обшуку, виїмки, ревізії, арешту та виконавчих дій і не повинні використовуватись для цілей, не сумісних зі здійсненням функцій дипломатичного представництва.

Частина 5 ст. 184 КПК України встановлює, що обшук співробітника кадрового складу розвідувального органу України при виконанні ним службових обов'язків здійснюється тільки в присутності офіційних представників цього органу. Аналогічне положення закріплене ст. 20 Закону України «Про розвідувальні органи України».

Проаналізувавши вищевикладені положення нормативних актів, можна дійти висновку, що для проведення обшуку вказаних осіб необхідними є також наявність певних умов: чи то згода Верховної Ради України, чи згода відповідного судді, чи згода глави дипломатичного

представництва тощо.

Крім того, варто зауважити, що без винесення постанови і санкції прокурора може бути проведений особистий обшук: 1) при фізичному захопленні підозрюваного уповноваженими на те особами, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину; 2) при затриманні підозрюваного; 3) при взятті підозрюваного, обвинуваченого під варту; 4) за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка знаходиться в приміщенні, де проводиться обшук чи примусова виїмка, приховує при собі предмети або документи, які мають значення для встановлення істини в справі (ч. 3 ст. 184 КПК України).

Отже, проведення обшуку може здійснюватися лише за наявності фактичних та юридичних підстав до цього з дотриманням встановлених КПК України умов і процедур проведення цієї слідчої дії.

1. Белкин Р.С. Очерки криминалистической тактики: Учеб. пособие. Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1993. – С. 174
2. Кримінально-процесуальне право України: Підручник. 4-те вид., доп. і переробл. – К.: Видавництво А.С.К., 2003. – 565 с.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. зі змінами та доповненнями// Відомості Верховної Ради УРСР. - 1961. - № 2. - Ст. 15.
4. Кузьмин В.А. Досмотр и обыск: основания и порядок проведения, права граждан, порядок обжалования: Сам себе адвокат. Выпуск № 32. – М.: Юрайт-Издат, 2007. – 44 с.
5. Михайлов А.И., Юрин Г.С. Обыск. – Москва, 1971.
6. Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затверджене Указом Президента України від 10 червня 1993 року № 198/93// Голос України. – 1993. – 26 червня. / <http://zakon.pau.ua/doc/?code=z0062-03>
7. Про розвідувальні органи: Закон України від 22 березня 2001 р.// Відомості Верховної Ради України.- 2001.- № 19. – Ст. 94.
8. Про статус народного депутата України: Закон України від 17 грудня 1992 р.// Відомості Верховної Ради України.- 1993.- № 3. – Ст. 17.
9. Про статус суддів: Закон України від 15 грудня 1992 р.// Відомості Верховної Ради України.- 1993.- № 8. – Ст. 56.
10. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23 грудня 1997 р.// Відомості Верховної Ради України.- 1993.- № 8. – Ст. 56.
11. Фомин М.А. Обыск в современном уголовном процессе России. Учебно-практическое пособие. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2006. – 35-36 с. Oleiniash E.M.

The real and legal grounds of home search in Criminal Procedure
The article is devoted to the analysis of normative-legislative acts, which adjust

home search or other person's ownership. Real and legal reasons of search, which are necessary for it, are determined by the author. According to the Ukrainian legislation the peculiarities of search of certain categories of people are found out.

Keywords: real and legal reasons of search; protection guarantees of the human rights for untouched home or other ownership; search of home or other ownership of person.

Попелюшко В.О.

ЩОДО ПИТАННЯ ІНСТИТУТУ АДВОКАТСЬКОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ЙОГО ДЖЕРЕЛЬНОЇ БАЗИ

УДК 343.9

Із внесенням змін до чинного законодавства, пов'язаних з проведенням так званої “малої судової реформи”, Кримінально-процесуальний кодекс України був доповнений статтею 161, яка закріплює принцип змагальності. Однак дія даного принципу поширюється лише на стадію судового розгляду кримінальних справ. А тому, незважаючи на зміни, внесені до кримінально-процесуального законодавства, у стадії досудового слідства обвинувачений та його захисник знаходяться в нерівному процесуальному становищі відносно органів досудового розслідування. Це вимагає перегляду цілої низки положень чинного кримінально-процесуального законодавства, зокрема, зміни та доповнення норм, які регулюють участь захисника у стадії досудового слідства, з метою надання йому більш широкого комплексу прав. Розширення прав захисника обумовлене потребою підвищення ефективності його діяльності по захисту прав та інтересів обвинуваченого.

Проблеми удосконалення механізму правового регулювання діяльності захисника на досудовому слідстві завжди знаходилися в центрі уваги вчених і практиків. Зокрема, вони досліджувалися у працях Н.А.Акінча, Є.Д.Болтошева, Ю.І.Волченка, Т.Варфоломеевої, І.М.Гуткіна, Н.Горі, В.Зубарева, Л.П.Іжніної, Л.В.Кречетової, А.С.Коблікова, З.В.Макарової, Є.Г.Мартинчика, Т.Н.Ніколасвої, І.Л.Петрухіна, Н.К.Панька, Г.П.Саркіянца, О.В.Сурдукової, Д.П.Фіолєвського, Л.Фріса, Є.А.Шейна та ін.

Чи припустима постановка питання про адвокатське розслідування та відповідний йому правовий інститут?

Мабуть, вперше на рубежі радянського та пострадянського просторів за запровадження “адвокатського розслідування” виступив і такий термін вжив Н. Горя, обґрунтовуючи це необхідністю посилення змагальних засад у кримінальному судочинстві [5, 22]. Його позиція була підтримана багатьма процесуалістами, здебільшого російськими. Пропонувалися й інші терміни для означення доказової діяльності захисника у кримінальній справі – “паралельне розслідування або слідство” [1, 276

17], “приватні розслідувальні заходи” [2, 82] тощо. Однак у прийнятому 22 листопада 2001 р. КПК РФ повнокровного втілення ця ідея не знайшла, хоча і дотепер провідні вчені Росії не перестають наполягати на запровадженні паралельного адвокатського розслідування з обов'язковим долученням до кримінальної справи отриманих таким чином доказів, як на безальтернативній умові для подолання інквізіційного характеру досудового розслідування [20, 31].

Питання про розширення доказових можливостей захисника-адвоката є споконвіку й українським. У свій час за це ратував ще В.П.Данєвський [7, 60-72]. Особливо гостро воно постало із набуттям Україною незалежності, прийняттям Закону про адвокатуру, Конституції України, яка проголосила змагальність сторін та свободу в наданні ними своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості однією із основних засад судочинства (п.4 ч.3 ст. 129), розробкою та необхідністю прийняття нового Кримінально-процесуального кодексу України.

Українською кримінально-процесуальною наукою цей інститут фактично визнається, хоча сам термін поки що вживається рідко, а поняття, як категорія кримінально-процесуального права, спеціальному дослідженню піддається мало [24, 97-103].

Вважаю, є усі підстави для твердження – інститут адвокатського розслідування, як споріднена сукупність правових норм, які регулюють кримінально-процесуальні відносини, пов'язані із доказовою діяльністю захисника у кримінальній справі та мають специфічний, притаманий їм метод правового впливу на ці суспільні відносини містить і чинна система кримінально-процесуального та адвокатського права. Причому, хоча нормативне наповнення даного інституту різноджерельне, проте, як і належить інституту права, його складають норми загального характеру, норми-принципи, норми, що визначають цілі, завдання діяльності захисника у кримінальній справі, його доказові повноваження, які об'єднують в єдиний комплекс усі інші норми даного інституту і тим самим забезпечують різносторонній вплив на свою частку суспільних відносин кримінального судочинства.

Норми – загальні положення щодо прав, свобод та законних інтересів особи у сфері кримінального судочинства як об'єктів захисної діяльності, норми-гарантії, норми-принципи, пов'язані із захистом від обвинувачення, містить Конституція України. Зокрема, Конституція закріплює та визначає принципи презумпції невинуватості (ст. 62), свідоцького імунітету (ч. 1 ст. 63), права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист (ч. 2 ст. 63), змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (п. 4 ч. 3 ст.

129), забезпечення обвинуваченому права на захист (п. 6 ч. 3 ст. 129). Конституція України встановлює й організаційно-функціональну основу останнього із названих принципів: “Для забезпечення права на захист від обвинувачення ... в Україні діє адвокатура” (ч. 2 ст. 59).

Як видно, Конституція України визначає основоположні правові параметри, пов’язані із захистом особи у сфері кримінального судочинства, підвалини, що окреслюють (повинні окреслювати) його спрямованість та головний зміст.

Зрозуміло, що як єдине ціле за предметом регулювання, норми щодо доказової діяльності захисника, як складової кримінально-процесуальної діяльності в цілому, закріплені у чинному КПК України з огляду необхідності забезпечення змагальних засад вітчизняного кримінального судочинства, тобто як неодмінний елемент його структури.

Конкретизуючи конституційні норми щодо права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, в тому числі на правову допомогу захисника (ст. 43, 431, 236 КПК), Кодекс визначає, хто може бути захисником у кримінальній справі (ст. 44 КПК), його доказові завдання, доказові повноваження (права, необхідні для виконання цих завдань (ч. 2 ст. 48 КПК). Учасі захисника в доказуванні із зазначенням терміну “захисник” присвячені також приписи ст. ст. 73, 161, 45, 107, 143, 1652, 1653, 205, 218, 219, 220, 221, 222, 237, 246, 253, 255, 261, 266, 277, 289, 303, 309, 310, 311, 315, 318, 348, 349, 350, 358, 384, 4009, 411, 419, 438, 477 КПК. Ще в інших нормах статей КПК доказові повноваження захисника конкретизуються стосовно тієї чи іншої процесуальної ситуації як одного із її учасників, учасника тієї чи іншої слідчої та судової дії (ст. 194, 307, 313 та ін. КПК), як рівноправного учасника процесу на заявленні відводів, клопотань, обговорення тих чи інших питань, пов’язаних із доказуванням у справі на оскарження судових рішень (ст. 110, 240, 248, 287, 296 та ін. КПК). Доказові повноваження захисника регламентовані також у нормах статей, які дозволяють застосовувати аналогію закону при провадженні кримінальної справи (ст. 388, 432 та ін. КПК) тощо.

Оскільки адвокатське розслідування є в той же час складовою усієї адвокатської діяльності, урегульованою відповідною комплексною галуззю права – адвокатським правом, норми, що регулюють правовідносини, пов’язані із захистом у кримінальних справах, містить не тільки КПК, а й Закон України “Про адвокатуру”. Так, кримінально-процесуальний доказовий аспект регулювання має місце в положеннях Закону “Про адвокатуру” щодо призначення адвокатури та визначення її завдань (ст. 1), хто може бути адвокатом (ст. 2), про принципи і організаційні форми діяльності (ст. 5), професійні права та обов’язки адвоката (ст. 6 і 7), адво-

катську таємницю (ст.9), гарантії адвокатської діяльності (ст. 10) тощо.

Між тим, це дає підстави стверджувати лише те, що адвокатське розслідування, як з’ясування обставин справи, є міжгалузевим правовим інститутом комплексної галузі адвокатського права, яке розповсюджується на усі види адвокатської діяльності (у цивільних, господарських, адміністративних справах тощо), а не про міжгалузевий його характер у кримінальному судочинстві [16, 60].

Наведені вище норми Конституції, Закону про адвокатуру, що стосуються захисної діяльності у кримінальному судочинстві, як і відповідні норми КПК, є нормами саме кримінально-процесуальними. Якщо вони в цілому охоплюють більш широке коло суспільних відносин, ніж тих, які безпосередньо пов’язані із кримінальним процесом, це означає, що такі норми та їх реалізація мають міжгалузевий, комплексний характер в тому розумінні, що вони тісно пов’язані з іншими галузями права. Але кримінально-процесуальний аспект їх змісту при цьому не втрачається, не має комплексного характеру. Навпаки, він у змісті норми, як і у разі розбіжностей з нормами інших галузей права, має пріоритетний характер [17, 27-28].

До джерел інституту адвокатського розслідування, далі, належать також норми деяких інших законів України, таких як Закон “Про судоустрій” (ст. 8), Закон “Про попереднє ув’язнення” (ст. 9), Закон “Про міліцію” (ст.5) і ін. Норму, що стосується правил, пов’язаних з доказовою діяльністю захисника у кримінальній справі має навіть Закон “Про банки і банківську діяльність” в тому плані, що вона не називає захисника (на відміну від суду, органів прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України) суб’єктом витребування документів, які містять банківську таємницю (ст. 62).

Оскільки чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 9 Конституції), норми таких договорів, що стосуються захисту у кримінальному судочинстві, захисної доказової діяльності адвоката, зокрема, органічно вплітаються в систему норм інституту адвокатського розслідування як принципи та світові і європейські стандарти. До таких норм-принципів та норм-стандартів відносяться щонайменше: ч. 1 ст. 11 Загальної декларації прав людини (1948 р.), в “а” і “в” ч. 3 ст. 2; п.”b” і “с” ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.); п.1 ст. 7, ст. 15 Мінімальних стандартних правил Об’єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя відносно неповнолітніх (Пекінські правила) (1985 р.), усі норми статей Основних положень ООН про роль адвокатів (Нью-

Йорк, вересень 1990 р.), ст. 14, 16, 17, 128, Основних принципів ООН щодо юристів (Гавана, вересень 1990 р.), ст. 6, 8, 9, 10, 13, 34, ст. 2 Протоколу № 7, ст. 1 протоколу № 11 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (1950 р.), норми усіх статей Європейської Угоди про осіб, що беруть участь у процесі Європейського суду з прав людини (1996 р.), норми Резолюції (78) 8 Комітету міністрів Ради Європи про юридичну допомогу і консультації (1978 р.), п. 4 принципу В (Спрощення) Рекомендації R (81) 7 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно Рекомендації R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків (2000 р.) тощо.

Норми щодо адвокатської діяльності у кримінальних справах передбачені також у міждержавних (регіональних) та двосторонніх угодах, підписаних та ратифікованих Україною.

Не можна не визнати джерельних проявів права й за рішеннями Конституційного Суду України, в тому числі права кримінально-процесуального, а деякі із яких тією чи іншою стороною належать і до галузі адвокатського права й до інституту адвокатського розслідування, зокрема, як, наприклад, рішення від 16 листопада 2000 р. № 13-рн/2000 (справа Солдатова), рішення від 30 січня 2003 р. № 3-рн/2003 (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора).

De facto до джерел кримінально-процесуального права, а звідси й до норм інституту адвокатського розслідування відноситься також судовий прецедент.

Судовий прецедент, як джерельна форма вираження права, має троякий прояв: 1) у вигляді правил, сформульованих в постановах Пленуму Верховного Суду України; 2) у вигляді правил, сформульованих у постановах Судової палати у кримінальних справах (Військової судової колегії) Верховного Суду України при вирішенні нею конкретних кримінальних справ; 3) у вигляді рішень Європейського Суду з прав людини.

Прецедентна практика, як одне із джерел національного кримінально-процесуального права, не може викликати сумніви хоча б з тієї причини, що в силу ст. 46 ратифікованої Україною “Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод”, під назвою “Обов’язкова сила судових рішень та їх виконання”, однозначно вказано: “1. Високі Договірні Сторони зобов’язуються виконувати остаточне рішення Суду в будь-якій справі, в якій вони є сторонами”. Значна частина рішень Суду у справах, у яких Україна була стороною, стосується саме кримінально-процесуальних питань, в тому числі тих, які мають безпосереднє відношення до діяльності захисника у кримінальній справі.

Рішення Верховного Суду України, як у вигляді постанов Пленуму, так і у вигляді постанов Судової палати (Військової судової колегії), мають двояке значення. По-перше, вони використовуються нижчестоячими судами, іншими правозастосовчими органами, учасниками процесу тощо, при тлумаченні-з’ясуванні тих чи інших норм процесуального права. По-друге, виражені у таких рішеннях правила мають характер правової норми як юридичної підстави при вирішенні того чи іншого питання у конкретній справі, особливо у випадках прогалини, протиріччя кримінально-процесуального закону або його неясності. Сам же Верховний Суд України і “легалізує” нормативний характер постанов Пленуму, вказуючи в інших постановах, що при вирішенні тих чи інших неурегульованих законом питань слід керуватися відповідними роз’ясненнями відповідної постанови Пленуму Верховного Суду України [8], та шляхом посилання на постанови Пленуму при перегляді кримінальних справ у касаційному порядку чи в порядку виключного провадження [9, 29]. А вироки та інші рішення нижчестоящих судів просто майорять такими посиланнями. В науці кримінально-процесуального права небезпідставно іменують такого роду судову нормотворчість “прецедентом тлумачення” [4, 8]. Оскільки такого роду тлумачення поширюються на необмежену кількість випадків, воно, безумовно, має нормативний характер.

Застосування “чистого” прецедента, тобто правила, вираженого судом в мотивувальній частині рішення у конкретній справі як джерела права, офіційно не визнавалося і не визнається дотепер. Між тим, незалежно від цього та замовчуючи це, вітчизняна судова практика фактично визнавала і визнає судовий прецедент (після закону та прецедента-тлумачення) одним із джерел права. Для того судова практика й публікувалася в радянські часи і публікується тепер в офіційних виданнях Верховного Суду України, щоби суди України її дотримувалися, в тому числі при розгляді кримінальних справ. Практики завжди розуміли та дотримувалися такого стану речей, повсемірно використовуючи опубліковану судову практику при вирішенні аналогічних питань при розгляді подібних справ, хоча із зрозумілих причин не посилалися на це у своїх рішеннях. Сьогодні така позиція набуває все більше прихильників і серед науковців [10].

Отже, норми інституту адвокатського розслідування регулюють не якийсь один чи декілька видів чи етапів доказової діяльності захисника при провадженні кримінальної справи, а носять універсальний характер, тобто регулюють всю цю ділянку, весь напрям та усі види його діяльності упродовж усього провадження кримінальної справи. Тому цей право-

вий інститут є не тільки предметним, - він є предметно-функціональним. Більше того, нормами розглядуваного інституту притаманна не лише вказана предметно-функціональна спеціалізація, а й специфічний, відмінний від характерного для кримінально-процесуального права в цілому метод правового регулювання відповідних суспільних відносин, а саме, загальнодозвільний, що виражається формулою: “дозволяється усе, окрім того, що забороняється”.

На відміну від органу дізнання, слідчого, прокурора та суду для адвоката-захисника кримінальний процес у доказовому плані, а саме, в плані збирання та закріплення потрібних для захисту фактичних даних є відкритою інформаційною системою. В. п. 13 ч. 2 ст. 48 КПК, яка регламентує права захисника, прямо записано, що з моменту допуску до участі у справі він має право: “збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі, В ТОМУ ЧИСЛІ (виділено – В.П.) запитувати і одержувати документи чи їх копії від громадян та юридичних осіб, ... одержувати письмові висновки фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань, опитувати громадян”, а ч. 2 ст. 66 КПК жодним чином не обмежує його у поданні доказів.

Підсумовуючи сказане, можна дати таке визначення інституту адвокатського розслідування. Інститут адвокатського розслідування – це система кримінально-процесуальних норм та основана на них і не заборонена законом діяльність захисника-адвоката у кримінальній справі по збиранню та роботі з доказами, з метою спростування підозри (обвинувачення), з’ясування обставин справи, що виправдовують та пом’якшують відповідальність чи покарання підзахисного.

1. Балтошев Е.Ф. К вопросу о состязательности в досудебных стадиях уголовного судопроизводства// Российский суд. – 2001. - № 10.
2. Барщевский М.Ю. Организация и деятельность адвокатуры в России. – М., 1997. – 312 с.
3. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 296 с.
4. Богдановская И.Ю. Судебный прецедент – источник права? // Государство и право. – 2002. - № 12.
5. Горя Н. Принцип состязательности в уголовном процессе// Советская юстиция. – 1990. - № 7.
6. Гошовський М.І., Кучинська О.П. Потерпілий у кримінальному процесі України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 192 с.
7. Даневский В.П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. – К.: Семенко Сергей, 2003. – 142 с.
8. Див. наприклад: Вісник Верховного Суду України. – 2005. - № 2 (54);
9. Див. наприклад: Вісник Верховного Суду України. – 2005. - № 3 (55).
10. Див. наприклад: Кисіль В.І. Судова практика як чинник розвитку норм та

інститутів міжнародного приватного права// Вісник Верховного Суду України. – 2001. - № 3 (25); Погоріло В., Федоренко В. Джерела конституційного права України: поняття, види і система// Право України. – 2002. - № 3; Дмитрій Луспенник. Практика как источник права// «ЮП» - 2004. - № 23; Вадим Беляневич. Судебный прецедент// «ЮП» - 2004. - № 31.

11. Експертизи у судовій практиці. (За заг. ред. В.Г.Гончаренка). – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 388 с.
12. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – М.: Юрид. лит-ра, 1972. – 372 с.
13. Ларин А.М. Уголовный процесс: структура права и структура законодательства. – М.: Наука, 1985. – 240 с.
14. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. – М.: Изд-во НОРМА, 2003. – 234 с.
15. Маляренко В.Т., Вернидубов І.В. Прокурор у кримінальному судочинстві: деякі проблеми та шляхи їх вирішення. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 240 с.
16. Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование как институт уголовно-процессуального права и уголовного судопроизводства // Revista de stiinte penale. - ANUL, № 1. – 2005.
17. Михеєнко М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України: Підручник. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Либідь, 1999. – 536 с.
18. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госиздат.юр. лит-ры, 1960. – 509 с.
19. Нор В.Т., Павлишин А.А. Судові витрати у кримінальному процесі України. Монографія. – К.: Атіка, 2003. – 176 с.
20. Петрухин И.Л. От инквизиции к состязательности// Государство и право. – 2003. -№ 7
21. Погорецький М.А. Кримінально-процесуальні правовідносини: структура і система: Монографія. – Харків: Арсіс, 2002. – 160 с.
22. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Видання 5-те, зі змінами. Навчальний посібник. – К.: Атіка, 2001. – 192 с.
23. Стахівський С.М. Показання свідків як джерело доказів у кримінальному процесі: Навчальний посібник. – К.: Орлан, 2001. – 95 с.
24. Сурдукова О.В. Адвокатське розслідування як інститут кримінально-процесуального права// Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2005. – Вип. 4.
25. Теория юридического процесса/ Под общ. ред. проф. В.М. Горшенева. – Х.: Изд-во при Харьковском гос. ун-те изд. Объединения “Высшая школа”, 1985. – 192 с.
26. Шумило М.С. Реабілітація в кримінальному процесі України: Монографія. – Х.: Арсіс, 2001. – 320 с.

Popelyushko V.O.

On the question of lawyer investigation and its source base institute

The article deals with the problems in lawyer investigation sphere. The author also gives the explanations and the definition the the lawyer investigation’s source base institute.

Keywords: institute, advocate, attorney, advocate investigation, legislation, defender, generals, Constitution, legal precedent.

