VISNYK OF THE LVIV UNIVERSITY

Series Law

Issue 53

Published since 1961

ВІСНИК ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія юридична

Випуск 53

Виходить з 1961

Ivan Franko National University of Lviv

Львівський національний університет імені Івана Франка

2011

Міністерство освіти і науки України
Львівський національний університет імені Івана Франка

Вісник Львівського університету. Серія юридична.
2011. Випуск 53. 417 с.

Visnyk of the Lviv University. Series Law.
2011. Issue 53. 417 p.

У „Віснику" опубліковано статті, що висвітлюють актуальні проблеми теорії та історії держави і права, питання удосконалення інститутів конституційного, цивільного, трудового, кримінального та інших галузей права України. Проаналізовано шляхи поліпшення правового регулювання процесуально-юридичної діяльності в сучасній Україні. Для викладачів, аспірантів, студентів, працівників органів місцевого самоврядування, державних адміністрацій, суду, правоохоронних органів, правової служби в народному господарстві, адвокатів.

„Visnyk" contains articles on current issues of theory and history of the state and law, the ways of improving institutions of civil, labor, constitutional, criminal and other branches of law. Various legal regulation methods of improving procedural activities in contemporary Ukraine are analyzed in this edition. Recommended for professors, post-graduate and undergraduate students, employees of local self-government, state administration and law enforcement bodies, national economy officials, judges and lawyers.

Редакційна колегія: д-р. юрид. наук, проф. **В.Т. Нор** – головний редактор; д-р. юрид. наук, проф. **П.М. Рабінович** – заступник головного редактора; канд. юрид. наук, доц. **В.М. Бурдін** – відповідальний секретар; д-р юрид. наук, доц. **А.М. Бойко**; д-р юрид. наук, проф. **В.М. Коссак**; д-р юрид. наук, проф. **І.Б. Заверуха**; д-р юрид. наук, проф. **П.Д. Пилипенко**; д-р юрид. наук, проф. **З.В. Ромовська**; д-р юрид. наук, проф. **Л.А. Луць.**

Professor **V. Nor** – Editor-in-Chief,
Professor **P. Rabinovych** – Assistant Editor,
Assistant Professor **V. Burdin** – Managing Editor.

Адреса редакційної колегії:
ЛНУ ім. Івана Франка
Юридичний факультет
вул. Січових Стрільців, 14
79000 Львів, Україна
Тел.: (032) 260-33-83
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua
http://law.lnu.edu.ua/library/journal/

Editorial office address:
Ivan Franko National University of Lviv,
Law Faculty
Sichovykh Striltsiv Str. 14
79000 Lviv, Ukraine
Tel.: 38 (032) 260 33 83
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua

Відповідальний за випуск: доц. А.М. Бойко
Переклад англійською мовою: доц. Л.В. Мисик, В.М. Гураш
Редагування текстів англійською мовою: доц. Л.В. Мисик
Редактор: А.М. Габрук
Відповідальна за макет: М.Б. Левкуц

Друкується за ухвалою Вченої Ради
Львівського національного університету імені Івана Франка.

Свідоцтво про державну реєстрацію серія КВ № 14624-3595 Р від 30 жовтня 2008 р.

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2011

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

КЛАСИФІКАЦІЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

М. Бойчук

Львівський державний університет внутрішніх справ
вул. Городоцька, 26, 79007 Львів, Україна

Досліджено питання класифікації дискреційних повноважень в діяльності органів внутрішніх справ, з'ясовано структурні елементи та їх особливості. Разом з тим, з'ясовані невідомі та не досліджувані раніше сторони цього юридичного феномену, виявлені не відомі раніше зв'язки та залежності між виявленими у правознавстві видовими характеристиками дискреційних повноважень.

Ключові слова. Види дискреційних повноважень, форми дискреційних повноважень.

Класифікація дискреційних повноважень дозволяє поглянути на явище дискреційних повноважень, як на узгоджену систему, яка має певні структурні елементи, виокремити суттєві ознаки, які притаманні окремим його видам, і у свою чергу, уможливлюють проведення глибокого аналізу реалізації дискреційних повноважень ОВС у різних ситуаціях правозастосування.

Значення класифікації полягає в тому, що вона забезпечує систематизацію накопичених знань у праві, забезпечує правильне вживання понять та термінів, усуває неоднозначність у категорійному апараті доктрини дискреційних повноважень у правознавстві. Тому, важливо насамперед з`ясувати суть поняття класифікації і з цією метою провести глибокий аналіз дискреційних повноважень у правознавстві, дослідити сторони цього юридичного феномену та встановити не відомі раніше зв'язки та залежності між виявленими у правознавстві видовими характеристиками дискреційних повноважень.

Мета статті полягає у здійсненні класифікації дискреційних повноважень (розсуду) та розгляді їх окремих структурних елементів для більш глибоко розуміння внутрішньої будови феномену правоохоронної дискреції.

Стан дослідження. Проблема дискреційних повноважень довгий час залишалась практично осторонь загальнотеоретичних досліджень, принаймні досліджень вітчизняних юристів, і на даний час є недостатньо вивченою. Лише окремі її аспекти були об'єктом загальнотеоретичного дослідження відомих вчених (В. Антропов, А. Барак, А. Боннер, А. Стьопін), або їхніх галузевих праць (Г. Бребан, Д. Галіган, В. Гончаров, Ж. Зіллер, Р. Двойкін, В. Дубовицький, С. Дунаєвська, В. Кожевніков, К. Комісаров, Й. Новацкі, О. Папкова, Ю. Тіхоміров і інші), наукові здобутки яких складають вагоме науково-теоретичне надбання правової науки. Також деякі міркування загальнотеоретичного характеру висловлювалися стосовно означеної проблеми у працях П. Куфтирьова.

Класифікація дискреційних повноважень займає особливе місце у системі права і за своєю сутністю являє собою логічну операцію, яка ґрунтується на поділі певних понять. Класифікацію дискреційних повноважень в діяльності ОВС слід відрізняти від простого поділу, як-то, поділ дискреційних повноважень на: одноособові і колегіальні, прості та складні, правомірні і неправомірні, повноваження правоохоронних, судових і інших органів. Панівна роль у науковому

© Бойчук М., 2011

пізнанні належить класифікації, яка проводиться за типами, класами, родами та видами дискреційних повноважень, що має більш стійкий характер, аніж простий поділ.

При формуванні будь-яких класифікацій дискреційних повноважень в діяльності ОВС потрібно враховувати наступні положення: класифікаційні ознаки мають формулюватись від загального до конкретного; елементи класифікації не можуть відрізнятись за ознаками від загального поняття дискреційних повноважень, як правової категорії; при розробці класифікації має обов'язково використовуватись визначений понятійний апарат щодо родів, класів, видів, типів дискреційних повноважень; загальна структура класифікації має чітко відображати ті наявні ознаки дискреційних повноважень, які містяться у законодавстві, а у випадку відсутності у законодавстві, необхідно чітко зазначати, про яку класифікацію дискреційних повноважень йде мова (легітимованої у законодавстві чи не легітимованої).

Сама ж класифікація (від лат. Classis - розряд і...ficatio, від facio - роблю) – це система супідрядних понять (класів об`єктів) тієї або іншої галузі знань чи діяльності людини, що використовується як засіб для встановлення зв`язків між цими поняттями чи класами об`єктів [1, с. 115], іншими словами – це процес поділу того чи іншого явища на структурні одиниці або елементи, із встановленням між ними взаємозалежних комунікацій. Така характеристика класифікації розкриває загальносоціальне призначення цього поняття безвідносно до будь-якої науки.

Найбільшу увагу видовій класифікації дискреційних повноважень (розсуду) приділила О. Папкова, яка наступним чином класифікувала дискреційні повноваження: а) відносно – визначені дискреційні повноваження (ситуаційні та альтернативні); б) правомочні дискреційні повноваження (факультативні) [2, с. 332]. Оскільки О. Папкова є прихильницею праксеологічного підходу визначення дискреційних повноважень (розсуду), як виду правозастосування, то наріжним каменем власної класифікації авторка визначила види правозастосовної діяльності органу. При цьому, відносно-визначені дискреційні повноваження дослідниця поділяє на ситуаційні та альтернативні, а критерієм такої класифікації визначає вид норми, яка застосовується на розсуд органу.

Ситуаційні відносно-визначені дискреційні повноваження, на думку О. Папкової, мають такі варіанти застосування, як: застосування аналогії права чи закону; застосування загальних норм, які передбачають виникнення певних прав та обов'язків; при застосуванні норм, які містять формулювання “справедливий”, “розумні межі”, “життєві обставини” і ін.; при конкретизації суб'єктивних прав та обов'язків, коли орган визначає їх обсяг та зміст.

Альтернативні відносно-визначені дискреційні повноваження, за класифікацією О. Папкової, як підвид мають місце при застосуванні альтернативних правових норм. При цьому, варіантів такого підвиду відносно-визначених дискреційних повноважень (розсуду) авторка не виділяє. Не виділяє О. Папкова також підвидів і варіантів другого виду дискреційних повноважень – правомочних або факультативних.

Боннер А. та Коммісаров К., виділяють чотири види дискреційних повноважень (розсуду). Критерієм класифікації ці наковці обрали вид норми права, оскільки вважають дискреційні повноваження формою застосування норм права. А відтак, дискреційні повноваження (розсуд), на їх думку, мають такі види: 1) конкретизація суб'єктивних прав та обов’язків; 2) застосування факультативних

норм; 3) застосування за оцінними ознаками; 4) прийняття рішення, що визначає діяльність державного органу, в тому числі, і ОВС шляхом загальних формулювань, за якими не випливає переліку того, коли він може діяти [3, с. 44; 4, с. 29–31]. При цьому, А. Боннер таку видову типологію дискреційних повноважень називає формами, що на думку Папкової О., є не зовсім вірним, оскільки поняття "форма" відображає зовнішню об'єктивацію явища. Тобто, в будь-якому разі, мова все ж таки йде про види, а не форми дискреційних повноважень.

Питання співвідношення видів та форм дискреційних повноважень має методологічне значення, а тому потребує більш ретельної уваги, оскільки підміна може призводити до низки логічних порушень у класифікації, що зрештою призводитиме до підміни понять у техніці законотворення та тлумачення норм права. Поняття форми є одним з найскладніших, як у філософії, так і у правознавстві. В загальному, форми дискреційних повноважень є способами правового втілення ідей дискреції у праві, способами закріплення і вираження дискреційних повноважень у законодавстві.

При здійсненні класифікації дискреційних повноважень справедливо ставити питання про виділення видів за формами дискреційних повноважень, але не змішувати поняття форм та видів. Так, Д. Абушенко у якості критерію класифікації дискреційних повноважень (розсуду) визначив ступінь свободи, яку визначає законодавець у межах застосування правових норм органом. З цієї точки зору, дискреційні повноваження (розсуд), на його думку, поділяються на такі види: 1) альтернативні, коли орган обирає один із декількох дозволених законом варіантів рішення; 2) рамкові, коли орган обмежений чіткими межами (верхньою та нижньою); 3) змішані; 4) рамкові без верхньої межі [5, с. 11]. Проте, вчений Куфтирєв П., вбачає в обраному підході Д. Абушенка певну логічну непослідовність, адже такі види дискреційних повноважень, як альтернативні та рамкові навряд чи можна називати різними ступенями свободи названих повноважень. Він вважає, що це все ж таки різні форми прояву свободи органу, а не ступені. Відтак, за ступенем свободи, у найбільш загальному виді дискреційні повноваження можна поділити на: а) вільні; б) обмежено-вільні; в) строго-обмежені дискреційні повноваження [6, с. 50]. Проте, така класифікація є досить умовною і може мати певну поліваріантність залежно від ступеня незалежності та свободи дискреційних повноважень працівників органів внутрішніх справ.

Вчена Н. Громова виділяє інші види дискреційних повноважень (розсуду): 1) тлумачення тотожних за юридичною силою нормативних актів; 2) усунення органом зовнішньої формальної колізійності норм; 3) "чисті" дискреційні повноваження (розсуд) [7, с. 49–52]. На жаль, авторка не визначила критерію, за яким здійснювала таксономію, але із змісту проведеної класифікації вбачається, що науковець керувалася формами правозастосування. Отже, дана класифікація являє собою не види дискреційних повноважень, а скоріше їх форми.

Ярославський А. у своїй дисертаційній роботі намагався виділити такі різновиди дискреційних повноважень (розсуду): 1) як надання права обрати один із декількох передбачених нормою варіантів рішення чи поведінки рівнозначних з точки зору закону; 2) надання права приймати рішення, які ґрунтуються на приписах норм із настільки загальними формулюваннями, за якими не слідує переліку умов, за наявності яких дане рішення буде найбільш доцільним; 3) надання права приймати рішення на підставі норм, що містять оцінку, в нашому випадку, дискреційної ситуації; 4) застосування норми за аналогією права (даний вид дискреційних повноважень (розсуду) автор вважає виключним) [8, с. 29].

За інтелектуально-вольовою ознакою Ярославський А. виділяє такі види дискреційних повноважень, як: а) оптимальні; б) безпосередні; в) інтуїтивні; г) довільні. В загальному, саме дослідження А. Ярославського передусім стосувалось дискреційних повноважень (розсуду) слідчого, проте, з точки зору права, зроблені висновки справедливі і для органів внутрішніх справ.

Антропов В. за ознакою предмету дискреційних повноважень (розсуду) поділив їх на: правотворчі та правозастосовні [9, с. 27]. Він також запропонував класифікацію за змішаною предметно – суб'єктною ознакою: нормативні та індивідуальні. Безпосередньо ж дискреційні повноваження науковець розмежував на: повноваження по відношенню до закону та повноваження у межах закону.

Ще один досить оригінальний підхід запропонував А. Стьопін – здійснити класифікацію дискреційних повноважень (розсуду) за критерієм зворотності сили прийнятого рішення за власним розсудом. Так, на думку автора, дискреційні повноваження (розсуд) у цьому зв'язку поділяються на два види: 1) дискреційні повноваження, що виникають за відкладальними нормами; 2) дискреційні повноваження, що виникають за невідкладальними нормами. За відкладальними нормами виникає дискреційне повноваження (розсуд) на стадіях процесу до винесення (прийняття) остаточного рішення у справі. За невідкладальними нормами виникає повноваження вищих органів влади (інстанцій) [10, с. 86].

У роботах західних вчених найбільш розповсюдженим є підхід за яким поділ дискреційних повноважень здійснюється за критерієм детермінованості діяльності органу позитивною (писаною) нормою права. Така постановка питання є традиційною для західного правознавства, особливо для англосакської системи права, у правових дослідженнях яких доктрина "свободи органу" є надзвичайно актуалізована. Так, Дворкін Р., з точки зору зв'язаності органу правовою нормою, поділив дискреційні повноваження (розсуд) на – "слабкі" та "сильні". Другі мають місце тоді, коли орган не зв'язаний правовими настановами. "Слабкі" мають місце тоді, коли свобода дискреційних повноважень (розсуду) обмежується певним нормативним регулюванням [11, p. 32].

Найбільш поширеною є загальновідома класифікація дискреційних повноважень. Так, залежно від суб'єкта виділяють дискреційні повноваження правоохоронних, судових та слідчих органів, дискреційні повноваження органів прокуратури, тощо. З позицій структурного функціоналізму, дискреційні повноваження правоохоронних органів – це, свого роду, спроба врегулювати дисбаланс, що виникає у сфері "правоохоронна система – суспільство". Прикладом дискреційних повноважень правоохоронних органів може виступати право органу приймати дискреційно рішення стосовно зупинення, перевірки та огляду громадян; арешту автомобіля або видачі штрафної квитанції; застосування спецзасобів або табельної зброї; більш інтенсивного патрулювання тієї чи іншої ділянки; переслідування того або іншого автомобіля; використання тієї чи іншої тактики при охороні правопорядку. Останній пункт є особливо важливим у відносинах з громадянами, оскільки охорона правопорядку може здійснюватися шляхом як вербальних (наказ, вимога, рекомендація, переконання, погроза), так й невербальних дій (жестикуляція, фізичний контакт, демонстрація та застосування зброї). При реєстрації правопорушень у поліцейських індустріальних країн, зокрема, США та Франції є також вибір стосовно складання або не складання офіційного протоколу щодо події; реєстрації злочину під тією чи іншою категорією (наприклад, розбійний напад може бути зареєстрований як хуліганство або заподіяння тілесних ушкоджень).

Оперативні працівники та слідчі органи реалізують належні їм дискреційні повноваження, зокрема, при прийнятті рішення стосовно використання спеціальних технологій розслідування (прихований нагляд, прослуховування, вербування агентури й інформаторів); більш ретельного розслідування окремо взятого випадку; відмови у порушенні кримінальної справи та направлення її до суду; припинення справи з урахуванням різних обставин.

Прокурорські дискреційні повноваження реалізуються, зокрема, при застосуванні Ст. 98-1 Кримінально-процесуального кодексу, відповідно до якої у разі, коли кримінальну справу порушено щодо певної особи, прокурор вправі прийняти рішення про заборону такій особі виїжджати за межі України до закінчення досудового розслідування чи судового розгляду, про що виносить мотивовану постанову (ухвалу) [12].

Залежно від суб'єктного складу носіїв дискреційні повноваження бувають індивідуальними (рішення приймається одноособово) та колективними (рішення приймається кількома компетентними посадовцями – колегіально) [13, с. 192]. Так, наприклад, законодавство передбачає чимало випадків, коли дискреційні рішення з тих чи інших питань приймаються винятково колегіальним органом. Як правило, це стосується найважливіших питань, пов'язаних із застосуванням найсуворіших санкцій, вжиття екстраординарних заходів тощо.

Залежно від місця суб'єкта у правовій системі можна виділити остаточні дискреційні повноваження (наприклад, повноваження Конституційного Суду України) і дискреційні повноваження, які можуть бути переглянуті (повноваження правоохоронних, судових та інших органів).

Небезпека надання певному суб'єкту остаточних повноважень полягає у можливості формування у посадових осіб (органу) переконання про "всевладність" та "безконтрольність" у реалізації наданих їм дискреційних повноважень. Поряд з тим, сучасна правова система України досить ефективно вирішила згадану проблему, оскільки практично будь-яке правозастосовне рішення суб'єкта, який очолює ту чи іншу вертикаль виконавчих органів влади, не є остаточним. У зацікавленої сторони завжди залишається можливість оскаржити прийняте рішення, наприклад, у судовому порядку. Що ж до Конституційного суду України, який відповідно до свого місця у системі судових органів України, володіє остаточними дискреційними повноваженнями, то він реалізовує їх винятково колегіально.

Залежно від підстав дискреційні повноваження поділяються на ті, що існують через відносну визначеність змісту правової норми, прогалини у праві чи колізії правових норм. Дискреційні повноваження, які виникають через відносну визначеність змісту правової норми, можуть поділятися на дискреційні повноваження при застосуванні, відповідно, диспозиції, гіпотези чи санкції такої норми. Наведена класифікація дискреційних повноважень частково перегукується із класифікацією запропонованою А.Б. Стьопіним.

На підставі такого критерію як належність правової норми до матеріальної чи процесуальної галузі права можна виділити матеріальні (при застосуванні матеріальної норми) і процесуальні (при застосуванні процесуальної норми) дискреційні повноваження. Порівнюючи значення наведених видів дискреційних повноважень, необхідно вказати на те, що процесуальні дискреційні повноваження делегуються відповідним органам винятково для забезпечення ефективної процедури застосування матеріальної правової норми. Відтак, належна реалізація суб'єктом делегованих йому процесуальних дискреційних повноважень, зазвичай,

не означає можливості прийняти помилкове рішення, проте, в окремих випадках такий наслідок має місце.

За критерієм кількості можливих варіантів рішення, серед яких суб'єкт здійснює свій вибір, можна виділити вузькі і широкі дискреційні повноваження. Якщо норма права передбачає невелику кількість альтернативних варіантів розв'язання правового питання (але не менше, ніж два можливих варіанти), то на думку А. Барака, це є вузькі дискреційні повноваження, якщо ж більше аніж два варіанти рішень, то-широкі. Такі ж ідеї поділу пропонує і А. Стьопін. Проте, дослідник вважає, що широкі дискреційні повноваження (розсуд) можливі тільки при реалізації норм матеріального права [10, с. 73]. Сьогодні, широкі дискреційні повноваження зустрічаються частіше аніж вузькі. Останні, зазвичай, зустрічаються у випадках застосування уповноважувальної диспозиції, яка характеризується вказівкою на можливість суб'єкта діяти у певний спосіб або утриматися від таких дій.

Також, з точки зору зв'язаності суб'єкта нормою права А. Барак поділяє дискреційні повноваження на обмежені та абсолютні [14, с. 27].

В залежності від об'єкта дискреційних повноважень (розсуду) А. Барак поділяє дискреційні повноваження на: 1) обрання із сукупності фактів, які здаються необхідними для розв'язання правового конфлікту; 2) дискреційні повноваження при застосуванні норми, що передбачає обрання із різноманітних варіантів застосування, які допускаються нормою єдиного рішення, якого суб'єкт вважає найбільш відповідним; 3) дискреційні повноваження, передбачені самою нормою, яка обумовлює необхідність їх вчинення [14, с. 27].

Дослідник Стьопін А. підтримав таку ідею класифікації А. Барака, і в свою чергу, поділив дискреційні повноваження (розсуд) на такі, що прямо випливають із норми права, та такі, що прямо не випливають із закону, але мають місце у правозастосовній практиці [10, с. 78].

Девіс К. розмежовує дискреційні повноваження на: контрольовані та неконтрольовані [15, с. 63–70]. Неконтрольовані на думку теоретика мають місце при відсутності законодавчих стандартів, де суб'єкт приймає рішення без наявності правової норми. Такий підхід дослідника звичайно обумовлений його приналежністю до іншої правової системи і навряд чи є релевантним для романо - германської правової системи, куди відноситься і українське право.

Касифікацію видів дискреційних повноважень за передумовами можна поділити на: 1) дискреційні повноваження (розсуд), здійснені на підставі норми права; 2) дискреційні повноваження (розсуд), у межах норм права; 3) дискреційні повноваження (розсуд), на підставі колізійних норм права; 4) дискреційні повноваження (розсуд), в умовах невизначеності юридичної лексики правової норми [16, с. 17]. Така класифікація є досить подібною, до класифікації, запропонованої Л. Берг, яка виділяє: 1) дискреційні повноваження (розсуд), що виникають на підставі відносно-визначених норм; 2) дискреційні повноваження (розсуд), що виникають на підставі аналогії закону і права; 3) дискреційні повноваження (розсуд), що виникають, на підставі здійснення оцінки [17, с. 11].

Залежно від галузі права, норми якої підлягають застосуванню, виділяють дискреційні повноваження у галузі цивільного, кримінального, адміністративного права, тощо.

Залежно від стадії застосування правової норми можна розрізняти: 1) дискреційні повноваження, які делегуються на стадії встановлення юридично значимих фактів і пошуку правової норми, котра підлягає застосуванню до них;

2) дискреційні повноваження на стадії з'ясування змісту (тлумачення) правової норми; 3) дискреційні повноваження на стадії прийняття рішення; 4) дискреційні повноваження на стадії оформлення рішення в акті застосування правової норми.

Дискреційні повноваження на стадії встановлення юридично значимих фактів і пошуку правової норми можуть виникати внаслідок існування прогалини у праві або колізії між правовими нормами, коли на суб'єкта покладається обов'язок обрати з кількох можливих варіантів ту правову норму, яка підлягатиме застосуванню.

На стадії з'ясування змісту (тлумачення) правової норми дискреційні повноваження породжуються винятково відносно визначеним змістом останньої, що полягають в обранні суб'єктом одного з допустимих варіантів змісту такої норми.

На стадії прийняття рішення дискреційні повноваження делегуються з огляду на відносну визначеність змісту правової норми. Однак, на відміну від попередньої стадії, на якій дискреційні повноваження більшою мірою стосувалися з'ясування змісту правової норми, на цьому етапі правозастосування дискреційні повноваження зазвичай пов'язані із конкретизацією суб'єктивних прав і обов'язків (наприклад, встановлення розміру штрафу, тощо).

Усе вищенаведене і дає нам підстави стверджувати те, що класифікація дискреційних повноважень розкриває внутрішню сутність дискреції та дозволяє відмежовувати останніх від деяких однопорядкових категорій. З цієї точки зору доцільно запропонувати класифікацію за часовим фактором і класифікувати такі повноваження на довготривалі та короткострокові.

Довготривалі – не обмежені в часі, розраховані на тривалий період. Такі повноваження підвищують рівень довіри до працівників ОВС, їх діяльності, виконання ними їх обов'язків та зміцнюють їх авторитет.

Короткострокові дискреційні повноваження ОВС у правовідносинах з населенням, термін належності яких не перевищує місяць, і рішення, строк дії яких заздалегідь не встановлюється мають силу до їх офіційної відміни (наприклад, повноваження тимчасового виконавця обов'язків начальника ОВС).

Наведена класифікація дискреційних повноважень, звичайно, не є вичерпною. Така класифікація дискреційних повноважень за видами досить наочно демонструє пов'язаність логіко – психологічних аспектів дискреційних повноважень із правовою складовою даної категорії. До складових дискреційних повноважень ОВС відносять: правову, психологічну та логіко – філософську. Саме з точки зору формальної та діалектичної логіки в основі дискреційних повноважень лежить розсуд суб'єкта – органу. І саме він визначає зміст дискреційних повноважень. Лише за внутрішнім переконанням суб'єкта вчиняється розсуд шляхом винесення певних рішень. З психологічної точки зору внутрішнє переконання є основою дискреційних повноважень. Це є переконаність у правильності висновків та відсутність сумнівів. Так, Л. Халдєєв досліджуючи психологічні особливості діяльності суб'єкта, зазначив, що справедливе і обґрунтоване рішення базується на двох факторах: на високому особистому професіоналізмі та високій особистій порядності та відданості певним ідеям правозастосування [18, с. 409–412]. Отже, наведений нами схематичний огляд класифікацій дискреційних повноважень дозволяє досліджувати даний правовий феномен у багатогранності його проявів і форм застосування, видовому розмаїтті та поліфункціональній спрямованості.

Висновок. Таким чином, підсумовуючи вищесказане, варто наголосити, що наведена класифікація має значне евристичне значення, котра за ступенем

нормативної визначеності владних приписів, є найбільш ґрунтовною в аспекті розкриття внутрішнього змісту дискреційних повноважень, але не єдино можливою. Сучасні дослідження виділяють значну кількість класифікацій дискреційних повноважень, але найбільш розповсюдженими і досліджуваними є класифікації за критерієм передбаченого законодавством ступеня свободи органу, а щодо форм дискреційних повноважень (розсуду) – за формами здійснення правозастосування, діяльності органу. Крім того, в демократичній, правовій державі взагалі не може йтися про будь-які дискреційні повноваження, не пов'язані з правом, і про неконтрольовану діяльність правоохоронних органів. Навіть у тих випадках, коли норма права наділяє орган влади певною свободою в прийнятті рішень, орган у межах цієї свободи є зв'язаним загальнообов'язковим правом, всіма закріпленими в ньому принципами і цінностям.

Перспектива дослідження. Окремі висновки зроблені у цій статті можуть сприяти подальшим науковим дослідженням у сфері проблематики дискреційних повноважень в діяльності ОВС, а також використання одержаних результатів дозволить забезпечити пропорційність (співмірність) обставин справи з прийняттям правових рішень на власний розсуд.

---

1. В.Г. Гончаренко. Юридичні терміни. Тлумачний словник /В.Г. Гончаренко, П.П. Андрушко, Т.П. Базова та ін. - К.: Либідь, 2003. - 320 с.
2. Папкова О.А. Усмотрение суда / Ольга Александровна Папкова. – М.: Статут, 2005. – 413 с.
3. Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе / Боннер А.Т. – М.: Юридическая литература, 1980. – 160 с.
4. Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства / Комиссаров К. И. – Свердловск, 1971. – 167 с.
5. Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе / Дмитрий Борисович Абушенко. – М.: Норма, 2002. – 176 с.
6. Куфтирєв П. В. Суддівський розсуд у теорії права: дисс… кандидата юрид. наук: спец. 12.00.01 / Павло В'ячеславович Куфтирєв. – Київ, 2009. – 209 с.
7. Громова Н.В. Виды судейского усмотрения при совершении процессуальных действий / Н. В. Громова // Арбитражная практика. – 2002. – №3. – С. 49 – 52.
8. Ярославський А. Б. Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел: дисс. … доктора юрид. наук: спец. 12.00.09 / Ярославський А. Б. – Волгоград, 2001. – 220 с.
9. Антропов В.Г. Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект): автореф. дис. на соискание научн. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. "Теория и история права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений" / В.Г.Антропов. – ООП ВЮИ МВД РФ. – Волгоград, 1995. – 33 с.
10. Степин А. Б. Судебное усмотрение в частном праве (вопросы теории и практики): дисс. … кандидата юрид. наук: спец. 12.00.01 / Стёпин Александр Борисович. – Волгоград, 2002. – 298 с.
11. Dworkin R.M. Taking Rights Seriously / Dworkin R.M. – Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977. – 464 p.
12. Кримінально-процесуальний кодекс України: за станом на 1 груд. 2005 р. / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К.: Парлам. вид-во, 2006. – 207 с. – (Бібліотека офіційних видань).
13. Маликов М. К. Гносеологические основы реализации права: Учебное пособие /Марат Кадырович Маликов; Министерство общего и профессионального образования Российской Федерации. Башкирский государственный университет. – учеб. изд. –Уфа, 1998. – 299 с.

14. Барак А. Судейское усмотрение / Арон Барак; пер. с англ. - М.: НОРМА, 1999. – 376с.
15. Davis K. C. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry / Kenneth, Culp Davis. – Greenwood Pub Group, 1976. – 322 p.
16. Старых Ю. В. Объективные и субъективные причины существования усмотрения в налоговом правоприменении /Ю. В. Старых // Современное право. – 2006. – № 8. – С. 17-20.
17. Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: автореф. дисс. на соискание научн. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. “Теория и история права и государства” / Л. Н. Берг. – Екатеринбург, 2008. – 22 с.
18. Халдеев Л. С. Судья в уголовном процессе: практ. пособие / Лев Семенович Халдеев. – М., Юрайт, 2000. – 500 с.

КЛАССИФИКАЦИЯ ДИСКРЕЦИОННЫХ ПОЛНОМОЧИЙ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ

М. Бойчук

Львовский государственный университет внутренних дел
ул. Городоцкая, 26, 79007 Львов, Украина

Исследован вопрос классификации дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел, выяснены структурные элементы и их особенности. Вместе с тем, выяснены неизвестные и не исследуемые ранее стороны этого юридического феномена, обнаружены не известные ранее связи и зависимости между выявленными в правоведении видовыми характеристиками дискреционных полномочий.

Ключевые слова. Виды дискреционных полномочий, формы дискреционных полномочий.

CLASSIFICATION OF DISCRETION AUTHORITIES IN INTERNAL AFFAIRS BODIES ACTIVITY

M. Boychuk

Internal Affairs State University of Lviv,
Gorodoc’ka Str. 26, UA – 79007 Lviv, Ukraine

Issues on classification of discretion authorities of internal affairs bodies activity are elucidated; structure elements and their peculiarities are revealed. Unknown and non-researched sides of this phenomenon, as well as connections and dependence among specific characteristics of discretion authorities are highlighted.

Key words: kinds of discretion authorities, forms of discretion authorities.

Стаття надійшла до редколегії: 02.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ВИХІДНІ ЗАСАДИ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ:СУЧАСНІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

С. Добрянський

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (0322) 74-03-80 e-mail: : svatolex@yahoo.com

У статті досліджено низку вихідних засад основоположних прав людини з огляду на тенденції розвитку цього феномена в сучасному міжнародному праві. В ході дослідження сформульовано оновлену систему принципів інституту прав людини.

Ключові слова: права людини, вихідні засади, універсальність, невідчужуваність.

Основоположні права людини поза усяким сумнівом становлять один із предметів інтенсивного вивчення сучасного вітчизняного та зарубіжного правознавства. Одним із важливих аспектів цього феномена є система його вихідних засад, адже саме розуміння таких засад спроможне сприяти розкриттю природи та закономірностей інституту прав людини.

Ознайомлення з науковими дослідженнями, присвяченим вихідним засадам прав людини дає констатувати, що рівень сучасного пізнання розгляненого феномена потребує проаналізувати під дещо новим кутом зору існуючі напрацювання та запропонувати оновлену інтерпретацію системи вихідних засад прав людини.

Особливого значення, як нам видається, набувають тенденції розвитку основоположних прав людини, які сьогодні простежені у таких міжнародних формуваннях, як Рада Європи та Європейський Союз. Відтак, вони мають бути належно відображені у сучасній системі вихідних засад основоположних прав людини.

Аналіз наукової літератури, дозволяє виділити таку систему вихідних засад інституту прав людини: *універсальність (всезагальність) прав людини; формальна рівність можливостей, які становлять інститут прав людини, щодо всіх однойменних суб'єктів; природність та невідчужуваність (невід'ємність)основоположних прав людини; неподільність, взаємозалежність, взаємопов'язаність; справедлива збалансованість прав та свобод людини з загальносуспільними інтересами.*

Детальніше розглянемо кожен із вищеперелічених принципів основоположних прав людини.

Універсальність прав людини. Права людини мають всезагальний універсальний характер. Зазначені ознаки мають декілька рівнів вираження [1, с. 32].

По-перше, усі люди без будь-якої дискримінації володіють основними правами та свободами. Міжнародні стандарти і законодавство демократичних держав гарантують рівність прав та свобод людини і громадянина незалежно від статі, раси, національності, мови, походження, національної належності, майнового стану, місця проживання, ставлення до релігії, членства у громадських об'єднаннях та інших обставин.

По-друге, як зазначено у науковій літературі, всі права та свободи є універсальними з погляду їх змісту. Загальновизнані права людини, такі як право на життя, свобода сумління, рівність усіх перед законом, право вільного пересування, право на громадянство, на свободу переконань – це загальні права та свободи людей незалежно від національної та регіональної специфіки, і різних історичних, культурних та релігійних особливостей.

© Добрянський С., 2011

По-третє, всезагальність прав та свобод людини виражена у просторовому, територіальному аспекті. Усюди, де би вона не перебувала, куди не перемістилася, вона володіє основоположними правами та свободами.

По-четверте, питання забезпечення та захисту прав людини виступають об'єктом регулювання усіх держав. Визнання всезагальності та універсальності прав та свобод людини означає, що проблеми прав людини не є лише внутрішньою справою певної держави. Зазначена позиція виражена в політичному документі Московської наради Конференції з людського виміру НБСЄ, в якому держави-учасниці підкреслили, що питання, які стосуються прав людини, демократії та верховенства права є міжнародними, оскільки дотримання таких прав слугує однією з основ міжнародного порядку [1, с. 33].

Рівність прав та свобод людини**.** Аналіз передусім принципу формальної рівності як засади сучасної концепції прав людини є невипадковим. Власне ця засада феномена прав людини тлумачиться у правовій літературі (на нашу думку, цілком слушно) як "квінтесенція феномена прав людини" [3, с. 155]. Адже "права людини – не дар природи, вони також не отримані нами як спадок – вони куплені ціною боротьби з випадковостями народження і привілеями, які донині передавалися із покоління в покоління" [2, с. 71].

З погляду моралі, в обстоюваному нами значенні моральних норм як духовних легітиматорів, специфічних ідеологічних умов, що є змістом можливостей людини (які експліцитно виражені у деяких правах людини, а імпліцитно наявні у кожному з них), принцип рівності як засада сучасної концепції прав людини ґрунтується на гідності людини (вродженої властивості людини, однаково притаманної усім людям), тобто її цінності як такої, незалежно від будь-яких її біологічних чи соціальних властивостей [4, с. 21].

Права людини мають бути *загальними* та *рівними* для всіх суб'єктів, що означає насамперед формальну однаковість можливостей за їхніми стартовими показниками. Йдеться власне про первинні формально рівні умови, необхідні для реалізації відповідних прав людини [5, с. 7]. Попри самоочевидність значення цієї засади зазначимо, що принцип рівності далеко неоднозначно оцінюють у деяких із незахідних культур. Річ у тому, що положення сучасної концепції прав людини, котру чи не найбільше розроблено практикою міжнародних судових органів (Європейського суду з прав людини, Суду Справедливості Європейських Спільнот), повною мірою застосовуються до врегулювання так званих горизонтальних відносин, тобто відносин індивідів поміж собою (скажімо, ч. 2 ст. 16 Загальної Декларації прав людини, за якою "шлюб укладається на основі вільної та повної згоди сторін"). Власне "наступ" прав людини на цю горизонтальну (приватну) сферу, а відповідно, ламання усталених стереотипів у сфері відносин чоловіків та жінок, дітей та батьків, якраз і зумовили несприйняття (як і з боку офіційної влади відповідних держав, так і з боку певних соціальних груп) цієї концепції у деяких незахідних культурах.

Звернемо увагу на такі парні категорії. У правничій літературі для характеристики засад сучасної концепції прав людини поряд із поняттям, позначуваним терміном "рівність", застосовують також категорію "рівноправності". Чи є поняття, відображувані цими двома термінами, тотожними?

Відповідь на це питання не настільки очевидна, як може видатися на перший погляд. Річ у тім, що принцип рівності як засада феномена прав людини у формально-юридичній площині відображається декількома терміносполученнями: "рівність перед законом" (у країнах з англосаксонською системою права і "рівність перед судом"), "рівноправність", "заборона дискримінації".

Рівність перед законом та рівноправність, згадувані у правових приписах, характеризуються, на нашу думку, дещо глибшим змістовним навантаженням, аніж поняття, позначуване терміном "рівність" як засада феномена прав людини.

У площині позитивного права рівність перед законом, рівноправність слугують загальноправовою категорією (загальнолюдські принципи права) і проявляють себе щодо усіх чинних норм права, а не лише тих, які закріплюють права людини.

Адже рівноправність як загальноправову категорію застосовують і у випадках реалізації "неправового" закону, тобто такого, що тією чи іншою мірою не узгоджується з вимогами прав людини. Втім, це не єдина характеристика цих понять як загальноправових категорій.

Звернемося до поняття рівності перед законом в інтерпретації німецького дослідника К. Гессе. Він, зокрема, характеризує абз. 1 ст. 3 Основного закону ФРН (яка проголошує рівність перед законом) як закріплення формальної правової рівності, котра "вимагає здійснення діючого права без винятків для будь-кого, незважаючи на особистість: в ході нормування прав кожен наділений однаковою мірою правами та обов'язками і, навпаки, будь-якій державній владі забороняється використовувати діюче право в інтересах або на шкоду окремій особистості" [7, с. 214–215]. Отже, юридичний принцип рівності перед законом стосується не лише системи прав, але й обов'язків людини.

Таким чином, доходимо висновку, що у площині позитивного права принцип рівності як характеристика інституту прав людини, так би мовити, приводять в дію загальноправовими категоріями рівності перед законом (і судом) та рівноправності, які, хоч і змістовно ширші, однак характеризуються тією суттєвою перевагою, що наголошують на необхідності соціально зобов'язаних суб'єктів однаково сприяти реалізації прав та свобод людини їхніми суб'єктами (носіями), а також свідчать на користь того факту, що лише єдність природного та позитивного права – надійна запорука дієвого забезпечення та гарантування прав людини.

Окрім цього, рівність прав людини у формально-юридичній площині, зокрема, в міжнародних актах із прав людини, може отримати відображення у виглядізаборони дискримінації.

Практика свідчить, що конституції сучасних держав формулюють принцип рівності прав людини прямо (позитивно) у вищеперелічених формах, у вигляді заборони дискримінації, а інколи й поєднуючи обидва способи. Зазвичай, особливо наголошують на рівноправності чоловіка та жінки.

Цікаво, що у державах з англо-саксонською правовою системою нерідко застосовують формулу "рівність перед законом та судом". Таке формулювання зумовлене тим, що суд у цих державах здійснює не лише правозастосовну, але і правотворчу функцію. Виконуючи функцію правотворчу, суд також має дотримуватися принципу забезпечення рівності прав.

У ході конкретизації понять *загальності* та *рівності* (як засад сучасної концепції прав людини), виражених у формі заборони дискримінації, робиться посилання на антропні ознаки людини, які, як свідчить історичний досвід людства, нерідко слугують підставою для відмови їй у наданні тих або інших прав. Йдеться, скажімо, про такі ознаки, як *раса, колір шкіри, стать, національна приналежність, соціальне походження, майновий стан* та деякі інші, приблизний перелік котрих міститься у міжнародних актах із прав людини.

Усі "антидискримінаційні" ознаки тією чи іншою мірою відображені й у відповідних положеннях конституційних актів держав сучасного світового співтовариства, у тому числі України, та у положеннях міжнародних актів з прав

людини щодо заборони дискримінації. Однак це лише частина засобів, спрямованих на забезпечення реалізації засади рівності, які ми пропонуємо іменувати інструментами забезпечення ознаки рівності *статичного характеру*. Щодо другої частини "знарядь" забезпечення виконання такого завдання, то, гадаємо, їх варто термінологічно означити як засоби *динамічного характеру, спрямовані* на забезпечення засади рівності, адже на практиці забезпечення "засад недискримінаційності" є одним із завдань регіональних органів захисту прав людини, котре реалізується на основі ситуативного підходу, прикладом чого є практика Європейського суду з прав людини.

Звертаємо також увагу на те, що Конституція України, проголошуючи рівність чоловіка й жінки, у ч. 3 ст. 24 вказує, що така рівність забезпечена шляхом надання жінкам певних пільг. Природно, виникає питання, чи не є останнє положення порушенням принципу рівності, однієї з основоположних засад інституту прав людини, чи не є воно порушенням тих принципів, що їх викладено у міжнародно-правових документах із прав людини?

Гадаємо, що аналізоване положення Конституції України потрібно розглядати у світлі міжнародних стандартів прав людини, оскільки феномен "позитивної дискримінації" вже давно відомий міжнародному праву та внутрішньодержавному законодавству.

Зрозуміло те, що сам процес реалізації відповідних прав відбувається, так чи інакше, у прямій залежності від особистих задатків, здібностей людини, її фактичного статусу; тому фактичні результати реалізації однакових за своїми стартовими показниками прав людини не можуть бути однаковими.

Наприклад, законодавство Європейського Союзу характеризується не лише розвинутою нормативною базою регулювання "позитивної" дискримінації, але й розвинутими інституційними механізмами органів Європейського Співтовариства, які мають виявляти у процесі їхнього функціонування наявні проблеми у забезпеченні рівності між чоловіком та жінкою "в усіх сферах" (за формулюванням Амстердамського договору) та оперативно вживати відповідних нормативно-правових заходів для виправлення ситуації. Ефективність зазначених положень установчих актів Європейського Союзу забезпечується, не в останню чергу, активною діяльністю Суду Справедливості Європейських Спільнот, за допомогою якої заповнюються прогалини у законодавстві Європейського Союзу.

Зазначимо, що застосування *позитивної дискримінації* є виправданим не лише для забезпечення фактичної рівності у гендерних відносинах, але за певних обставин виявляється необхідним й у інших випадках, наприклад, у процесі реалізації культурних прав людини. Реальна здійсненність цієї групи прав потребує набагато більше аніж просто недискримінації. Захист можливостей, які забезпечують *певний спосіб життя,* потребує не просто формальної рівності, а й спеціальних заходів позитивної підтримки. Фактично лише констатація формальної рівності у площині культурних прав людини в багатьох випадках здатна створювати *серйозну загрозу* здійсненню культурних прав. Переконливим свідченням вищезазначеного є становище іспаномовних меншин у США. Мова, як відомо, є важливою визнаною ознакою культури, і двомовна освіта – один із інструментів реалізації культурних прав. Захист такої освіти щодо іспанських меншин у США потребував, як свідчать факти, значних "позитивних" зусиль із боку місцевої адміністрації, навіть попри опозицію більшості місцевого населення.

Прогрес у розумінні принципу рівності як підвалини інституту прав людини яскраво простежимо на прикладі законодавства Європейського Союзу. Так, розділ

“Рівність” Хартії ЄС засобом забезпечення рівності передбачав не лише заборону дискримінації, але й також вимогу поваги до багатоманітності культур, релігій та мов [6, с. 1].

Отже, мовлячи про таку засаду, як загальність та рівність прав людини, варто зважати на суттєві корективи, внесені розвитком сучасного суспільства у цей основоположний принцип побудови інституту прав людини. Як свідчить практика здійснення прав людини, закріплення юридичними засобами рівних і загальних можливостей для усіх суб’єктів не завжди є гарантією реалізації відповідного права людини за однакових формально рівних можливостей. Так, зазвичай, за можливості отримання певної роботи у разі одночасного звернення осіб жіночої та чоловічої статі на практиці у переважній більшості випадків таку роботу надають саме чоловікові. У формально юридичному аспекті, здавалося б, жодних суттєвих проблем не виникає, однак статистичні дані свідчать, що “рівні юридичні можливості” обернулися на практиці химерними метаморфозами.

У зв’язку з цим законодавство деяких розвинутих країн світу передусім держав-членів Європейського Союзу, передбачає низку юридичних заходів, спрямованих не просто на забезпечення формально рівних юридичних можливостей для отримання у розгляненому випадку роботи, а на створення фактично рівних умов.

Як приклад вирівнювання умов, необхідних для реалізації відповідних прав людини, на українських теренах наведемо практику реалізації права на освіту, гарантованого Конституцією України. Принципами його реалізації в ідеалі мають слугувати рівність та загальність можливостей відповідних суб’єктів, однак загальновідомо, що законодавство України передбачає пільги для вступу в навчальні заклади певних груп громадян, скажімо, за ознаками проживання у сільській місцевості або ж на територіях, які постраждали від Чорнобильської катастрофи.

Створення додаткових можливостей, позначене у правовій літературі терміном “диференціація”, для певних категорій (груп) прав людини зумовлює появу низки інших проблемних питань [3, с. 156]. Де, скажімо, проходить “межа” між такою диференціацією та дискримінацією? У цьому випадку видається доцільним звернутися до обстоюваного нами вище визначення прав людини, за яким вони виступають можливостями, об’єктивно зумовленими характером та рівнем розвитку суспільства (економічний, соціальний та духовний розвиток). Цей характер та рівень розвитку суспільства якраз і має слугувати критерієм визначення змісту та обсягу гарантованих прав людини. У розгляненому контексті це означає, що відступ “вниз” від об’єктивно детермінованих суспільством можливостей прирівнюється до дискримінації – неправомірного зменшення обсягу та змісту прав людини чи навіть позбавлення окремих із цих прав; “підйом вгору”, тобто збільшення змісту та обсягу прав людини та “створення” нових прав людини, є диференціацією (позитивною дискримінацією).

Усі наведені приклади слугують аргументом на користь доповнення класичного бачення прав людини як загальних та формально рівних можливостей принципом вирівнювання фактичних умов, необхідних для реалізації певних можливостей людини відповідно до вимог соціальної справедливості. У цьому, на нашу думку, знаходять своє відображення загальнолюдські моральні засади.

Аналізовані ситуації є прикладом нейтралізації наявних в силу обставин об’єктивного характеру фактичних нерівностей у площині прав людини, системою пільг, певних переваг, які встановлюються державою в особі її компетентних органів. Адже саме держава є тією організацією, котра, за визначенням

Європейського суду з прав людини та низки вчених-правознавців, перебуває у позиції легітимного визначення загальносуспільних інтересів, а відтак, і забезпечення балансу конкуруючих конституційно-правових цінностей [8, с. 207].

Вищенаведене, гадаємо, дає підстави стверджувати, що юридична рівність становить вироблений упродовж віків механізм, який є "правовим скелетом" суспільства, стимулює ініціативу, підприємливість, надихає людей до змагальності, до лідерства, становлячи основу розвитку суспільства в цілому.

Неподільність, взаємозалежність прав та свобод людини. Ознайомлення з науковою літературою (присвяченою проблемам обмежування цих прав, класифікації основоположних прав та свобод людини), з міжнародними актами з питань прав та свобод людини дає, на перший погляд підстави, поділити їх на певні групи за їхньою значущістю, так би мовити визначити пріоритетні групи прав людини.

І справді,підстави для цього, як видається, дає Міжнародний Пакт ООН про економічні, соціальні та культурні права, в якому зазначено, що: "*Кожна держава, яка бере участь у даному Пакті, зобов'язується в індивідуальному порядку і в порядку міжнародної допомоги та співробітництва, зокрема, в економічній та технічній сферах, максимально застосувати наявні ресурси для того, щоби забезпечити повне здійснення прав, які зафіксовані у даному Пакті"*.

Водночас Міжнародний Пакт ООН про громадянські та політичні права однозначно та беззаперечно встановлює, що: "Кожна держава, яка бере участь у даному Пакті зобов'язується поважати і забезпечувати усім, хто знаходиться в межах її території і під її юрисдикцією права, які визнаються у даному Пакті".

водночас, останнім часом сформувалося загальне розуміння того, що права та свободи людини являють є певним загальним комплексом, системою прав. Зокрема, Віденська Декларація і Програма Дій, прийнята на Всесвітній конференції з прав людини в 1993 р. однозначно визначила: "Усі права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними і взаємопов'язаними" [1, с. 18].

Звичайно, за певних конкретно-історичних реалій тієї або іншої держави на перший план виступають права, які потребують підвищеної уваги – чи то нормативного закріплення чи захисту. Однак варто пам'ятати, що це не дає підстави ігнорувати жодну іншу категорію прав та свобод людини, адже усі права **– неподільні, взаємозалежні, взаємопов'язані.**

Природність та невід'ємність (невідчужуваність) як засада інституту прав людини. Ще однією ознакою інституту прав людини, що її включають до принципів, на яких базується сучасна концепція прав людини, відносять невідчужуваність та природний характер прав людини.

Основоположні природні права та свободи людини є невідчужувані і належать кожному від народження. Допоки людина жива, вона нерозривно пов'язана зі своїми основоположними правами і свободами, які ніким і ні за яких обставин не можуть бути у нього відібрані.

Причому *природність* як сутнісна ознака феномена прав людини інтерпретується у літературі неоднозначно.

Так, іноді стверджується, що оскільки людина належить до роду ссавців, то своїм бажанням жити вона нічим не відрізняється від будь-якої живої істоти. З огляду на це, на перший план виходять інстинкти людини, і тому, скажімо, право людини на життя можна назвати *природно-біологічним.* У той же час, оскільки людина є істотою не тільки біологічною, а й соціальною, вона має *природно-соціальні права* (прикладом може бути її право на гідність, яке виникає та формується у міру розвитку суспільних відносин) [11, с. 6].

Вважаємо, що такий диференційований підхід до розуміння ознаки *природності* прав людини не є цілком виправданим. Справа у тому, що за природно-біологічними правами стоять цінності, котрі у різні періоди людської історії інтерпретуються по-різному. Те, що ми розуміємо сьогодні під правом на життя, не вважалося цінністю за умов, коли існувала кровна помста (вбивство у порядку помсти не заборонялося, а навпаки – заохочувалося). Тому, на нашу думку, і так звані *природно-біологічні* права стали цінністю саме внаслідок *соціального* їх визнання, зумовленого висхідним, поступальним, зокрема духовним, розвитком суспільства" [9, с. 51].

У своїй статті "Права людини" Ж. Ніва звертається до вислову, що його закріплено у Загальній Декларації прав людини: "Люди народжуються вільними та рівними". Ніва стверджує, що у цій формулі закріплено право людини, котре аж ніяк не є законом природи, і це право, як і будь-яке інше, не має сенсу, допоки воно *не визнане всією людською спільнотою* [12, с. 45]. Разом з тим, слід визнати, що хоча природність як ознака інституту прав людини найбільш адекватно виражається через соціально-природну характеристику феномена прав людини, поділ цих прав залежно від характеру об'єкта, який ним (правом) охороняється, є важливим з огляду на можливість обгрунтування універсальності концепції прав людини. Адже проголошення низки прав людини природно-біологічними (скажімо, право на життя, право на свободу) свідчить про те, що людина є невід'ємною складовою біосфери, яка розвивається разом із нею. Така позиція при усій її тривіальності якраз і робить очевидною необхідність певних універсалій не тільки у відносинах людства та природи, але і в уявленнях про "добро" [10, с. 38], а відтак, і щодо прав людини, які складають серцевину суспільних відносин будь-якого соціального утворення незалежно від географічного розташування, культурно-історичних, соціально-економічних, політичних та інших особливостей.

Таким чином, гадаємо, не повинна викликати сумніву необхідність розробки всезагальних стандартів прав людини у галузі охорони здоров'я, мінімального рівня матеріального та соціального забезпечення.

Як було зазначено раніше, людське дитя народжується, але йому ще належить стати особистістю. Тобто право об'єктивно не може не враховувати природу людини як біологічної істоти, бо біологічне (тілесне) в людині – це першооснова, передумова існування та розвитку психіки індивіда, його нейродинаміки – вищої нервової діяльності, свідомості. А рівень розвитку свідомості, у свою чергу, виступає рівнем розвитку особистості [14, с. 31–33].

Порушення біологічного в людині позбавляють її можливості повноцінної участі у життєдіяльності суспільства.

З огляду на ці характеристики індивіда, стають цілком зрозумілими спроби на рівні всесвітніх міжнародних організацій, зокрема ООН, створити систему мінімальних гуманітарних стандартів, що мають бути втілені в законодавстві відповідної держави. На регіональному рівні (Рада Європи, система захисту прав людини Європейською Соціальною хартією) відбувається процес, спрямований на вироблення системи критеріїв соціально-економічних прав, які є орієнтиром для держав, котрі ратифікували зазначений документ.

На підставі вищенаведеного видається можливим констатувати, що включення людини до складу біосфери має суттєве значення з огляду на можливість виявлення спільного загальнолюдського змісту чи вироблення змістовно визначених критеріїв у системі соціально-економічних (в т.ч. законодавства про охорону здоров'я), екологічних прав людини. В силу цього термін "всезагальна", вжитий у назві Декларації прав людини ООН 1948 р., слід розуміти як такий, що

підкреслює важливість усіх прав та свобод людини, які складають цей інститут, та неможливість встановлення для них відмінного статусу.

Окремого розгляду потребує і така ознака прав людини, як *невідчужуваність* (чи, іншими словами, *невід'ємність*) від їхнього носія. Права людини є такими тому, що являють собою докорінні якості, які "внутрішньопритаманні", іманентні людині як суб'єкту життєдіяльності і які не можна відібрати у неї без явної загрози втратити у її особі члена суспільного союзу [13, с. 30].

У літературі пропонується розуміти цю ознаку наступним чином. Деякі автори вважають, що, скажімо, право власності не можна віднести до *невідчужуваних* прав людини, оскільки власник може здійснити відчуження того чи іншого майна на основі свого волевиявлення – передати, подарувати, заповісти і таке інше [15, с. 23]. У той же час, на думку цих же авторів, не викликає сумніву невідчужуваність таких прав людини, як право на життя, свободу, гідність, фізичну недоторканність. Правом на життя взагалі ніхто не може розпоряджатися, навіть його носій – людина, оскільки, "покликана в світ владним наказом природи, в більшості випадків за наказом природи вона його і полишає" [17, с. 68].

Однак останнє твердження спростовується практикою евтаназії (позбавлення життя безнадійно хворих за їхнім бажанням), яку, до речі, вже легалізовано у Королівстві Нідерланди, і підходом до вирішення питань, пов'язаних із забезпеченням права на життя, у практиці органів Європейської конвенції з прав людини. В останньому випадку навіть це право "зважується" з іншими суспільними цінностями.

Так, свого часу перед Європейською комісією з прав людини постало питання: чи виключає право на життя можливість проведення аборту? Бачення цієї проблеми Європейською комісією можна стисло відтворити таким чином: якщо навіть і припустити, що ст. 2 Європейської конвенції захищає ненароджене життя, права та інтереси, котрі входять до сфери права на життя, зважуються один щодо одного у належний спосіб [16, с. 604]. Такі ж міркування висловлюються і щодо припинення життя: "Цінність життя, котре підлягає захисту, може і повинна бути співставлена з іншими правами зацікавленої особи [16, с. 222–223]".

Звернемо увагу і на той момент, що невідчужуваність прав людини зовсім не означає принципової неможливості цілковитого позбавлення певних різновидів прав людини на підставах, легітимованих у законодавчому порядку, зокрема у порядку кримінального судочинства. Розглянемо ст. 18 Конституції ФРН: "Той, хто зловживає свободою вираження поглядів, зокрема свободою друку (ст. 5 абз. 1), свободою викладання (ст. 5 абз. 3), свободою зібрань (ст. 8), таємницею листування, поштових та телеграфних повідомлень (ст. 10), власністю (ст. 14) або правом притулку (ст. 16, абз. 3) проти вільного демократичного устрою, позбавляється цих головних прав. Позбавлення та його обсяг визначаються Федеральним Конституційним Судом" [7, с. 232].

Невідчужуваний характер прав та свобод полягає також у тому, що людина не може взяти на себе (в договірному порядку) зобов'язання перед будь-яким суб'єктом не користуватися певним правом або сукупністю прав, приналежних їй. Такі зобов'язання не мають юридичної сили.

Вважаємо прийнятною таке розуміння невідчужуваності прав людини, за яким цю властивість інтерпретують як незалежність прав від угляду держави і будь-яких інших осіб чи соціальних спільнот, а відповідно – як неможливість перетворювати права людини на об'єкти дарування чи (що трапляється значно частіше) необгрунтованого (нелегітимованого) відібрання, позбавлення. Отже, невід'ємність прав та свобод людини є нічим іншим, як "легітимністю користування та

відстоювання таких прав кожною людиною незалежно від статі, соціальної ролі і навіть громадянства" [19, p.71].

З огляду на висловлені міркування, вважаємо найбільш правильним розумінням природності як засади інституту прав людини його *соціальне* походження, *суспільну* генезу. Ці ж міркування дозволяють дійти ще одного важливого висновку, а саме: з'ясування (виділення) системи засад інституту прав людини з необхідністю залежить від світоглядно-філософського підходу до розуміння сутності природи прав людини та їх першоджерела.

Справедлива збалансованість прав та свобод людини з загальносуспільними інтересами. Однією з найбільш актуальних проблем сьогодення як для вітчизняної, так і для західної юриспруденції виступає проблематика визначення меж здійснення основоположних прав та свобод. Нині можна уже вважати доконаним факт про те, що ліберальна концепція прав людини має одним із своїх негативних, небажаних для суспільства наслідків "атомізацію", "гіпертрофовану індивідуалізацію" суспільства, соціальну дисгармонію. Відтак виникає практична потреба подолання цієї проблеми.

Для українського суспільства проблема меж здійснення основоположних прав людини носить особливо важливий характер.

Демократизація суспільного життя, відхід від комуністичної доктрини прав громадянина, закріплення однією з фундаментальних засад Конституції України положення про те, що людина, її життя, здоров'я, честь та гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; поступове входження України до європейського та світового товариств як повноправного члена (що, зокрема, виявилося в її членстві у Раді Європи) – необхідним наслідком усіх цих процесів виступає нове бачення інституту прав людини. Конституційні положення, якими визначено основи правового статусу особи, свідчать про нові засади взаємовідносин між державою та суспільством, державою та людиною, людиною та суспільством. У практичній площині ця теза трансформується у новий підхід до розподілу сфер регулювання між державою як уособленням суверенітету нації та громадянським суспільством як соціально структурованою спільністю вільних рівноправних людей та їхніх об'єднань. Звідси природно випливає необхідність з'ясування тих лімітів або, іншими словами, меж, якими мають керуватися, з одного боку, держава, проголошена у Конституції правовою, а з іншого – людина у процесі реалізації своїх прав з урахуванням тієї умови, щоб сукупність таких, як вона, індивідів становили громадянське суспільство. Отже, проблема меж прав людини потребує загальнотеоретичного осмислення та обгрунтування, з урахуванням потреб побудови правової держави та громадянського суспільства.

Аналізуючи причини, які викликають потребу теоретичної розробки та практичного вирішення проблеми меж прав людини, слід зупинитися, на так званих внутрішніх людських чинниках, що пов'язано із впровадженням загальнодозвільного принципу правового регулювання: "дозволено все, що не заборонене законом" та конституційних положень, якими права проголошено "невід'ємними та непорушними".

І, справді, значущість прав людини є винятковою як для індивіда, так і для суспільства в цілому, проте саме сьогодні, як видається, в процесі створення моделей правового регулювання одним із вихідних орієнтирів для законодавця мають виступати певні межі прав людини. Справа у тому, що наполегливе насаджування ідеї "природних", "невід'ємних" прав людини на значною мірою деморалізований грунт українського суспільства, в якому на зміну кодексу будівника комунізму,

комсомолу та піонерській організації не прийшло жодного впливового "правонаступника", у тому числі і церкви (яка послабила свій авторитет внаслідок конфесійних суперечностей) не позбавлено деяких негативних моментів.

До дії внутрішніх чинників, що зумовлюють необхідність теоретичної розробки механізму встановлення меж прав людини, приєднуються також і зовнішні (ратифікація Україною Конвенції про захист прав та основних свобод людини, визнання обов'язковою юрисдикцію Європейського Суду з прав людини).

Власне, на останніх чинниках, які впливають на значимість меж здійснення прав та свобод людини в Україні ми вважаємо за потрібне зупинитися. Звернення до всесвітніх та регіональних міжнародних стандартів з прав людини та правозахисної практики відповідних міжнародних органів, дозволяє виявити той факт, що безмежних прав людини не існує. А одним із головних факторів визначення меж здійснення прав людини виступає необхідність забезпечення загальносуспільних інтересів, до яких слід віднести:

– захист громадського порядку;
– захист моральності населення;
– забезпечення економічного добробуту громадян;
– охорона здоров'я населення, прав та законних інтересів інших громадян та ін. [18, с. 21].

Відтак варто зачислити до принципів сучасної концепції прав людини засаду справедливого збалансування прав людини із загальносуспільними з інтересами.

З огляду на викладене у цій статті оновлене сучасне розуміння системи засад інституту прав людини, гадаємо, що варто погодитися з висловленими у науковій літературі пропозиціями внести зміни до чинної Конституції України і доповнити ст. 21 Конституції України п. 2, який викласти у такій редакції: "Усі основоположні права і свободи людини є універсальними, *неподільними, взаємопов'язаними та непорушними*". А ст. 22 Основного Закону доповнити п. 3, який викласти у такій редакції: *"Права та свободи людини мають бути справедливо збалансовані з інтересами суспільства"* [20, с. 12].

1. Азаров А. Введение в теорию прав человека.– Учебн. пособ.– М: Норма, – 551 с.
2. Гревцов Ю.И. Очерки теории и социологии права.– Санкт-Петербург, 1996. – 386 с.
3. Лившиц Р.З. Теория права: Учебник.– М.: Бек, 1994. – 255 с.
4. Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України.– Харків: Право, 1997. – 56 с.
5. Рабінович П.М. Права людини та їх юридичне забезпечення. (Основи загальної теорії права та держави) : Навч. посібник. – К., 1992. – 154 с.
6. Петренко Л. Які права в громадянина Європи?// Поступ. – 2000. – № 160. – С.1.
7. Хессе К. Основы конституционного права ФРГ.–М: Юридическая литература, 1981. – 489 с.
8. Лерхе П. Пределы основных прав – М: Юрист, 1994. – 218 с.
9. Добрянський С.П. Актуальні проблеми загальної теорії прав людини : монографія. – Львів: Астрон, 2006. – 120 с.
10. Моисеев М.М. Права человека в России: декларации, нормы, жизнь– М.: Юридическая литература, 1998. – 217 с.
11. Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность – М., 1991. – 147с.
12. Нива Ж. Права человека / Опыт словаря нового мышления / Под ред. Ю. Афанасьева и М. Ферро). – М., 1989. – С. 45–52.

13. Мамут Л.С. Декларация прав человека и гражданина 1789 г. – веха на пути к универсальной концепции прав человека// Права человека в истории человечества и в современном мире. – М: Юридическая литература, 1989. – С.28–47.
14. Погребной И.М. Теория государства и права. Шульга А.М. – Харьков: Изд-во университета внутренних дел, 1993. – 332 с.
15. Рассказов Л.П. Естественные права человека. Упоров И.В.– СПб.: Знание, 2001. – 96 с.
16. Van Dijk G. V.Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. – Institute for Human Rights (Belgium). – 1990. – 648 p.
17. Ковалев М.И. Право на жизнь и право на смерть // Государство и право. – 1992. – № 7. – С.65–73.
18. Рабінович П.М. Межі здійснення прав людини: загальнотеоретичний аспект // Вісник Акад. правових наук України.– 1996. – №6.
19. Hampson F.J. Monitoring Human Rights. – Oxford: Clarendon Press, 1996. – 346 с.
20. Права людини і громадянина: можливості удосконалення конституційних гарантій // (Рабінович П.М., Гудима Д.А., Дудаш Т.І., Навроцький В.О. та ін.). – Лабораторія досліджень теоретичних проблем прав людини. – Львів: Малий видавничий центр юридичного факультету ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. – 69 с.

ВЫХОДНЫЕ ПРИНЦИПЫ ОСНОВОПОЛАГАЮЩИХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА:СОВРЕМЕННЫЕ ИНТЕРПРЕТАЦИИ

С. Добрянский

Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (0322) 74-03-80 E-mail: : svatolex@yahoo.com

В статье исследовано ряд исходных принципов основополагающих прав человека, учитывая тенденции развития этого феномена в современном международном праве. В ходе исследования сформулирована обновленная система принципов института прав человека.

Ключевые слова: права человека, выходные принципы, универсальность, неотчуждаемость.

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS INITIAL PRINCIPLES: CURRENT INTERPRETATIONS

S. Dobryans'kyi

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
tel: (0322) 74-03-80; e-mail: svatolex@yahoo.com

In the article a set of fundamental human rights initial principles within the tends of this phenomenon development in current international law is elucidated. On the research basis a renewed system of principles of human rights institute is presented.

Key words: human rights, initial principles, universality, inalienability.

Стаття надійшла до редколегії: 10.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

СИСТЕМА НОРМАТИВНО-ПРАВОВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ: ОСНОВНІ НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

В. Косович

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті розглянуто систему нормативно-правових актів сучасної України. Визначено можливі шляхи її корегування та доповнення, вказано, які зміни до чинних нормативно-правових актів України сприятимуть вдосконалененню системи.

Ключові слова: нормативно-правовий акт, система нормативно-правових актів України.

Розвиток правової системи України супроводжується удосконаленням джерел правового регулювання суспільних відносин, насамперед, основної форми права – нормативно-правого акта. Свідченням цього є дискусії серед науковців і практиків щодо доцільності прийняття Закону України "Про нормативно-правові акти", прийняття Верховною Радою України і ветування Президентом України проекту цього закону у 2010 р. [1], підготовка нових проектів і їх обговорення. Ключове завдання різних законопроектів – юридичне закріплення системи та ієрархії нормативно-правових актів в Україні. Отож, теоретичне дослідження цих питань є актуальним, має наукове і практичне значення.

Систему нормативно-правових актів, передусім, розглядають у навчальних посібниках з загальної теорії права та держави, зокрема, які написали П.М. Рабінович, Л.А. Луць, О.Ф. Скакун, авторські колективи провідних наукових шкіл України. Опосередковано (в призмі характеристики закону та інших нормативно-правових актів) з'ясовуються особливості системи нормативно-правових актів України у дисертаційних працях Г.І. Дутки, О.С. Лисенкової, І.М. Овчаренка, Г.О. Швачки. Вивченню цього питання приділяли певну увагу закордонні, зокрема, російські вчені (звичайно із урахуванням особливостей своєї національної правової системи) – С.С. Алєксєєв, М.Н. Марченко, С.А. Комаров та ін.

Незначний науковий інтерес до комплексного дослідження ситеми нормативно-правових актів зумовлений, на перший погляд, загальновідомим характером даного питання. Однак ознайомлення з юридичною практикою вказує на наявність цілої низки дискусійних моментів стосовно приналежності тих чи інших правових актів до системи нормативно-правових та щодо їх ієрархічного співвідношення. Отож, перед нашою роботою стоїть завдання змоделювати систему усіх нормативно-правових актів України і, відповідно до неї, визнатичи їх співвідношення за юридичною силою.

Дослідник Л.А. Луць розмежовує нормативно-правові акти: за суб'єктом правовтворчості на прийняті народом, глави держави, органу законодавчої влади, органу виконавчої влади, контрольно-наглядового органу, органу місцевого самоврядування, керівника підприємтсва, установи чи організації або фізичної особи працедавця; за характером і обсягом дії – загальної, виключної та обмеженої; за юридичною силою – закони і підзаконні нормативно-правові акти [2, с. 194]. У силу обженого обсягу нашого дослідження звернемо увагу на найбіль важливому і такому, що у значній мірі відображає інші, останньому поділі. Аксіоматичними сьогодні на рівні науки і практики є положення про поділ нормативно-правових актів на закони та підзаконні нормативно-правові акти. Щодо подальшого поділу,

© Косович В., 2011

то тут є певні розбіжності, які потребують з'ясування в світлі сучасних тенденцій правового регулювання суспільних відносини в Україні. Не вдаючись до детальних описів, (згадаймо, скільки є теоретичних напрацювань лише стосовно закону), спробуємо розглянути систему нормативно-правових актів України в аспекті, який би мав певну практичну значущість.

Розглядаючи закон як основний різновид нормативно-правового акта, розробники проекту Закону України "Про нормативно-правові акти" взяли за основу такий критетрій, як форма зовнішнього вираження. Так, в останньому законопроекті, який вніс народний депутат України Ю. Мірошниченко (реєстр. №7409 від 01.12.2010р.) у п. 2 ст. 6 "Нормативно-правові акти, їх види та форми" зазначено, що законами є: 1) Коституція України – Основний Закон України; 2) кодекси України; 3) закони України. Такий поділ загалом видається оптимальним.

Дискусійні моменти (ми вже на них звертали увагу в попередніх публікаціях) виникають, коли йдеться про підзаконні нормативно-правові акти. Особливості системи підзаконних нормативно-правових актів визначаються специфікою національної правової системи. О.Ф. Скакун до системи підзаконних нормативно-правових актів України відносить загальні, відомчі, місцеві та локальні [3, с. 374–375]. У близькій за спільним історичним правовим минулим правовій системі Росії до найважливіших підзаконних нормативних юридичних актів відносять: укази і розпорядження Президента Російської Федерації; постанови і розпорядження Уряду, акти державних регіональних і місцевих муніципальних органів (представницьких органів і органів адміністрації); відомчі акти, які видаються у межах компетенції того чи іншого відомства. Нарешті особлива різновидність відомчих актів – локальні нормативні акти (статути, положення, правила внутрішнього розпорядку, які діють тільки в межах даної організації). Локальне значення мають санкціоновані державою акти сходів, інститутів громадської самодіяльності [4, с.93–94]. Дослідники Н.И. Матузов, А.В. Малько до локальних нормативних актів відносять нормативні приписи, прийняті на рівні конкретного підприємтсва, установи чи організації, наприклад, правила внутрішнього трудовового розпорядку [5, с. 291].

У п. 3 ст. 6 законопроекту "Про нормативно-правові акти" закріплено, що підзаконими нормативно-правовими актами України є (будемо називати і зразу ж висловлювати свої міркування стосовно проблемних моментів):

1) *постанови Верховної Ради України.* Потребує уточнення і викладення в редакції "постанова Верховної Ради України нормативного характеру". Пункт 5 Закону України №1861-VI від 10 лютого 2010 р. (із змінами, внесеними згідно із Законом N 2600-VI від 08.10.2010 р.) "Про Регламент Верховної Ради України" закріплює, що постанови, прийняті Верховною Радою, які містять положення нормативного характеру, набирають чинності з дня їх офіційного оприлюднення, якщо ними не передбачено інше. Пункт 2 даної статті вказує, що постанови Верховної Ради з конкретних питань з метою здійснення її установчої, організаційної, контрольної та інших функцій набирають чиності з дня їх прийняття, якщо інше не передбачено самою постановою. Як бачимо, Регламент розмежовує постанови на нормативно-правові та індивідуально правові.

Запропоноване формулювання зумовлює необхідність внесення змін до п 1 Указу Президента України №503/97 від 10 червня 1997 р. "Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності" замінивши слова "*інші акти Верховної Ради України*" на "*постанова Верховної Ради України*

нормативного характеру”. Вимагає викладення в новій редакції пункту 6, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України N376 від 23 квітня 2001 р. “Порядку ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та користування ним”, в якому замість “*постанови Верховної Ради України*” має бути передбачено “*постанова Верховної Ради України нормативного характеру”*.

2) *укази Президента України*. Заслуговує всебічного схвалення. Відповідно до ст. 106 Конституції України Президент України видає укази і розпорядження. Відомий російський вчений Н.М. Коркунов ще в 1894 р. зауважив, що указ – це загальне правило, встановлене в порядку управління, а розпорядження не встановлює загальні правила, а саме приватні заходи [6, с. 179].

Приєднуючись до даної позиції, доцільно акти глави держави нормативного характеру іменувати саме і лише указами, а індивідуально-правові акти – розпорядженнями. Інакше указом буде і офіційний письмовий документ Президента України про введення у державі надзичайного економічного стану, і рішення про прийняття особи до громадянства України.

Виокремлення як нормативного акта лише указу Президента України має супроводжуватись численними змінами до законодавства України. Зокрема, у п. 1 Указу Президента України №503/97 від 10 червня 1997 р. слова “*акти Президента України*” мають бути замінені словами “*укази Президента України*”, у п. 6 “Порядку ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів…” положення “*укази і розпорядження Президента України*” змінити на “*укази Президента України*”. Вимагають також корекції законодавчі норми, в яких конкретизуються конституційні повноваження Президента України – норми Законів “Про Конституційний Суд України”, “Про громадянства”, “Про судоустрій і статус суддів” тощо. Потребує принципового перегляду існуюча сьогодні практика підготовки актів Президента України, визначена “Положенням про порядок підготовки та внесення проектів актів Президента України”, затвердженим Указом Президента України №970/2006 від 15 листопада 2006 р. Закріплений у даному документі поділ предмета правової регламентації указів і розпоряджень глави держави не витримує ніякої критики. Помилування оформляють указом (підпункт 19 п. 3), а надання повноважень на ведення переговорів – розпорядженням (підпункт 2 п. 4); хоча і один, і другий акт – індивідуально-правові.

3) *постанови Кабінету Міністрів України*. Віповідає п. 2 і 3 Закону України №2591-VI від 07.10.2010 р. “Про Кабінет Міністрів України”, які встановлюють, що акти Кабінету Міністрів України нормативного характеру видаються у формі постанов, а акти з організаційно-розпорядчих та інших поточних питань – у формі розпоряджень. Таке формулювання зобов’язує внести зміни до п. 3 ст. 53 цього закону: “*акти Кабінету Міністрів України включаються до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України*”. Зазначений припис має бути викладений так: “*постанови Кабінету Міністрів України включаються до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України*”. Оскільки розпорядження Кабінету Міністрів України не є нормативно-правовими актами, то не мають включатися до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України; що має має бути відображено у п. 6 постанови Кабінету Міністрів України від 23 квітня 2001 р. N 376.

Необхідно привести у відповідність до п. 1 “*постанови Кабінету Міністрів України ... набирають чинності з дня їх офіційного опублікування…*” та 2 “*розпорядження Кабінету Міністрів України набирають чинності з моменту їх прийняття…*” ст. 53 Закону України “Про Кабінет Міністрів України”, п. 5 Указу

Президента України "Про порядок офіційного оприлюднення …..", в якому закріплено, що "*нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України набирають чинності з моменту їх прийняття…*".

Пункт 4 ст. 50 Закону України "Про Кабінет Міністрів України" виділяє акти вищого органу виконавчої влади, які, відповідно до закону, є регуляторними актами, розробляються, розглядаються, приймаються та оприлюднюються з урахуванням вимог Закону України №1160-IV від 11 вересня 2003 р. "Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності". Керуючись ст.117 Конституції України, відповідно до якої Кабінет Міністрів України в межах своєї компетенції видає постанови і розпорядження, зробимо висновок, що такі регуляторні акти можуть мати форму постанов та розпоряджень. Оскільки до категорії нормативно-правових пропонується віднести тільки постанови, то доцільно з'ясувати "статус" регуляторних актів. Відповідно до ст. 1 Закону України "Про засади державної…" регуляторний акт: "це прийнятий уповноваженим регулятивним органом нормативно-правовий акт, який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання". Таке визначення вказує на те, що регуляторні акти можуть видаватись лише у формі постанов Кабінету Міністрів України. Привертає на себе увагу в контексті дослідження природи нормативно-правового наступна частина визначення регуляторного акта:"це прийнятий уповноваженим регуляторним органом інший офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, застосовується неодноразово та щодо невизначеного кола осіб і який або окремі положення якого спрямовані на правове регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, незалежно від того, чи вважається цей документ відповідно до закону, що регулює відносини у певній сфері, нормативно-правовим актом". Перед нами, видається, приклад нормативно закріпленого визнання можливого нерозуміння того, що таке нормативно-правовий акт – регуляторний акт, наділений усіма ознаками нормативно-правового акта, може і не вважатися відповідно до закону нормативно-правовим. Наведене зобов'язує законодавчо закріпити, що регуляторні акти нормативно-правового характеру можуть видаватись лише у формі постанов.

4) *накази, розпорядження, рішення міністерств та інших центальних органів виконавчої влади, накази їх територіальних органів*. Така назва даної групи нормативно-правових актів є неточною, оскільки і накази, і розпорядження, і рішення, і постанови, й інструкції можуть бути як нормативного, так і індивідуального характеру. Тому до запропонованого переліку необхідно додати положення про їх нормативність. Даний пункт має бути сформульований так: "накази, розпорядження, рішення міністерств та інших центальних органів виконавчої влади, накази їх територіальних органів нормативного характеру". Водночас необхідно зазначити, що в сучасному законодавстві України існує дещо інша практика позначення актів центральних органів виконавчої влади. В Указі Президента України №493/92 від 3 жовтня 1992 р. "Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади", постанові Кабінету Міністрів України №731 від 28 грудня 1992 р. "Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади", численних відомчих актах,

наприклад, „Рекомендаціях з питань підготовки, державної реєстрації та обліку відомчих нормативно-правових актів" (затверджені постановою колегії Мінюсту від 27.03.1998 р. №3), „Методичних рекомендаціях щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроектної техніки" (схвалені постановою колегії Мінюсту від 21.11.2000 р. №41), „Методичних рекомендаціях щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроектної техніки" (затверджені наказом Держводгоспу України від 12.01.2004 р.№4), „Методичних рекомендаціях з підготовки та оформлення проектів законів України, нормативно-правових актів Президента України, Кабінету Міністрів України, МНС та дотримання правил нормопроектної техніки" (затверджені наказом МНС від 10 грудня 2007 р. №851) йде мова не про конкретні різновиди актів виконавчих органів, а про власне нормативно-правові акти. Виходячи з наявного, можливо доцільно у п. 4 проекту Закону України "Про нормативно-правові акти" не давати переліку актів, а використати термін нормативно-правові акти, який охопить усі наявні нині і можливі у майбутньому правові акти.

І Указ Президента, і постанова Кабміну про обов'язковість державної реєстрації нормативно-правових актів органів виконавчої влади вказують на приналежність до групи нормативних актів міністерств та інших органів виконавчої влади і актів місцевих державних адміністрацій (хоча до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів вони на основі ст. 6 Положення "Про Єдиний державний реєстр…" не включаться!). Про них йде мова у п. 9 ст. 6 законопроекту "Про нормативно-правові акти", який виділяє їх в окрему категорію правових актів. Така позиція, видається, базується на ієрархії нормативно-правових актів.

Нормативно закріплено, що міністерства входять до системи центральних органів виконавчої влади України. Тому їх виділення з-поміж інших органів видається незрозумілим.

Виходячи із наведеного, пропонуємо таке формулювання п. 4: "нормативно-правові акти центальних органів виконавчої влади та їх територіальних підрозділів".

Прийняття п. 4 у запропонованій законопроектом редакції вимагає змін як до наведених вище, так і до багатьох інших правових документів.

Дану групу нормативно-правових актів в теорії права та держави називають ще відомчими актами, оскільки вони мають внутрішньовідомче юридичне значення (видаються із питань, віднесених виключно до їх відання; поширюються на осіб, які входять до сфери їх відання [3, с. 374]. Більш правильною видається все таки назва, запропонована вище. Така думка базується на тому, що акти органів центральної виконавчої влади можуть мати і міжвідомчий характер, і дуже часто бути актами застосування права. І якщо вже брати назву відомчі акти, то правильніше буде казати відомчі і міжвідомчі нормативно-правові акти. Крім того, термін "відомство" не зовсім вдалий, оскільки ні в Указі Президента України N 1572/99 від 15 грудня 1999 р. " Про систему центральних органів виконавчої влади", ні в Указі Президента України № 1085/2010 від 09 грудня 2010 р. **"**Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" відомств у системі центральних органів виконавчої влади немає. Відомчі нормативні акти, видається, є лише одними із різновидів нормативно-правових актів, що видаються центральними органами виконавчої влади. Вирізняються вони тим, що стосуються прав і обов'язків лише безпосередньо працівників даного органу, наприклад, нормативно-правовий акт Міністерства освіти і науки України про зарахування осіб на педагогічні посади у вищих навчальних закладах на конкурстних засадах;

такий акт за змістом нічим не відрізняється від локальних нормативно-правових актів. Значно більша значимість нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади, які зачіпають права та інтереси громадян, наприклад, видані Міністерством освіти і науки України Типові правила прийому до вищих начальних закладів. Тільки такі акти виконують функцію підзаконних – конкретизують і "організовують" виконання законодавчих норм.

5) *накази, постанови, розпорядження інших органів державної влади, які, відповідно до законодавства, є суб'єктами нормотворення*. Виділення такої групи нормативно-правових актів потребує конкретизації, оскільки Основний Закон України інших правотворчих суб'єктів, аніж ті, що передбачені пунктами 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 11, 12 законопроекту, не виділяє. До даних нормативно-правових актів можна віднести акти, згадані в Указі Президента України "Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади" та затвердженому постановою Кабінету Міністрів України "Порядку ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та користування ним". У п. 1 указу та 6 постанови вказується на обов'язковість реєстрації як нормативно-правових, актів органів господарського управління та контролю. Стаття 1 Закону України №2210-III від 11 січня 2001 р. "Про захист економічної конкуренції" інформує, що органи адміністративно-господарського управління та контролю – суб'єкти господарювання, об'єднання, інші особи в частині виконання ними функцій управління або контролю в межах делегованих їм повноважень органів влади чи органів місцевого самоврядування. Отож, мова йде про делеговані акти в економічній сфері. Певне уявлення про такі акти дає ст. 15 згаданого закону – "антиконкурентні дії органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю". Антиконкурентними діями органів … адміністративно-господарського управління та контролю, зокрема, визнаються, наприклад: "заборона або перешкоджання створенню нових підприємств чи здійснення підприємництва в інших організаційних формах у будь-якій сфері діяльності, а також встановлення обмежень на здійснення окремих видів діяльності, на виробництво, придбання чи реалізацію певних видів товарів" (п. 2 ст. 15). Правові акти, що видаються органами господарського управління та контролю і вказують на наявність в їх діях ознак антиконкурентності частіше мають індивідуально-правовий характер, наприклад, "надання окремим суб'єктам господарювання … пільг чи інших переваг, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції".

Відповідно, до постанови Кабінету Міністрів України N 376 від 23 квітня 2001 р. до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів вносяться акти Національного банку України. Пункт 7 ст. 15 Закону України 3679-XIV від 20 травня 1999 р. "Про Національний Банк України" закріплює, що Правління Національного Банку України видає нормативно-правові акти Національного Банку України. Оскільки Національний банк "є … центральним банком України, особливим центральним органом державного управління, юридичний статус, завдання, функції, повноваження і принципи організації якого визначаються Конституцією України, цим Законом та іншими законами України", він займає особливе місце в системі органів влади, в силу чого його нормативні акти можуть відноситись саме до даної категорії нормативно-правових актів.

Підсумовуючи сказане, видається за доцільне не давати переліку правових актів, що можуть видаватися іншими, крім Верховної Ради, Президента,

виконавчої влади, органами, а викласти даний припис у такій формі: "нормативно-правові акти інших органів державної влади".

6) *постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим*. Система нормативно-правових актів АРК – це обумовлена правовим статусом органів влади кримської автономії та встановленим у Конституції України переліком питань, із яких АРК забезпечує нормативне регулювання, внутрішньо узгоджена сукупність, яка включає Конституцію АРК, нормативні постанови Верховної Ради та Ради міністрів АРК, прийнятих з питань власного відання автономії та з питань, делегованих центральними органами державної влади [7, с. 18]. Відповідно до ст. 136 Конституції України Верховна Рада Автономної Республіки Крим в межах своїх повноважень приймає рішення та постанови. Ознайомившись із Конституцією АРК, затвердженою Законом України №1-рп/2003 від 16.01.2003 р., можна звернути увагу, що у більшості статей Конституції автономії, в яких йде мова про правові акти її представницького органу, для їх позначення використовується термін нормативно-правовий акт (ст. 2, 4, 5, 18, 26, 27, 28, 29, 30, 31). Пункт 2 статті 27 закріплює, що Верховна Рада АРК щодо питань, які мають нормативно-правовий характер, приймає постанови, а відповідно до п. 3 цієї статті, з питань організаційно-розпорядчого характеру – рішення. Вказане дає підстави повністю погодитися із саме такою назвою правових актів Верховної Ради АРК, що мають нормативний характер.

Визнаючи постанови Верховної Ради АРК нормативно-правовими актами, законодавець має вирішити питання про їх включення (як і всіх інших нижче розглядуваних груп нормативно-правових актів) до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів України.

Визнавши нормативно-правовими актами постанови, важливо згадати і про Конституцію АРК. Конституція АРК – єдиний із нормативно-правових актів органів влади АРК, який належить до підсистеми законів в ієрархічній структурі законодавства України. Статус закону України Конституції АРК надає п. 5 Закон України "Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим", відповідно до якого цей Закон підлягає опублікуванню в офіційних друкованих виданнях Верховної Ради України разом із текстом затвердженої Верховною Радою України Конституції Автономної Республіки Крим і набирає чинності з дня його опублікування. Усі інші нормативно-правові акти Верховної Ради та Ради міністрів АРК є підзаконними [7, с. 18].

7) *постанови Ради міністрів Автономної Республіки Крим*. Розпочнемо із Основного Закону України, ч. 2 ст. 135 якого закріплює, що нормативно-правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим та рішення Ради міністрів Автономної Республіки Крим не можуть суперечити Конституції і законам України…. Таке формулювання конституційної норми, схиляє до думки, що рішення Ради міністрів АРК не є нормативно-правовими актами, інакше норма мала би звучати так: нормативно-правові акти Верховної Ради і Ради міністрів АРК (як, наприклад, сказано у п. 6 ст. 4 Конституції АРК [8]). Пункт 8 ст. 38 Конституції АРК надає право Раді міністрів АРК у межах своєї компетенції видавати постанови, рішення і розпорядження, не розмежовуючи їх залежно від нормативного, організаційно-розпорядчого чи управлінського характеру. За своєю теоретичною природою постанови та рішення є результатом діяльності колегіальних органів і тяжіють до нормативності, розпорядження – частіше акти одноособових органів, покликані здійснювати індивідуальний вплив на суспільні відносини. Враховуючи сказане і проводячи аналогію з актами Верховної Ради

АРК, варто погодитися з думкою, що до нормативно-правових мають належати лише постанови Ради міністрів АРК. Чи варто звертати увагу на те, що постанови мають бути саме нормативного характеру? Видається, ні, оскільки можна законодавчо закріпити (аналогічно до постанов Верховної Ради АРК), що акти нормативного характеру мають прийматися Радою міністрів АРК лише у формі постонов, а індивідуально-правові акти – лише рішень та розпоряджень.

8) *накази міністерств та інших республіканських органів виконавчої влади Автономної Республіки Крим*. І Конституція АРК, і нормативні акти, що визначають правовий статус Ради міністрів АРК, майже не містять положень стосовно актів міністерств та інших органів виконавчої влади АРК. Якщо виходити з того, що наказ є основним правовим актом, що може видаватись міністерством, і ним можуть встановлюватись як загальні, так і індивідуальні правила поведінки, то обов'язковою стає вимога нормативності наказу. Отож, зазначену категорію актів необхідно назвати: накази міністерств …. АРК нормативного характеру.

9) *розпорядження голів місцевих державних адміністрацій*. До актів місцевої державної адміністрації пропонується відносити тільки розпорядження її голови, оскільки лише ця посадова особа повноважна діяти та, відповідно, видавати акти від імені даного органу [9, с. 7]. Стаття 6 Закону України №586-XIV від 09.04.1999 р. "Про місцеві державні адміністрації", в якій йдеться про акти місцевих державних адміністрацій, встановлює, що голова місцевої державної адміністрації в межах своїх повноважень видає розпорядження. Ознайомившись із повноваженнями голови місцевої державної адміністрації, можна зауважити, що більшість з них реалізуються шляхом видання індивідуально-правових актів, значно менше – нормативно-правових актів. Розмежування розпоряджень голів місцевих державних адміністрації проводиться у ст. 41 даного закону, відповідно до якої акти місцевих державних адміністрацій ненормативного характеру, набирають чинності з моменту їх прийняття, нормативно-правові акти з моменту їх реєстрації, а якщо вони стосуються прав та обов'язків громадян або мають загальний характер, з моменту їх оприлюднення, якщо самими актами не встановлено пізніший термін введення їх у дію. Отож логічним є доповнення даного виду нормативно-правового акта умовою нормативності.

10) *рішення місцевих референдумів*. Референдум – це всенародний опит з найважливіших питань державного життя [10, с. 1218]. Оскільки відповідно до ст. 5 Конституції України єдиним джерелом влади в України є народ, рішення, прийняті на референдумі як форма волевиявлення суспільства мають мати найвищу силу. І якщо такі рішення мають загальну соціальну значимість, і містять формально обов'язкові правила, логічним має бути їх домінування в системі нормативно-правових актів нашої держави. Як зазначає О.Г. Мурашин, пряма правотворчість – особлива форма або вид діяльності суб'єктів безпосереднього народовладдя, яка полягає у встановленні, а також зміні або скасуванні правових норм [11, с. 9]. Результати цієї діяльності – акти прямого народовладдя. І якщо такий акт містить юридичні норми, то перед нами документ, що за змістом є нормативно-правовим актом. Вочевидь саме тому в ст. 1 Закону України №1286-XII від 3 липня 1991 р. "Про всеукраїнський та місцеві референдуми" закріплено, що закони, інші рішення, прийняті всеукраїнським референдумом, мають вищу юридичну силу по відношенню до законодавчих актів Верховної Ради України, Верховної Ради Республіки Крим, нормативних актів Президента України, Кабінету Міністрів України, … підзаконних актів міністерств і відомств України та Республіки Крим, рішень місцевих Рад депутатів.

Зазначене вимагає змінити п. 2 ст. 6 та ст. 7 Проекту Закону "Про нормативно-правові акти", визнавши наступним за юридичною силою після Конституції нормативно-правовим актом закон, прийнятий на всеукраїнському референдумі.

Як бачимо із ст. 1 Закону України "Про всеукраїнський…", законодавець веде мову про пріоритет не тільки законів, а й рішень, прийнятих всенародним голосуванням. Таке формулювання видається неповним. Хоча перелік питань, що можуть бути предметом всеукраїнського референдуму (див. ст. 3 та 5 Закону України "Про всеукраїнський…"), вказує на потенційну наявність в актах прямого волевиявлення правових норм, видається за необхідне зробити на цьому акцент. Адже на всенародний розгляд можуть виноситись і питання щодо окремої суспільно значимої події чи ситуації (наприклад, про доцільність вступу України до НАТО). Точніше вести мову про рішення всеукраїнського референдуму, що мають нормативний характер. Загалом позначити акти прямого волевиявлення українського народу, що встановлюють юридичні норми так: закони та рішення нормативного характеру, прийняті всеукраїнським референдумом. До таких актів мають також належати рішення з уже законодавчо урегульованих питань, прийняття яких має супроводжуватись у подальшому обов'язковим внесенням змін до чинних законодавчих актів. Інакше волевиявлення суспільства (згадаймо всеукраїнський референдум 16 квітня 2000 р., зокрема, стосовно кількісного складу Верховної Ради України і обмеження депутатської недоторканності) залишиться лише думкою українців без будь-яких юридичних наслідків.

Аналогічно до загальнодержавного, "місцеві акти прямого народовладдя – прийняті безпосередньо населенням відповідно до вимог законності рішення, які встановлюють, змінюють або скасовують норми права…" [11, с. 17], мають вищу юридичну силу щодо рішень Рад депутатів, на території яких він проводиться. Переглядаючи коло питань, що можуть виноситись на місцеві референдуми (ст. 4 та 6 Закону України "Про всеукраїнський…."), можна зауважити їхню у більшій мірі індивідуально правову спрямованість. Це вимагає при моделюванні системи нормативно-правових актів України звертати увагу лише на рішеннях місцевих референдумів, що мають нормативний характер.

Необхідність включення виділених актів прямого народовладдя до системи нормативно-правових актів України підтверджується також і ст. 44 Закону України "Про всеукраїнський….", відповідно до якої Закони, інші рішення, прийняті референдумом, обнародуються у встановленому законодавством України порядку опублікування правових актів Верховної Ради України та місцевих Рад депутатів і вводяться в дію з моменту їх опублікування, якщо у самому законі, рішенні не визначено інший строк.

Надання правовим актам нормативного характеру, що є результатом функціонувуання інститутів прямої демократії, статусу нормативно-правових актів зобов'язує внести зміни до Указу Президента України "Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності" та затвердженого постановою Кабінету Міністрів України "Порядку ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та користування ним", в яких має бути закріплено правила оприлюднення, набрання чинності та реєстрації законів та рішень нормативного характеру всеукраїнського референдуму. Потребує також доповнення Закон України "Про місцеве самоврядування", в якому має встановлюватись верховенство і правила дії актів місцевого волевиявлення.

11) *рішення місцевих рад та їх виконавчих органів*. Стаття 144 Конституції України надає право органам місцевого самоврядування приймати рішення, які є

обов'язковими для виконання на відповідній території. На виконанння своїх завдань і функцій, в межах компетенції, визначеної ст. 26 Закону України №280/97-ВР від 21.05.1997 р. "Про місцеве самоврядування в Україні", місцеві ради можуть приймати як індивідуально-правові (наприклад, щодо дострокового припинення повноважень депутата ради), так і нормативно-правові (встановлення місцевих податків і зборів) рішення. Аналогічно як індивідуально (наприклад, видача ордеру на заселення жилої площі в будинку державної організації), так і нормативно-правові (наприклад, встановлення тарифів щодо оплати комунальних та транспортних послуг) рішення приймаються виконавчими комітетами сільських, селещних та міських рад з питань, передбачених ст. 27–40 вказаного закону. Отож, якщо вести мову про можливість включення до системи нормативно-правових актів України рішень місцевих рад та їх виконавчих органів, то *лише із дотриманням вимоги їх нормативного характеру*. Розмежовуючи правові акти місцевої влади, доцільно по-різному визначати момент набрання ними чинності – нормативно-правові з моменту опублікування, правозастосувальні – прийняття чи отримання адресатами (що законодавчо закріпити).

12) *розпорядження сільських, селещних, міських голів, голів районних у містах, обласних рад* відповідно до п. 8 ст. 59 Закону України "Про місцеве самоврядування в Україні" є актами посадових осіб місцевого самоврядування. Ознайомившись із повноваженнями сільського, селищного, міського голови, (вказаних у ст. 42 Закону), голів районних, обласних, районних у містах рад (визначених ст. 55 Закону), ми зауважили, що переважна більшість із них втілюється в життя через правозастосування. Правотворчі повноваження цих суб'єктів мінімальні. Тому відносити дану групу правових актів до нормативно-правових можна лише за умови *нормативності*.

Помимо названих видів науковці, як зазначалось, виділяють і нормативно-правові акти локального характеру – накази керівників державних підприємств, установ, організацій; комерційних формувань (наприклад, статути чи правила внутрішнього трудового розпорядку). За своїми характеристиками дані акти, певним чином наділені ознаками нормативно-правових – містять норми (формально обов'язкові правила поведінки) певного не персоніфікованого кола суб'єктів, не вичерпуються кількістю застосувань. Водночас вони створюються суб'єктами, які у принципі не належать до категорії правотворчих; стосуються винятково осіб, які "пов'язані" правовідносинами лише з конкретним підприємством, установою тощо; дуже часто є результатом спільної волі працедавця і працівників, тобто є своєрідною формою договору (згадаймо, передбачену ст. 142 Кодексу законів про працю України вимогу про затвердження правил внутрішнього трудового розпорядку трудовим колективом за поданням власника або уповноваженого ним органу). Може у силу саме цих моментів у нормативно-правових актах України, які регламентують питання реєстрації нормативно-правових актів, у проекті Закону України "Про нормативно-правові акти" вказані локальні акти нормативного характеру не згадуються. Як бути у цій ситуації? Можливо і варто локальні нормативно-правові акти, виходячи із того, що вони закріплюють важливі соціально-економічні та й інші права громадян України, віднести до системи нормативно-правових актів України. У такому разі, вони також мають підлягати певній реєстрації за особливою процедурою у місцевих управліннях юстиції, що слугуватиме своєрідною формою захисту конституційних прав людини.

Похідною від системи нормативно-правових актів є і їх ієрархія залежно від юридичної сили. Першу спробу змоделювати і нормативно закріпити ієрархічно

упорядковану систему нормативно-правових актів України зроблено в проекті Закону України "Про нормативно-правові акти". Погоджуючись із запропонованою у ст. 7 законопроекту вертикальною структурою нормативно-правових актів України, видається за доцільне доповнити її окремими складовими.

Як ми уже зазначали, можливо варто на друге місце, після Конституції України, поставити закони та рішення нормативного характеру, прийняті всеукраїнським референдумом. Хоча стаття 45 Закону України "Про всеукраїнський та місцеві референдуми" і передбачає особливий порядок зміни або скасування законів, інших рішень, прийнятих всеукраїнським референдумом, що гарантує певне верховенство актів волевиявлення народу, видається за необхідне це нормативно закріпити. І у випадку виникнення суперечностей (колізій) між законом, прийнятим на референдумі, і законом прийнятим парламентом вищу юридичну силу буде мати саме перший. Інакше може мати місце ситуація, коли приписи нормативно-правового акта як волевиявлення українського народу, який є загальним актом, будуть уступати приписам нормативно-правового акта Верховної Ради України, що є спеціальним актом (як прийнято на рівні юридичної науки та практики і вказано у ст. 71 проекту Закону України "Про нормативно-правові акти").

Ще одне дискусійне питання в контексті сказаного – співвідношення нормативних результатів референдуму з Основним Законом (ми уже згадували результати референдуму в Україні 2000 р. щодо кількісного складу Верховної Ради України). Що "сильніше" - норма, що відображає волю більшості українського народу, чи конституційна норма прийнята нехай і кваліфікованою більшістю парламенту (за винятком внесення змін до розділів I, III, XIII Конституції), який обраний цим народом і має представляти його інтереси? Напевно, норма, що є результатом всенародного волевиявлення. Але у такому випадку закони і рішення всеукраїнського референдуму, що стосуються конституційних положень, змінюють, доповнюють і конкретизують їх, треба ставити на перше місце в ієрархічній системі нормативно-правових актів України. Виходячи із існуючих правових традицій щодо верховенства Основного Закону скоріше ні. Однак підпункт 1 п. 1 ст. 7 проекту Закону України "Про нормативно-правові акти" треба викласти у редакції, яка забезпечить верховенство влади народу: "Конституція України в системі нормативно-правових актів України має найвищу юридичну силу. Закони про внесення змін до Конституції України, закони і рішення, прийняті референдумом, які змінюють конституційні норми, є невід'ємною частиною Конституції України".

На основі наведеного можна запропонувати наступну систему нормативно-правових актів України, похідною від якої буде і їх ієрархія:

- Конституція України, закони про внесення змін до Конституції України, закони і рішення прийняті референдумом, які змінюють конституційні норми;
- закони та рішення нормативного характеру, прийняті всеукраїнським референдумом;
- кодекси та закони України;
- постанова Верховної Ради України нормативного характеру;
- укази Президента України;
- постанови Кабінету Міністрів України;
- нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади та їх територіальних складових;
- нормативно-правові акти інших органів державної влади;
- постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим;
- постанови Ради міністрів Автономної Республіки Крим;

– накази міністерств та інших республіканських органів виконавчої влади Автономної Республіки Крим нормативного характеру;
– нормативні розпорядження голів місцевих державних адміністрацій;
– рішеннях місцевих референдумів, що мають нормативний характер;
– рішення місцевих рад та їх виконавчих органів нормативного характеру;
– розпорядження сільських, селещних, міських голів, голів районних у містах, обласних рад нормативного характеру;
– локальні нормативно-правові акти.

Не входять до системи нормативно-правових актів, однак впливають на їх ієрархічну вертикаль, на думку розробників проекту Закону України "Про нормативно-правові акти", чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Висловлення, яких-небудь міркувань з цього приводу у силу багатоаспектності питання потребує окремого наукового дослідження.

Чітке та належне нормативне закріплення системи нормативно-правових актів України буде мати не стільки теоретичне, скільке практичне значення; буде слугувати одним із засобів забезпечення ефективного правового регулювання суспільних відносин. Юридичне визначення системи нормативно-правових актів України і їх ієрархії має поєднуватись із внесенням змін до чинних нормативно-правових актів, що регламентують нормовторчі процедури, насамперед, оприлюднення, реєстрацію та набрання чинності нормативно-правовими актами.

---

1. За останні роки було розроблено декілька варіантів проекту Закону України "Про нормативно-правові акти". Юридичну значимість і важливість для суспільства даного документа можна проілюструвати на прикладі "карти проходження" проекту Закону України №1343-1 від 21.01.2008 р. "Про нормативно-правові акти", поданого до Верховної Ради України у порядку законодавчої ініціативи народним депутатом О.В. Лавриновичем. Проходження проекту за стадіями: одержаний Верховною Радою (21.01.2008 р.); прийнятий за основу (16.09.2008 р.); підготовлений до 2-го читання (01.10.2008 р.); прийнятий Верховною Радою (01.10.2008 р.); пропозиції Президента до проекту (28.10.2008 р.); прийнятий із урахуванням пропозицій Президента (18.11.2009 р.); пропозиції Президента до проекту (22.12.2009 р.); з пропозиціями Президента (13.04.2010 р.); відхилений Верховною Радою (29.06.2010 р.).
2. Луць Л.А. Загальна теорія держави і права. – К., 2007. – 411 с.
3. Скакун О.Ф. Теорія права і держави. – К., 2009. – 520с.
4. Алексеев С.С. Государство и право: учеб. пособие. – М,. 2006. – 152с.
5. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. – М., 2002. – 512с.
6. Коркунов Н.М. Указ и закон. Теория государства и права: Хрестоматия: В 2 т. /Авт.-сост. В.В. Лазарєв, С.В. Липень. – М., 2001. – Т.2. – 604 с.
7. Швачка Г. О. Правова природа нормативно-правових актів Автономної Республіки Крим. //Автореф. дис. ….канд. юрид. наук: 12.00.01. – Харків, 2004. – 20с.
8. При великому бажанні наявна суперечність може трактуватися як підстава для визнання нормативного припису таким, що не відповідає Конституції України.
9. Глущенко Ю.М. Правотворча діяльність місцевих державних адміністрацій та основні напрямки її удосконалення // Автор. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. – К.,2011. – 20 с.
10. Великий тлумачний словник сучасної української мови /уклад. і гол. редактор В.Т. Бусел. – К., 2007. – 1736с.
11. Мурашин О.Г. Акти прямого народовладдя у правовій системі //Автор. дис. докт. юрид. наук. – К., 2001. – 34с.

СИСТЕМА НОРМАТИВНО-ПРАВОВОВИХ АКТОВ УКРАИНЫ: ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ

В. Косович

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье рассмотрено систему нормативно-правовых актов современной Украины. Определены возможные пути ее корекции и дополнения, указаны те изменения в действующих нормативно-правовых актах, которые содействуют усовершенствованию системи.

Ключевые слова: нормативно-правовой акт, система нормативно-правовых актов Украины.

SYSTEM OF NORMATIVE-LEGAL ACTS OF UKRAINE: MAIN COURSES OF ITS IMPROVEMENT

V. Kosovych

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article deals with the current system of normative-legal acts of Ukraine. Possible courses of its correction and amendment are defined; changes to current normative-legal acts of Ukraine, aimed at system improvement, are presented.

Key words: normative-legal act, normative-legal acts system of Ukraine.

Стаття надійшла до редколегії: 04.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ФІЛОСОФСЬКІ УЯВЛЕННЯ, ІСТОРИЧНІ ТРАДИЦІЇ ТА КУЛЬТУРОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ СПРИЙНЯТТЯ СМЕРТІ

А. Найда, О. Малик

Львівський національний медичний університет імені Данила Галицького
вул. Пекарська, 69, 79010 Львів, Україна
Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Проблема життя і смерті завжди була та залишається фундаментальною проблемою людства. Зміни, котрі відбулися у світі наприкінці XX-XXI сторіччя, вкотре змінюють не тільки економіку, але світогляд, ментальність, дають можливість переоцінити цінності. Роздумуючи про смерть, кожне покоління вирішує цю проблему по-своєму, іноді не дивлячись на неготовність свідомості людей до нормального сприйняття доволі неоднозначного аспекту закінчення життя. У частині дослідження ми спробували описати історичні і культурологічні витоки смерті, філософське та соціальне визначення завершального етапу життя кожної людини.

Ключові слова: смерть, традиції сприйняття смерті, філософські концепції смерті, соціальна смерть.

Проблема життя та смерті була і залишається однією з фундаментальних проблем людства. Свої погляди та розуміння аспекту життя-смерть формували, пропагували та утверджували Конфуцій, Будда, Мойсей, Ісус Христос, Мухамед, філософи–моралісти – Сократ, Епікур, Августин Блаженний, Тома Авкінський, Григорій Сковорода, Кант, Ніцше, Толстой та багато інших.

MEMENTO MORI! – Пам'ятай про смерть! – таким привітанням здавна обмінювались при зустрічі монахи ордену трапістів, заснованого у 1664 році. В усі часи цей вислів був нагадуванням людині про вічні істини. Актуальність дослідження проблем танатології зумовлена факультативністю смерті для кожної людини, оскільки смерть ніколи не можна пізнати до кінця. Окрім того, людина не може миритися з саморуйнуванням досконалості, якою себе вважає. Звідси пильна увага і до себе, і до смерті. Для інтелектуалів і віруючих смерть є "надихаючим генієм" (Сократ), "музагетом" (Шопенгауер) філософії. Роздумуючи про смерть, кожне покоління по-своєму вирішує проблеми цього і потойбічного світу: сенсу життя, свободи волі, межі життя та смерті. Нарешті, знання форм культури смерті різних народів формує толерантність, пошану до чужої культури і звичаїв.

Ставлення до смерті є визначальною характеристикою національної культури і медичної зокрема. Фізіологізація, медикалізація смерті – це надбання вульгарно-матеріалістичної, атеїстичної епохи. Саме за цих причин страх смерті набрав таких розмірів, що сприймається як надприродна катастрофа, агресивне втручання в життєвий план. У національно-духовній традиції танатотерапевтичну функцію здійснювали переважно в родинному колі, проте у час кризи інституту сім'ї, в умовах тотального державного патерналізму людина все частіше прощається з життям в лікарнях, в оточенні безіменних лікарів і медсестер.

Сьогодні питання життя і смерті також інтригує, спонукає до пошуку нових філософських концепцій, релігійних напрямків. Шкода, що немає вітчизняної літератури по танатології в її широкому розумінні.

© Найда А., Малик О., 2011

Метою дослідження – визначення терміну “смерть”, який застосовують у практиці філософи, юристи, соціологи, його історичні та етичні аспекти.

Науково-теоретичною основою дослідження слугували праці з філософії, різних галузей медицини. Комплексна робота об’єднує соціологію, психологію, право, філософію, культуру, медицину, педагогіку. Застосовували формально-логічний, системно-структурний, історичний та порівняльний методи дослідження.

Результати та їх обговорення

І. Філософсько-релігійні уявлення про смерть. Більшість народів фаталістичні в питаннях, які стосуються смерті: “Від смерті немає порятунку і відмовок”. Цю думку прекрасно висловив Расул Гамзатов: “Для смерті у світі тисячі причин : хвороби, старість, холод, спрага” [3]. Смерть завжди знаходиться поряд з людиною. Вважалося, що ніхто добровільно, перенаситившись, цей світ не покидає. [14]. Народ умів виділяти тих, хто прийняв тільки фізичну, а не соціальну смерть, і тому залишився в пам'яті нащадків. Про таких говорили: “На кладовищі лежать і живі померлі”, це ті, чиїми думками і справами досі живе етнос.

Смерть як менталітетоутворюючий аспект дуже важлива, оскільки все життєвозмістовне, ціннісне фокусується на цьому терміні. Смерть – явище сумне, усі відчувають біль і невимовну втрату у зв'язку із смертю близької людини, проте етикет, зазвичай, вимагає стриманості почуттів. Водночас померлого шанують, навіть якщо він ворог, його шкодують, йому пробачають гріхи. Етикетні приписи ушляхетнювали поведінку живих, в етикеті конкретизувались загальнолюдські цінності та ідеї гуманізму, етична поведінка і свідомість окультурювали людину.

Культура помирання і прощання з померлим має глибоке коріння. Суперечливим є опис смерті та пов’язаних з нею обрядів на Русі по Ібн-Фадлану: після смерті багатої людини вибирають одну з служниць, і вона, за звичаєм древніх русів, повинна була поєднуватися в любові з його друзями і родичами. При цьому друзі померлого просили дівчину передати слова: “Скажи своєму панові: “Правда ж, я зробив це з любові до тебе”, оскільки вважалося, що служниця (рабиня) у потойбічному світі зустрінеться з ним. Дівчину супроводжувала, не залишаючи ні на хвилину, старша за віком жінка як символ ангела смерті. У кінці церемонії, сп'янивши її зіллям, убивала і клала поруч з паном. Їх обох спалювали на ватрі (вогнище) [24].

Згодом слов'яни стали сприймати смерть як вищу невідому і таємничу силу, тоді як раніше вона була “голодною”, “нерозумною”, “неосудною”, “смертю-злочинницею”, “змією лютою”, “кровопивкой кровожерною” і поводилася, як людина, приходила, не стукаючи і не запитавши. Вона могла легко змінювати вигляд: бути соколом, вороном, лебедем, калікою, перехожим, дівчиною або жінкою в білому одязі. “За повір’ям слов’ян, смерть і хворобу ототожнювали з демонічними старшого віку жінками (Морена, Мара, Куга, смертниця)” [5а]. В.И. Єрєміна зазначає: “Згідно давніх уявлень, смерть, як і все живе, була смертна, а тому її повинні похоронити так само, як мертвого” [5б]. У древніх текстах зустрічаються як атавізми колишніх цивілізацій способи умертвіння людей старечого віку голодом. Згідно з деякими текстами “Нартів”, таких людей скидали з гори або давали їм випити з чаші отруту, лісові люди залишали їх у гущавині в санях [5в].

Вважали, що на Пасху Бог звільняє усіх грішників від мук і відпускає їх душі до Проводів до близьких. Тому в ці дні відвідували цвинтар і на могилі покійного залишали їжу для його душі. Роздача милостині, згадуючи душі померлих, мала велике значення: вважалося, що через цю дію утворюється контакт між живими і

померлими. Усе робилося для того, щоб "вмилостивити" померлих, щоб вони підтримували тих, котрі живуть, оберігали їх [7], оскільки вважалося, що мертві сильніші за живих. Традиційне ментальне розуміння природи смерті в русинів і казаків протягом століть змінювалося. На уявлення про смерть, на соборування і проводжання померлого впливала релігія, досягнення культури і цивілізації. Смерть тут як початок очищення: чи то вогнем, чи то соборуванням через сповідь, чи то словом, чи то поминаннями. Характерно для Русі також і те, що община не робила з померлих богів, не здійснювала для них надпишних поховань, не зводила в їх честь піраміди. Тут спрацьовували стереотипи мислення общинника: як всі рівні за життя, так всі рівні після смерті. В той же час в Росії після очищення, після смерті можна було бути зарахованим до святих, якщо праведно прожите життя у миру, це в традиціях російської народної ментальності - оцінювати людину після її смерті через призму моральності, альтруїзму, мужності до незгод.

У російському богослов'ї є давно розроблена концепція смерті. Ментальні підоснови цього вчення оприлюднені в працях П.І. Рогозіна і св. Ігнатія Брянчанінова [11,12, 16, 19]. Смерть, по Рогозіну, – "найогидніше явище в природі, про неї люди зазвичай не бажають згадувати, відмовляються говорити і всіляко уникають про неї думати", це майже заборонена тема, оскільки думки про смерть отруюють усі наші земні радощі. "Смерть – це те єдине, з чим людина не здатна, не може погодитися, примиритися, визнати її цілком природною і нормальним явищем". Бог не створював людину для смерті, але вона рано чи пізно наздоганяє нас і холоднокровно здійснює свою моторошну справу наперекір нашому інстинкту самозбереження, нашій логіці, волі і здоровому глузду, говорить автор [16]. Смерть – це, по-християнськи, розлучення душі з тілом, які були сполучені Божою волею. Внаслідок нашого "падіння" смерть розлучає душу і тіло, тіло перестає бути нетлінним (хоча Бог, згідно православ'я, створив нетлінним і тіло). Тоді виходить, що смерть - це страта безсмертної людини, которою він уражений за проступки чи непослух Богові [11].

Іслам, в який вірять 500 мільйонів людей, визнає існування ахирет – замогильного життя. По менталітету мусульман, в Судний день Аллах воскресить померлих, оскільки, вважається, що життя людини коротке, що закінчити незавершене вона може, лише повторно повернувшись на цей світ. Віра в замогильне життя надає сенс існуванню мусульманина. Мусульманські уявлення про смерть не є позакультурними явищами, а мають свою логіку, виправдану ментальність. Важливо зазначити, що для мусульман померлий і його ім'я оточені святістю, пошаною. Померлий, хоч і не живий, але в очах живих він ще особистість, він існує під заступництвом Аллаха, з його ім'ям, з його думками і справами рахуються під час вирішення земних проблем. Протягом деякого часу мусульмани живуть з оглядкою на те, що б сказав померлий про ту чи іншу поведінку живих.

Зараз час ренесансу релігій. Як відомо, смерть підводить риску життю. Останні істини часто відкривалися людям перед смертю. Сама по собі смерть абсурдна для раціоналізму і навіть для екзистенціалізму. Сартр про таке зазначав: "Безглуздо, що ми народжуємося, і безглуздо, що ми помираємо" [22а,б]. Смерть – це індивідуальний досвід, а у нас немає досвіду смерті, і щоб ми про неї не вигадували - це усього лише сурогат, вважав Камю [6]. Смерть як особлива тема для усіх філософів Заходу і Сходу, відкривалася їм в різних своїх іпостасях і ликах, розцінювалась невід'ємною частиною життя людського роду. Проблеми свободи волі, сенсу життя, людської доброти і жорстокості, ейтаназії, біоетики супроводжують тему смерті і вирішуються разом з проблемою її сутності.

Смерть, з поетичного бачення Розанова, це "арктичний полюс, пелена снігу, і нічого більше", "смерть - це кінець сходженню паралельних ліній, смерть долає навіть математику", – робить глобалістично-космологічні висновки Розанов [17а], це те, що ми називаємо перетворенням Всесвіту у момент її стискання в одну точку. "Справжньої серйозності людина досягає тільки, коли помирає" [17б], тоту що на смертному одрі людині не треба лукавити, і у цей момент як осяяння приходить до неї сенс життя.

Думки Розанова по-своєму розвиває Н.О. Лосский – один з російських філософів зарубіжжя, який створив цілісну філософську систему. У цій системе особливе місце займають його думки про смерть. Передусім він з болем і гіркотою в серці спостерігає за подіями у своїй батьківщині: "Смерть діє в царстві Ворожнечі", - пише мислитель про СРСР. Філософськи і християнськи обдумує те, що відбувається в Радянській Росії та помічає: "Член царства ворожнечі сам прагне стати Абсолютним" [10], будь-який чиновник стає свого роду місцевим божком, а сам Сталін - богом народу. При цьому відбувається рух свідомості народу назад, на думку Лосского, відміняється будь-яка прогресивна діяльність і повертається в минуле, а це і є смерть.

Ідеї російської філософської танатології по-своєму (релігійно-екзистенціалістично) продовжив і доповнив один з найбільших філософів XX сторіччя Н.А. Бердяєв. Російський філософ-християнин обдумував тему смерті, коли розглядав питання суті особистості, суті екзистенцій любові і творчості. Бердяєв, як і Лосский, вважав, що із смертю коханої людини духовні зв'язки з нею не втрачаються. Загалом людина пройшла довгий шлях боротьби проти рабства: спочатку була рабою природи, згодом – держави, нації, техніки, суспільства. Реалізація особи це подолання всякого рабства [2], останнє рабство – рабство смерті – людина також повинна перемогти. Це можливо, якщо прийняти таємниці смерті, не відкидаючи смерть, а пізнавши її через науку, психоаналіз чи інші методи, вважає Бердяєв.

ІІ. Історично-етнічні традиції сприйняття смерті. Древні єгиптяни, як жоден інший народ у світі, серйозно готувалися до "життя" після смерті. Задовго до неї вони зводили піраміди і, найголовніше, психологічно налаштовувалися долати страх смерті за принципом: "Хто навчився помирати, той розучився бути рабом". На думку И.Г. Лівшіца, "вічного життя після смерті, за єгипетськими переконаннями, можна було досягти тільки у тому випадку, якщо померлого єгиптянина похоронено в єгипетській землі з дотриманням усіх необхідних заупокійних обрядів і ритуалу" [8]. Згідно ментальності древніх єгиптян, кожна людина мала свого неділимого двійника - *ка*. Після смерті людини його *ка* залишалося в гробниці. Як пише Н.А. Померанцева у своїй монографії "Естетичні основи мистецтва Стародавнього Єгипту": "*Ка*, яке мешкало в гробниці, будучи всюдисущим, залучало померлого до вічності. Людина, яка стала таким чином часткою космосу, сама ставала мікрокосмосом… …її образ уподібнювався божественній іпостасі". Вважалося, що, чим вища піраміда, споруджена над померлим, тим легше буде його душі піднятися по східцях піраміди до Сонця і злитися з ним. Життя, смерть і відродження – усе розписано, як фази, в яких чергуються буття і небуття, "кожен повертається туди, звідки прийшов, наслідуючи стадії перевтілення, щоб знову з'явитися в новій якості" [13].

Дещо по-іншому сприймали смерть греки. Смерть для древнього грека - явище неприємне, але очікуване, причому очікуване не із страхом, а стійко. Життєлюбні греки вважали, що краще бути останнім рабом на цьому світі, ніж примарою в Аїді.

Поховання тіла було священною справою: заспокоювалася душа померлого і вони більше не турбували і не мучили совість живих [1]. Древні греки вважали, що "герой після смерті міг одночасно бути вознесений на острова Блаженства і в той же час міг понуро блукати або тінню, або примарою, або душею у напівтемряві Аіда" [4]. Ментальність греків поєднувала смертність і безсмертя, зникнення назавжди і появу інколи. Смерть була ніби відома усім; але ніхто не міг пізнати її до кінця. В Аїді померлі не були безпредметними речами - смерть розглядали як частину циклу природи і суспільства. Якщо усунути смерть виникав дисбаланс, диспропорція в круговерті "життя-смерть", і Зевс негайно цей цикл відновлював. Щоб життя тривало, потрібна і смерть віджилого, - до такого висновку прийшли свого часу древні греки.

Проте в епоху античності позитивно ставились до самогубства як до акту добровільного вибору, вільного вчинку, що доводить особисту віру того, хто це робить, в несуттєвість смерті та безсмертя людської душі. Так вчинили Сократ, Діоген, Сенека [18а]. За часів античності розрізняли три види смерті. Перший - вільне самогубство. Дуже рідкісний вид відходу з життя, що не схвалюється суспільством і народними масами, які в більшості своїй не хотіли і не могли розбиратися в нюансах почуттів і бажань, в ірраціональних мотивах, в психології ірраціонального мислення і поведінки. Крім того, суїцид був заборонений і законами самого полісу (міста). Ця заборона аргументувалася тим, що кожен громадянин полісу був його опорою, "частиною громадського тіла міста". Після втрати окремої особи порушувався ритм його життя, тому система не могла такого допускати. Другий вид смерті - приношення в жертву богам і героям полонених або своїх дітей. Так, Ахіл на похоронах свого друга Патрокла приносить в жертву полонених троянців. При цьому жертви прирівнювались до тварин. Цей нелюдяний вид умертвіння має початок ще від родового і навіть стадного способу життя. За ментальністю древніх греків, така смерть - найдорожча ціна за життя померлого, найвартісніша, оцінювана богом вище за інші жертвопринесення, яку згодом замінили жертвою биків, овець і кіз. Третій вид смерті - відхід, природна смерть видатного громадянина полісу. Його смерть "розглядається як перемога над смертю, як тріумф, а не як поразка. Така смерть не потребує трауру і, таким чином, не містить у собі скверни". Могила цієї людини служить вівтарем, і замість оплакування померлого його потрібно вітати [18б]. Померлий отримував очищення через обмивання перед дорогою в Аїд.

Древні римляни, виховані на старогрецькій культурі, багато сприйняли і від їх культури смерті. Мани були жителями ареального світу [25]. За римськими уявленнями, існували три світи: світ богів, світ людей і світ мертвих. Останній був населений діючими, то помираючими, то воскресаючими померлими.

В епоху елінів питання сутності смерті вирішувалося мислителями по-особливому. Так, для Епікура і його школи смерть, це біль, яка не примушує себе довго чекати, вона абсолютна анестезія, бездушність. "Смерть – зло тільки для тих, хто помиляється стосовно неї. Оскільки людина – це душевний склад у складі тілесному, то смерть – не що інше, як розпад цих з'єднань; причому, розпилюючись всюди, свідомість і чуттєвість втрачаються і від людини нічого не залишається" [15].

Ставлення до смерті в країнах Сходу ми розглянемо на прикладі Китаю. Це пов'язано з тим, що саме тут в найбільш класичній формі розвинений культ предків. Китайці засуджували суїцид. Жива людина, що замислила самогубство, ображала своїх предків: "залишала їх без годувальника". Китайці визнавали тільки

таке самогубство, після якого тіло збереглося неушкодженим, тобто важлива була цілісність тіла. Людина могла накласти на себе руки за допомогою отрути, голоду, задухи, але ні в якому разі відсікати голову чи розчленовувати тіло [20а]. Проте, як не прикрашали китайці процес похоронів, як дбайливо не доглядали могили, вони все таки більше любили життя і рух, ніж смерть. Так, наприклад, стверджувало прислів'я: "Краще бути живим бідняком, чим мертвим імператором" [20б]. Таким чином, китайська цивілізація за тисячоліття своєї еволюції розробила власну, особливу культуру смерті. Вона стає зрозумілою лише у світлі вчення Конфуція, який закликав наслідувати старовину, шанувати старших. Суспільство, що ставить на перше місце старшого, особистість, людину, може розраховувати на вічність, і в цьому, мабуть, і полягає один з секретів довговічної стійкості китайської цивілізації.

Одною з особливостей, притаманних українській духовній культурі, є те, що її зміст не в теоретичних міркуваннях чи метафізичних роздумах, а у формі метафор, символічних фігур, образів. В українській культурі смерть це і таємниця, і нерозгадана загадка життя, і неминучий фінал усього живого, і приреченість, що висить над людиною як зашморг над братами у новелі В. Стефаника "Басараби". Таке бачення також наочно демонструє монолог смерті в українській інтермедії XVIII сторіччя "Смерть, воїн і хлопець" [23]. Смерть і життя рівнозначні – приреченість людини на смерть є її приреченістю на життя. Григорій Сковорода вчив, що життя у формі плоті лише "брехня непостійна й оманлива". Істинне життя за межами тіла. Ще з дохристиянських часів для української духовної культури смерть як перехід в основу всього існуючого є свідченням універсального зв'язку всього з усім – матеріального й духовного, досвідного й трансцендентного. Цей погляд на життя і смерть ґрунтується на вкоріненому в народі переконанні, що нас і світ поза нами поєднує вища сила, яка впливає на перебіг подій і визначає долю кожного [21]. У 1956 році видана монографія Митрополита Іларіона "Дохристиянські вірування українського народу", у якій окремим розділом висвітлене ставлення наших предків до смерті та життя. Культ предків починається від вірування у нероздільність душі й тіла після смерті. Перебуваючи на "тому" світі, людина стає могутнім охоронцем родини, помічником. Оскільки душа залишається в тілі після переходу людини в інший світ, у могилу складали все необхідне для життя [9].

III. Феномен соціальної смерті. За останні роки в науці помітний великий інтерес до феномену соціальної смерті. Ця форма смерті відома і у минулому. В давнину вона проявлялася як вигнання людини з роду за недотримання його заборон. Вигнаний з роду ставав живим мерцем, він був нічийний: "свій – чужий", рід його не захищав і за його життя не відповідав. Будь яка людина могла його убити, схопити, продати в рабство. Рабство сприймалося як стан приниженого положення, а також як форма живої смерті. Відкрите презирство вільнонароджених, життя, яке залежить від примх хазяїна, зводили рабів до положення предмету, декору, обстановки багатих і вільних. Але і над вільними висів остракізм як дамоклів меч. Особа, піддана остракізму чи висилки імператором, також була за межами захисту закону, поза фізичним захистом рідних стін. Людина ставала свого роду живим мерцем, оскільки була відірвана від культури і цивілізації рідного міста. Живими мерцями були і полонені: життя і простих, і знатних полонених ставало нестерпним, втративши свободу, вони "втрачали" і своє лице, і свою гідність.

Проте серед вільних і благородних теж були живі мерці - це збезчещені. У феодальному періоді честь імені, честь жінки ставили вище від життя.

Капіталізм свого часу спричинив відчуження, з'явилися натовпи самотніх людей. Самотність (добровільна чи недобровільна) також є проявом неповного життя, свого роду вид живої смерті. Ринкові відносини спричинюють велику кількість безробітних; безвихідь, бездіяльність і "викинутість" з суспільства формують стан живих мерців, особливо якщо вони опускаються до клошарів, бомжів.

Дві світових віни XX сторіччя породили нові форми живої смерті : це боязкість на війні (а згідно народної приказки, боягуз помирає не один раз), а також психічні хвороби як синдроми воєн. Війна часто породжує еміграцію як нову форму соціальної смерті. За словами сучасного письменника В. Аксєнова, "Еміграція тяжкий, жахливий досвід, і я не раджу його пробувати… Еміграція схожа на власні похорони" (Загальна газета. – 1998. – № 25. – С.15).

Жахливі тоталітарні системи, з їх дослідами медикаментозного втручання в психіку людей, породили свого роду зомбованных людей, ідеологічно сліпих роботів справи. Усі вони були живими мерцями. Але і серед еліти, номенклатури також траплялися казуси: хворий і немічний генсек, деякі прозаїки і поети. Фізично вони були ще живі, але соціально - вже безнадійно мертві, оскільки розрив між їх словами і дійсністю надто великий. Такі люди фізично пережили себе, своє ім'я, свої ідеї, ставали смішними і водночас небезпечними. Тому народ правий, кажучи: " І серед живих є мертвіші мертвих"; "І серед мертвих є живі".

Істинна смерть, по Чаадаєву, знаходиться в самому житті, оскільки половину життя ми буваємо мертві, і при цьому не гіперболічно, не в уяві, а дійсно [26], тобто ми спимо або не діємо, знаходимося в стані, який пізніше назвуть "обломовщиною" - в стані соціальної смерті, виключенності з життя суспільства і природи, поступового отупіння, яке спричиняє згодом і фізичну смерть.

Висновки і пропозиції

Ні на сонце, ні на смерть не можна дивитися пильно (Франсуа де Ларошфуко)

Більшості сучасних людей властиво сторонитися всього, що поєднане із смертю. Сьогодні більшість народжується і вмирає вже не під дахом рідного будинку, а в клініках і лікарнях. Передовіривши себе охороні здоров'я, людина отримала ілюзорне звільнення від проблем, велике таїнство смерті стало в основному обтяжливим обов'язком, думати та міркувати про власну смерть не прийнято. У сучасному суспільстві спостерігається тенденція витіснення смерті з колективної свідомості, коли, за твердженням західних соціологів, суспільство поводиться так, ніби взагалі ніхто не вмирає, і смерть індивіда не робить ніякого пролому в структурі суспільства. У найбільш індустріалізованих країнах Заходу смерть людини обставлена так, що вона стає справою одних тільки лікарів і підприємців, зайнятих похоронним бізнесом.

Великий французький мислитель Мішель Монтень (1533–1592) радив: "Позбавимо смерть її загадковості, придивимося до неї, привчимося до неї, роздумуючи про неї частіше, ніж про що-небудь інше... Так чинили єгиптяни, у яких був звичай вносити до урочистої зали, разом з самими кращими наїдками і напоями, мумію якого-небудь небіжчика, щоб вона служила нагадуванням для тих, хто бенкетує... Хто навчився вмирати, той розучився бути рабом. Готовність померти позбавляє нас усякого підпорядкування і примушення..." Для підготовленої людини смерть це природний фінал життєвого шляху, а не безвихідний крах. До такого підсумку схильні в багатьох країнах. Лунає все більше голосів про необхідність спеціальної підготовки з дитинства, розвивається спеціальна наука – танатологія, у ряді країн спеціальні курси з

проблем смерті і вмирання включені в навчальні плани багатьох університетів не тільки на факультетах медицини, але і психології, філософії і права. Проблема смерті вивчається не тільки медиками і біологами, але і етнографами: похоронні обряди, символіка, фольклор і міфологія є важливим засобом для розуміння народних звичаїв і традицій. Вивчають цю проблему і археологи, які на основі матеріальних решток далеких епох намагаються реконструювати характер поховань і уявлення стародавніх людей про смерть і потойбічний світ. Багато разів зустрічалися з темою смерті історики літератури. Реальна ця проблема і для філософів. Смерть – один з корінних параметрів колективної свідомості, а оскільки останнє не залишається в ході історії нерухомим, то зміни ці не можуть не віддзеркалитись також і в зрушеннях ставлення людини до смерті.

1. Анакреонт. Поредели, побелели // Античная литература. Греция. Ч. 1. – М.: Высш. шк., 1989. – С. 121.
2. Бердяев Н.А. Философия свободного духа. – М.: Республика, 1994. – С. 314.
3. Гамзатов Р. Четки лет. – М.: Худож. лит., 1986. - С. 48.
4. Голосовкер Я.Є. Логика мифа. – М.: Наука, 1987. – С. 17.
5. Еремина В.И. Ритуал и фольклор. – М.: Наука, 1991. – С. 22 а, 23 б, 30 в.
6. Камю А. Бунтующий человек. – М.: Политиздат, 1990. – С. 31.
7. Куракеева М.Ф. Семейная обрядность казаков. – Черкесск, ИПИ, 1996. – С. 79.
8. Лившиц И. Г. Комментарии // Сказки и повести Древнего Египта. – Л.: Наука, 1979. – С. 189.
9. Ломницька М. Концепція життя і смерті у дохристиянських віруваннях українців // Матер. круглого столу 28 травня 2005 року "Проблема людської вітальності в філософії і медицині". – Львів, 2010. – С.13, 14.
10. Лосский Н.О. Избранное. – М.: Правда, 1991. – С. 414.
11. О часе смертном: христианское отношение к смерти. – Днепропетровск: Принтекс, 1996. – С.2.
12. Полный перечень грехов. – М.: Лествица, 1996.
13. Помаранцева Н. А. Эстетические основы искусства Древнего Египта. – М.: Искусство, 1975. – С. 52.
14. Пословицы и поговорки народов Карачаево-Черкессии. – Черкесск, 1990. – С.101, 107.
15. Реале Д., Антисери Д. Западная философия от истоков до наших дней. Античность. – СПб.: Петрополис, 1994. – С. 187, 188.
16. Рогозин П.И. Существует ли загробная жизнь? – Б.м.: Изд-во "Христианин", 1982. – С. 13.
17. Розанов В.В. Уединенное. – М.: Политиздат, 1990. – С. 89 а, 142 б.
18. Руднев В. Культура и смерть // Даугава. – 1991. – № 3-4. – С. 169-172 а, 104 б.
19. Семь смерных грехов. – М.: Новая книга, 1996.
20. Сидихменов В. Я. Китай: страницы прошлого. – М.: Наука, 1978. – С. 276 а, 105 б.
21. Скринник М. Образ смерті як зворотний бік життя в українській духовно – культурній традиції // Матер. круглого столу 28 травня 2005 року "Проблема людської вітальності в філософії і медицині". – Львів, 2010. – С. 9,10.
22. Смерть // Философский словарь / Пер. с нем. – М.: Иностр. лит., 1961. – С. 536 а, 537 б.
23. Українські інтермедії XVII-XVIII ст. – К., 1960. – С. 192.
24. Фадлан И. Путешествие на реку Итиль. – М.:Мифи-сервис, 1992. – С.49.
25. Фрейденберг О. М. Миф и литература Древности. – М.: Наука, 1978. – С. 41.
26. Чаадаев П. Я. Статьи и письма. – М.: Современник, 1989. – С. 168.

ФИЛОСОФСКИЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЯ, ИСТОРИЧЕСКИЕ ТРАДИЦИИ И КУЛЬТУРНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ВОСПРИЯТИЯ СМЕРТИ

А. Найда, О. Малык

Львовский национальный медицинский университет имени Даниила Галицкого
ул. Пекарская, 69, 79010 Львов, Украина
Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Проблема жизни и смерти всегда была и остается фундаментальной проблемой человечества. Перемены, происходящие в мире в конце XX – начале XXI века, в очередной раз изменяют не только экономику, но и образ мышления, ментальность, дают возможность осуществить переоценку ценностей. Размышляя о смерти, каждое поколение решает эту проблему по-иному, часто невзирая на неготовность сознания многих к нормальному восприятию столь неоднозначного аспекта конца жизни. В части исследования мы попытались описать исторические и культурологические истоки смерти, философское и социальное определение заключительного этапа жизни каждого человека.

Ключевые слова: смерть, традиции восприятия смерти, философские концепции смерти, социальная смерть.

PHILOSOPHICAL CONCEPTION, HISTORICAL TRADITIONS AND CULTUROLOGICAL PECULIARITIES OF DEATH PERCEPTION

A. Naida, O. Malyk

Danylo Galyts'kyi National Medical University of Lviv,
Pekars'ka Str. 69, UA – 79010 Lviv, Ukraine
Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

Issues of life and death have always been fundamental for the humanity. World changes of the late XX-XXI centuries, influence economy, as well as mentality and gives possibility to overestimate the values. Thinking about death, each generation resolves this problem differently, sometimes without taking into consideration non-readiness of human-being conscience to understand ordinary aspect of life finishing. In this research, we attempted to describe historical and culturological sources of death, philosophical and social definition of every human-being finishing stage.

Key words: death, traditions of death perception, philosophy conceptions of death, social death.

Стаття надійшла до редколегії: 25.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

ЖИТТЄВИЙ І ТВОРЧИЙ ШЛЯХ ПРОФ. В.С.КУЛЬЧИЦЬКОГО (1919–2009)

І. Бойко

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті висвітлено найважливіші етапи життєвого шляху наукової, педагогічної та громадської діяльності видатного вченого-правознавця в галузі історії держави та права, доктора юридичних наук, заслуженого юриста україни, заслуженого професора Львівського національного університету імені Івана Франка Володимира Семеновича Кульчицького (1919–2009). З науковим доробком ученого ознайомлює список основних наукових праць.

Ключові слова: історія держави і права, громадська діяльність, наукова творчість.

Володимир Кульчицький був людиною з великої літери. Це унікальна постать: один з найвизначніших українських вчених-правників у галузі історії держави і права не лише в Україні, а й за її межами середини XX – початку XXI ст., основоположник Львівської історико-правової дослідницької школи, доктор юридичних наук, професор, Заслужений професор Львівського національного університету імені Івана Франка, член-кореспондент Академії правових наук України, Заслужений юрист України, талановитий педагог та чуйний вихователь студентської молоді, істинний інтелігент, взірець учителя для цілого покоління українських науковців, освітян та державних діячів.

Володимир Семенович Кульчицький народився 28 грудня 1919 р. у селі Кульчиці Самбірського району Львівської області в селянській сім'ї. Батько його був хліборобом, мав високий авторитет, за що громада села Кульчиці обрала його війтом села, тому перші життєві враження про добро і зло, правду і кривду, щастя і горе він отримав від батьків, які заклали йому християнські цінності добра, правди, справедливості, милосердя, які він проніс через усе своє життя.

Дитинство Володимир провів у рідному селі, де у 1930 р. закінчив початкову школу. У 1931 р. виступив до Самбірської гімназії імені Адама Міцкевича, яку у травні 1939 р. успішно закінчив. У Самборі, де більшість населення становили українці, крім поляків проживали ще євреї, німці, отже молодий Кульчицький, спілкуючись з ними пізнав їхню ментальність, звичаї, мову, що у майбутньому стало йому в пригоді. У гімназії Володимир вчився добре. Улюбленими його предметами були історія, література, іноземні мови. У вільний від навчання час охоче мандрував околицями міста, відвідував його історичні та культурні місця.

Після закінчення гімназії у 1939 р. вступив на перший курс юридичного факультету Львівського університету, що тоді називався університетом імені короля Яна Казимира ще у складі Польщі. Старанно відвідував лекції і практичні заняття відомих вчених-правників. У той час на 17 кафедрах юридичного факультету працювали відомі професори ще з часів Австро-Угорщини, а також виросли нові вчені. Серед них професор цивільного права Р.Лоншан де Барє – останній ректор польського університету, в 1939–1941 рр. працював у радянському Львівському університеті, а в липні 1941 р. разом із великою групою львівських учених був розстріляний гітлерівцями у Львові.

© Бойко І., 2011

Приєднання у 1939 р. західноукраїнських земель до Радянської України відкрило нову сторінку в історії Львівського університету і його юридичного факультету. В діяльності університету відбулися значні зміни. Новим змістом наповнилися навчальний і науковий процеси. 1 грудня 1939 р. університет був переіменований у Львівський державний університет. Указом Президії Верховної Ради УРСР від 8 січня 1940 р. йому було присвоєно ім'я Івана Франка.

Перший навчальний рік на юридичному факультеті Львівського державного університету радянської доби розпочався 15 січня 1940 р. Йому передувала короткочасна, але напружена праця адміністрація університету і факультету, його професорсько-викладацького складу, спрямована на підготовку нового навчального плану, наповнення навчально-виховного та наукового процесів новим змістом. Адже учбовий план юридичного факультету дорадянського періоду відповідав завданням підготовки кадрів переважно для державного апарату Польщі. Ним передбачалось навчання студентів, перш за все, на догмах тих галузей, які мали практичне значення для повсякденної діяльності чиновника державної установи. Новий навчальний план, опанування якого було розраховане на чотири роки, передбачав вивчення не лише галузевих юридичних дисциплін, але й мовну підготовку і ряд соціально-політичних та економічних дисциплін.

У процесі організації навчання та підготовці спеціалістів-юристів у Львівському університеті у той час коли вчився В.С. Кульчицький надавали колективи юридичного факультету Київського університету, Харківського, Московського та Свердловського юридичних інститутів, Інституту держави і права АН СРСР, які надсилали учбову літературу, а також відряджали викладачів для читання лекцій студентам. На початку 1940 р. під час навчання на факультеті В.С.Кульчицький слухав лекції професорів московських юридичних вузів і наукових інститутів, зокрема М.А. Аржанова, С.С. Кравчука, К.А. Мокичева, М.О. Чельцов-Бебутова, Б.С. Маньковського. На постійну роботу з Харкова прибув П.О. Недбайло, який тоді ж став деканом факультету. Значну допомогу в організації учбового процесу на факультеті в цей період надав професор Харківського юридичного інституту С.Л. Фукс, який справив значний вплив на майбутнього науковця В.С. Кульчицького. Він же вперше прочитав для студентів курс історії держави і права СРСР.

В.С. Кульчицький слухав лекції професорів, які працювали тут у дорадянський період. Серед них професор П.Б. Домбковський,який став першим деканом юридичного факультету (в 1939 році, а потім був ним з 1944 по 1945 р.) радянського Львівського університету і до кінця своїх днів (1950 р.) очолював кафедру історії держави і права. Цивільне право викладали професори Маврикій Алерганд і Роман Лоншан де Барє, а кримінальне – Ю. Макаревич. У підготовку молодих кадрів юристів у цей період включалмся також відомі прогресивні польські вчені-юристи К. Кораній (пізніше професор Варшавського університету, член Польської Академії наук), К. Пшебиловський (в майбутньому професор Краківського університету), С. Розмарін (пізніше член-кореспондент Польської Академії наук, професор Варшавського університету), С.Ерліх (пізніше професор Варшавського університету) та ін. Поповнилися відразу ж викладацькі кадри факультету і представниками місцевої української інтелігенції, які не могли працювати в університеті за Речі Посполитої. Серед них були останній ректор Таємного українського університету у Львові Є.В. Давидяк, а також М.К. Топольський, О.П. Луців, В.І. Калинович та ін.

З особистих спогадів В.Кульчицького, найбільший вплив на нього мав професор Пшемислав Домковський, який читав історію польського права та

історію державного устрою Польщі. Як надзвичайно ерудований науковець і чудовий лектор, П. Домбковський був популярним серед студентів. Під керівництвом проф. П. Домбковського В. Кульчицький, який вирізнявся серед інших студентів знанням іноземних мов, старанністю і сумлінністю, написав перші історико-правові праці. Проте навчання на факультеті перервала Велика Вітчизняна війна і Володимир закінчив другий курс у 1941 р. Вже 30 червня 1941 р. гітлерівські війська вступили у Львів. По-варварському віднеслися вони до Львівського університету і його вчених. У перші ж дні окупації почалися їх арешти і розстріли. Фашистами та їх політиками було розстріляно 11 професорів і 9 доцентів університету, серед яких були відомі вчені юридичного факультету професори Роман Лоншан де Берє та Маврикій Алерганд. Університету було завдано величезної матеріальної шкоди. Приміщення юридичного факультету використовувалися фашистами під казарму. Кабінети, навчальне обладнання, кафедральні бібліотеки були повністю зруйновані, знищені або використані для опалення кімнат.

18 серпня 1944 р. Володимир Кульчицький був мобілізований до лав Радянської Армії, брав участь у боях з німецькими військами, а 23 вересня того ж року тяжко поранений і демобілізований.

Бойові та професійні заслуги В.С. Кульчицького були відзначені орденом Вітчизняної війни I ступеня; 11 медалями і нагрудним знаком Державного комітету СРСР з народної освіти "За відмінні успіхи в праці".

Після війни Володимир Кульчицький продовжив навчання на III курсі денної форми навчання юридичного факультету Львівського державного університету, і закінчив його у 1948 р. У той час прийом на денне навчання не перевищував 40 – 50 студентів. За перші післявоєнні 5 років (1945–1949 рр.) було підготовлено лише 205 випускників юридичного факультету, серед яких був В.С. Кульчицький.

У 1948 р. поступив до аспірантури по кафедрі історії та теорії держави і права Львівського державного університету, яку закінчив у 1951 р. Після цього зарахований викладачем, згодом старшим викладачем на цій же кафедрі.

У 1950 р. В.С. Кульчицький приступив до глибокого наукового дослідження, як саме виявилися й реалізувалися у конкретних історичних умовах західноукраїнського регіону загальні закономірності розвитку держави і права. Значну увагу Володимир Семенович звернув на дослідження суспільно-політичного ладу і права Галицько-Волинської держави, державного ладу, судоустрою і права в Україні, а особливо на землях Східної Галичини, Північної Буковини та Закарпаття, які до 1939–1944 рр. перебувала у складі іноземних держав.

19 квітня 1954 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему: "Галицький сейм в системі колоніального апарату Австро-Угорщини". Захист відбувся на юридичному факультеті Московського університету імені М.В. Ломоносова. Рішенням Вченої ради цього університету Володимиру Семеновичу Кульчицькому присуджено найковий ступінь кандидата юридичних наук. З 1954 по 1957 рр. обирався народним засідателем Народного суду 3-ї дільниці колишнього Ленінського району м. Львова.

4 лютого 1956 р. рішенням Вищої атестаційної комісії В.С. Кульчицькому присвоєно вчене звання доцента кафедри історії та теорії держави і права.

У 1970 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему: "Політичний апарат колоніального управління Східною Галичиною (друга половина XIX – початок XX ст.)". Захист відбувся в Інституті держави і права Академії наук УРСР. Рішенням Вищої атестаційної комісії від 9

квітня 1971 р. В.С. Кульчицькому присуджено науковий ступінь доктора юридичних наук, а 9 лютого 1973 р. присвоєно вчене звання професора кафедри історії та теорії держави і права.

В 1992 р. Володимира Семеновича Кульчицького обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України. Вчений володів крім рідної української, польською, німецькою, російською мовами. Плідно займався науковою та навчально-методичною роботою. Професор досліджував, здебільшого, проблеми державно-правового розвитку західноукраїнських земель у різні періоди їх розвитку, зокрема в часи австрійського, польського панування, а також у період становлення української державності. Активно займався проблемами україно-вірменських політично-правових взаємин, державно-правового розвитку Молдови тощо.

Як науковий керівник або ж як консультант Володимир Семенович безпосередньо сприяв підготовці і захисту докторських дисертацій О.Д. Святоцького, І.Г. Біласа, М.М. Кобилецького, І.Й. Бойка, а також кандидатських дисертацій О.І. Мінаєва, Т.В. Фецича, О. Святоцького, М. Кравчука, Я.М. Пігача, Л.Т. Приташ, І.С. Лісної, М.М. Кобилецького, І.Й. Бойка, І.М. Паньонка, О.І. Мікули, І.Ю. Настасяк, О.М. Юхимюк, Я.І. Хомяка, О.О. Сидорчука, О.Я. Паславської, Н.Ю. Панича, В.О. Святоцької. Значна частина цих здобувачів під час навчання на юридичному факультеті Львівського університету працювали у студентському науковому гуртку з історії держави і права України, яким протягом 60 років опікувався В.С. Кульчицький.

Кульчицький В.С. був автором або співавтором близько 500 наукових і науково-популярних праць, зокрема 20 колективних монографій і 10 вузівських підручників: "Торжество історичної справедливості" (Львів, 1968), "Возз'єднання Закарпаття з Радянською Україною (соціально-політичні і правові основи)" (Львів, 1985), "Юридична наука і освіта на Україні" (Київ, 1992), "История отечественного государства и права" (Москва, 1996), "Історія держави і права України" (Львів, 2000); "Правознавство" (Львів, 1994); "З історії української державності" (Львів, 1992); "Державний лад і право в Галичині в другій половині XIX – на початку XX ст." (Львів, 1966); "Входження Галичини, Північної Буковини та Закарпаття до складу України (1939–1945 рр.)" (Дрогобич, 1995); "Історія держави і права України. Академічний курс у 2-х томах" (Київ, 2000), "Західно-Українська Народна Республіка 1918–1923. Історія" (Івано-Франківськ, 2001); "Довідник з історії України" (Київ, 2001), "Апарат управління Галичиною в складі Австро-Угорщини" (Львів, 2002); монографія "Галицько-Волинська держава (1199–1349 рр.)" (Львів: Бібльос, 2006); "Генезис та еволюція української конституції" (Львів, 2006); "Історія держави і права України. Академічний курс", реком. МОН України (Київ, 2008) і ін.

Професор В.С. Кульчицький був членом Наукової ради юридичного журналу "Право України" (м. Київ), членом спеціалізованої вченої ради Д 35.05.03 у Львівському національному університеті імені Івана Франка.

У липні 1999 р. професору Володимиру Семеновичу Кульчицькому за особистий внесок у розвиток дружніх взаємин між народами та зміцнення міжнародного авторитету України присвоєно почесне звання "Народний посол України". У жовтні цього ж року він удостоєний Почесної відзнаки лауреата Всеукраїнського конкурсу на краще професійне звання "Юрист року з номінації наукового співробітника за підсумками 1999 року.

У грудні 1999 р. Указом Президента України В.С. Кульчицькому присвоєно почесне звання "Заслужений юрист України".

10 жовтня 2001 р. Вчена рада Львівського університету імені Івана Франка присвоїла йому почесне звання Заслужений професор Львівського національного університету імені Івана Франка за особливі заслуги в розвитку науки і освіти, підготовку наукових кадрів вищої кваліфікації, довголітню науково-педагогічну та громадську діяльність в Університеті.

Принциповість і порядність, широка ерудованість і відданість науці, сумлінне ставлення до виконання своїх громадських і службових обов'язків, душевна теплота й чуйність здобули Володимиру Семеновичу Кульчицькому високий авторитет і глибоку повагу колег по роботі, студентів та керівного складу Львівського національного університету імені Івана Франка, у якому вчений безперервно працював понад 60 років. Жоден студент, доцент, професор, які зверталися до Володимира Семеновича Кульчицького за порадою не залишалися без його уваги, завжди отримували належні консультації чи рекомендації.

23 липня 2009 р. В.С. Кульчицький помер і був похований у Львові на Личаківському кладовищі.

Володимир Семенович залишив світлу пам'ять, він був, є і буде прикладом порядності, професіоналізму, патріотизму і людяності. Наша подяка йому за його добрі справи невичерпна.

ЖИЗНЕННЫЙ И ТВОРЧЕСКИЙ ПУТЬ ПРОФ. В.С.КУЛЬЧИЦКОГО (1919–2009)

И. Бойко

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье отражены важнейшие этапы жизненного пути научной, педагогической и общественной деятельности выдающегося ученого-правоведа в отрасли истории государства и права, доктора юридических наук, заслуженного юриста україни, заслуженного профессора Львовского национального университета имени Ивана Франко Владимира Семеновича Кульчицкого (1919–2009). С научным заделом ученого знакомит список основных научных трудов.

Ключевые слова: история государства и права, общественная деятельность, научное творчество.

LIFE AND CREATIVE ACTIVITY OF PROF. V.S. KUL'CHYTS'KYI (1919-2009)

I. Boiko

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article is devoted to life and creative activity of Prof. V.S. Kul'chyts'kyi (1919-2009) the prominent scholar in the field of the history of the state and law, Doctor of Law, merited lawyer of Ukraine, honoured professor of Lviv National University after I. Franko. A list of his scientific works is presented.

Key words: history of state and law, social activity, scientific creation.

Стаття надійшла до редколегії: 11.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

СТАЖИНСЬКИЙ СТАНІСЛАВ – ВИДАТНИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІСТ ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

В. Кахнич

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Незалежна Україна стала на шлях побудови правової держави та розвитку демократії і ринкової економіки. Внаслідок цього особливо зросла роль конституційного права, що зумовлює необхідність, дослідження школи конституційного права зокрема на юридичному факультеті Львівського університету.

Ключові слова: Львівський університет, незалежна Україна, конституційне право, правова держава, демократія.

Основну роль у становленні і розвитку юридичної науки в Україні відіграли університети. Фактично всі фундаментальні напрацювання в галузі права нерозривно пов'язані з університетською юридичною наукою і освітою, зокрема з роботами видатних вчених-науковців. І сьогодні ми далеко не в повній мірі знаємо про їхні наукові розвідки, погляди, ідеї, що дуже важливо не лише для історії розвитку правничої думки, але й підготовки сучасних правників.

Однією з важливих тенденцій розвитку сучасної вищої освіти стало різке підвищення значущості та престижності юридичної освіти. Це зумовлено тією роллю, яку покликані відігравати право і фахівці з вищою юридичною освітою в забезпеченні розбудови демократичної, правової, з соціально орієнтованою ринковою економікою України.

Ідея підготовки юристів в нашому краї виношувалась давно, адже ця професія традиційно вважалася серед населення однією із найбільш престижних і шанованих. Не випадково, що чимало наших земляків, одержавши вищу юридичну освіту в університетах Петербурга, Відня, Будапешта, Праги, Братіслави, Кошіце, стали відомими фахівцями-правниками європейського і навіть світового рівня. Згадаймо в цьому зв'язку хоча б Михайла Балудянського – першого ректора Петербургського університету, О. Духновича, П. Лодія та цілий ряд інших відомих вчених-правознавців минулого.

Незалежна Україна стала на шлях побудови правової держави та розвитку демократії і ринкової економіки. Внаслідок цього особливо зросла роль конституційного права, що зумовлює необхідність, дослідження школи конституційного права зокрема на юридичному факультеті Львівського університеу.

Юридичний факультет Львівського університету, як самоврядний підрозділ фактично розпочав свою діяльність за Австрійського імператора Франца Йосифа II в 1784 р. А визначним представником в галузі конституційного права у цьому осередку юридичної освіти і науки був проф. С. Стажинський [1].

Він народився 18 квітня, 1853 р. в с. Деревня, Жовківського району Львівської області. Вступив до гімназії імператора Франца Йосифа у Львові, після закінчення якої в 1872 році розпочав навчання на факультеті права у Львівському університеті, який закінчив у 1876 р. Через три роки отримав ступінь доктора права. Ще будучи студентом, був співзасновником і президентом студентської асоціації.

© Кахнич В., 2011

Дослідження цього періоду, а саме матеріалів Державного архіву Львівської області та протоколів засідання юридичного факультету Львівського університету і особових справ викладачів з 1817 р., дає можливість більш докладно дослідити інформацію про викладачів та правові школи, що сформувалися в університеті серед них і школа конституційного права.

Тогочасний юридичний факультет був представлений такими відомими викладачами: Домініком Сугфрідом де Кофі, Мареком Антоні Готше, Миколою Нападієвичем, Френсісом Коттером, Фердинандом Бішофом, Генрі Джон Бруннером і Яном Байєром.

З кінця шістдесятих років, XIX ст. лекції на юридичному факультеті читались польською мовою. Одними з перших хто викладав конституційне право у Львівському університеті, були: Фелікс Грузевич (спеціаліст в галузі кримінального права), який в 1872 р., захистив дисертацію і до 1883 р., викладав загальне конституційне право, а також статистику і адміністративне право. Пілат Тадеуш викладав з 1872 до 1883 р., австрійське конституційне право. У 1880/81 н. р., він навчався у Віденському університеті, слухаючи лекції проф. Штайна, Томаша, Лушканда і Данцека. У листопаді 1881 р., у Львівському університеті на юридичному факультеті Пілат Тадеуш прочитав відкриту лекцію на тему: „Тимчасове порівняльне дослідження за законодавством Австрії."

В 1883 р., захистив дисертацію з спеціальності австрійського конституційного права Станіслав Стажинський, який в цьому ж році почав читати лекції замість проф. Т. Пілата, а в 1889 р., після призначення викладачів на читання лекцій С. Стажинського було призначено читати лекції замість проф. Ф. Грузевича.

Основні життєві і науково-освітні віхи проф. С. Стажинського були такі. У період 1884-1893 рр. він був членом Ради та Департаменту (ради) району Львова, а в період 1907-1913 рр. в Парламенті Львова. В наступні роки 1884–1888, 1901–1911 був членом Віденської державної ради і автором проектів низки законів з питань виборчого, конституційного і адміністративного права [2]. Від 23 квітня 1889 р., імператорським указом С. Стажинського було призначено доцентом політичного (конституційного) права на юридичному факультеті Львівського університету [3]. Цього ж року доц. С. Стажинський очолив окрему самостійну кафедру конституційного права, яка відділилася від кафедри австрійського конституційного права.

Три роки по тому, імператорським указом від 4 липня 1892 р., С. Стажинському було присвоєно звання професора [4]. С. Стажинський був відомим вченим, авторитетом австрійського конституційного права, спеціалістом з конституційних питань. Очолюючи на юридичному факультеті викладання австрійського конституційного права, він мав значний вплив у Польщі. Завідувачем кафедрою конституційного права С. Стажинський був до кінця 1924 року.

У 1895/96 н. р. С. Стажинський був деканом юридичного факультету, а у 1896/97 н. р. та в 1918/19 рр. заступником декана.

У 1895–1897 роках на сторінках журналу „Przeglądu Prawa i Administracji", були надруковані його дослідження – серія статей, присвячені законодавству про вибори, які згодом були випущені окремою публікацією [5]. У період з 1897 р.,[6] С. Стажинський брав участь у розробці проекту закону про вибори від 1907 р., а також виборчої реформи 1908–1910 рр. **[7,** 8]. Він також опублікував кілька доповідей про діяльність Сейму і огляд роботи парламенту [9]. З 1900–1903 рр. він був делегатом вчених юридичного факультету в академічному сенаті Львівського університету.

У 1903 році за його ініціативою і участю було опубліковано польською мовою (вперше у Австро-Угорщині) повне зібрання Австрійського конституційного законодавства [10]. Професор постійно друкував свої праці на сторінках наукових журналів і газет, зокрема таких, як „Gazecie Narodowej". У 1904 р., в серії статей, ним було зроблено обґрунтування необхідності внесення поправки до статті 14 Основного закону. В 1908 р. з'явилася його наукова стаття „Виборче право для жінок" в Краківському журналі „Czasopiśmie Prawniczym i Ekonomicznym"[11].

У 1907–1911 рр. він займав посаду віце-президента Палати депутатів у Галицькому парламенті. Законом його імені (Lex Starzynski) у 1909 р., було розширено автономію Галичини [12]. Ще в 1907-1909 рр. було видано проект Галицької конституції, підготовлений з його участю. Конституція складалася з 2-х частин. Том І охоплював пропозиції виборчої правової реформи, [13] том ІІ був присвячений правовому устрою [14]. Пізніше, в 1911 р., у академічних книжкових магазинах в Львові, з'явився збірник його статей присвячений устрою в цілому і політичного права зокрема [15]. З 30 липня 1917 р. імператором Карлом І. він призначений був членом Австрійської палати лордів.

Таким чином, проф. С. Стажинський був видатним конституціоналістом. Його залучали в робочі групи для підготовки різних законопроектів, серед яких був і проект конституції [16]. Ним було запропоновано створити у Польщі державний орган, який мав називатися "Тимчасова державна рада Королівства Польщі" [17]. Цей орган мав тимчасово вирішувати всі питання державного значення до того часу, доки не буде створено всіх умов для відновлення монархічної форми правління.

У наступні роки він неодноразово був експертом з багатьох питань, пов'язаних із конституційним законодавством, а також аналізував розвиток науки та практики конституційного права. Невдовзі після прийняття Конституції в березні 1921 р., він дав їй свою оцінку у виданні журналу „Czasopiśmie Prawniczym i Ekonomicznym".

У 1923 р. проф. С. Стажинському виповнилося 70 років і у відповідності з законодавством він мав йти на пенсію та залишити роботу. За клопотання представників факультету було прийнято резолюцію від 20 січня 1923 року, якою деканат юридичного факультету просив залишити видатного вченого на роботі в наступні два академічні роки (1923/24 [18] і 1924/25 [19]). Однак проф. С. Стажинський в 1924 р. все таки за власним бажанням вийшов на пенсію.

Третього березня 1925 р. Рада факультету призначила проф. С. Стажинського почесним професором права у Львівського університету [20]. Як почесний професор С. Стажинський мав право брати участь в навчальному процесі і був членом ради юридичного факультету. Він також продовжував брати участь у створенні проектів нових законів разом з проф. Ерліхом.

У 1925-1930 рр. професор читав лекції на тему Ліга Націй, а з 1930-1935 викладав на дипломатичних дослідженях питання, пов'язані з європейськими країнами „Нова Європа".

У травні 1928 р., на факультеті заслужений професор права Стажинський спільно з проф. Авраамом на засадах спонсорства відреставрували портрети ректорів, що були в занедбаному стані в музеї Львівського університету [21].

Незважаючи на те, що проф. Стажинський був тривалий період політичним діячем, проте наукова та викладацька діяльність для нього були на першому місці.

Досліджуючи питання державного устрою, у 1933 р. він висловив думку про правовий статус Сілезької області. З цього приводу він опублікував свої міркування щодо проекту Конституції. Професор багато в чому критикував проект,

висловлював багато зауважень та пропонував модель конституції на основі компромісу між сильною президентською та законодавчою владою [22]. Навіть в останні місяці свого життя він займався критичним аналізом Конституції [23].

Професор С. Стажинський опублікував ряд розвідок з історії конституційного права. Особливо слід відзначити розробку проекту конституції [24] та й самої Австрійської конституції [25].

Професор Стажинський, серед іншого, був член Академії наук у Кракові, членом Наукового товариства у Львові. Він був почесним громадянином міст Рава Руська, Сокаль, Жовкви. Помер він 17 листопада 1935 р. у Львові, та був похований поруч з могилами батька і брата в селі Деревня Жовківського району, [26, 27] а пізніше перепохований на Личаківському цвинтарі у Львові.

Чимало студентів, учнів проф. Станіслава Стажинського, займались конституційним правом, працюючи в Департаменті з політичних питань і Юридичних відділах в Генеральній Асамблеї Організації Об'єднаних Націй та інших установах державного значення.

Кожна зустріч проф. С. Стажинського з молодим поколінням конституціоналістів давало для молодих науковців все нові і нові роздуми над розвитком конституційного права. Після таких зустрічей з'являлися нові досягнення, підходи до тих чи інших питань у конституційному праві.

Але особистість проф. С. Стажинського і його наступників, зокрема професорів Ерліха та Дубановича, які продовжували розвивати школу конституційного права на юридичного факультеті, дали підставу сформувати думку про факультет не лише, як про навчальний заклад, а й як про науково-правову школу, яка підготовляла проекти законів, досліджувала їх, проводила різні обговорення, диспути в царині правничої науки і насамперед науки конституційного права. І фундатором цієї школи фактично був проф. С. Стажинський, який зумів зорганізувати і започаткувати її. А його учні також зробили свій внесок у її розвиток і розбудову.

Отже, без сумніву можна сказати, що професор Станіслав Стажинський був видатним вченим-конституціоналістом. Він не тільки розвинув конституційне право, але й започаткував власну школу конституційного права на юридичному факультеті Львівського університету. Наукові напрацювання, що залишив проф. Стажинський, стали основою для подальшого розвитку конституційного права.

Ця стаття присвячена вивченню та науково-освітній діяльності в галузі конституційного права у Львівському університеті. В цій статті також подаються публікації з конституційного права, написані самим професором С. Стажинським, а також його учнями, такими як: Едуардом Дубановичем, Луї Ерліхом, Ентоні Верешінським і Здіславом Прочинським, а також внесок у вивчення права, зроблений молодим поколінням конституціоналістів Львівського університету.

Юридичний факультет Львівського університету і сьогодні – це вища елітна школа правничої освіти та правової думки в Україні, який з часу свого заснування здобув міжнародне визнання в багатьох країнах світу своїми науковими доробками та якістю підготовки правників на засадах світових стандартів. Він є одним з піонерів системи юридичної освіти в Україні, генератором національної правничої ідеї та її уособленням. І такі відомі особистості, як проф. Станіслав Стажинський, лише додають йому ще більшого авторитету і популярності.

Стаття є однією з перших сучасних спроб огляду досягнень вченого–засновника школи конституційного права на юридичному факультеті Львівського університету – одному з академічних центрів конституційного права.

1. Dubanowicz E., Ehrlich L. Stanisław Starzyński z okazji pięćdziesięciolecia doktoratu. / E. Dubanowicz, L. Ehrlich. // – Lwów, 1932. – S. 44-46.
2. Державний Архів Львівської області (далі ДАЛО), Ф. 26, оп. 5, спр. 1797, арк. 13.
3. ДАЛО ф. 26, оп. 5, спр. 1797, арк. 17.
4. ДАЛО ф. 26, оп. 5, спр. 1797, арк. 22-23.
5. Starzyński S. Rozszerzenie autonomii. / S. Starzyński. // Przegląd Prawa i Administracji. – 1928. – S. 299.
6. ДАЛО ф. 26, оп. 5, спр. 1797, арк. 46.
7. Jurecki. M. Starzyński Stanisław (1853–1935) / M. Jurecki. // PSB. – t. XLII. – S. 481–485.
8. Nahlik S.E. Ś.p. Profesor Stanisław Starzyński. / S.E. Nahlik. // Przegląd Prawa i Administracji. – 1898. – S. 316.
9. Starzyński S. Studya z zakresu prawa wyborczego. / S. Starzyński. // – Lwów, 1897. – S. 51.
10. Starzyński S. Krajowa reforma wyborcza w Sejmach austriackich roku 1897. / S. Starzyński. // Przegląd Prawa i Administracji. – 1897. – S. 513.
11. Starzyński S. Nowa ustawa wyborcza. / S. Starzyński. // Przegląd Prawa i Administracji. – 1907. S. 287.
12. Starzyński S. Sejmowa reforma wyborcza 1908–1910. / S. Starzyński. // Przegląd Prawa i Administracji. – 1911. – S. 1–16.
13. Starzyński S. Sprawy konstytucyjne i gminne na Sejmie roku 1895. / S. Starzyński.// Przegląd Prawa i Administracji. – 1895. – S. 277.
14. Starzyński S. Kodeks prawa politycznego, czyli austryackie ustawy konstytucyjne 1848–1903, systematycznie zestawione, przełożone i opracowane, z uwzględnieniem judykatury trybunałów prawa publicznego. / S. Starzyński. // – Lwów, 1903. – S. 24–34.
15. Starzyński S. Studya konstytucyjne, t. I: Różne projekty reformy prawa wyborczego. / S. Starzyński. // – Lwów, 1907. – S. 13-24.
16. Стажинський С. Конституційні вивчення, том ІІ: Різні національні правові реформи. / С. Стажинський. // – Львів, 1909. – С. 21-24.
17. Стажинський С. Загальне та австрійське конституційне право. / С. Стажинський. // – Львів, 1911. – С. 34-40.
18. Starzyński S. Das Reichsgericht und die Virilstimmen. Eine staatsrechtliche Studie. / S. Starzyński. // – Lemberg, 1890. – S. 79.
19. ДАЛО ф. 26, оп. 6, спр. 889, арк. 1-45.
20. Ehrlich L. Zarys historii nauki prawa narodów, politycznego i administracyjnego w Polsce. / L. Ehrlich, J.S. Langrod. // – Kraków, 1949. – S. 38-46.
21. Krukowski S. Geneza konstytucji z 17 marca 1921 r. / S. Krukowski. // – Warszawa, 1977. – S. 45-48.
22. Starzyński S. Przegląd prac ustawodawczych sejmowych w r. 1895. / S. Starzyński.// Przegląd Prawa i Administracji. – 1895. – S. 34-48.
23. Starzyński S. Analiza Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 23 kwietnia 1935 r. /S. Starzyński. // Rocznik Prawniczy Wileński. – 1936. – S. 2–40.
24. Стажинський С. Проект галицької конституції 1790/1 рр. / С. Стажинський. // – Львів, 1893. – 80 с.
25. Starzyński. S. O pierwszej konstytucji austryackiej: jej geneza i ocena. / S. Starzyński. // – Kraków, 1889. – S. 43-53.
26. Стажинський С. Конституція Третього травня на тлі сучасної системи європейських держав. / С. Стажинський. // – Львів, 1892. – 90 с.
27. ДАЛО ф. 26, оп. 6, спр. 1326, арк. 4.

СТАЖИНСЬКИЙ СТАНИСЛАВ - ВЫДАЮЩИЙСЯ КОНСТИТУЦИОНАЛИСТ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА ЛЬВОВСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

В. Кахнич

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Независимая Украина стала на путь построения правового государства и развития демократии и рыночной экономики. Вследствие этого особенно возросла роль конституционного права, что обусловливает необходимость, исследования школы конституционного права в частности на юридическом факультете Львовского университета.

Ключевые слова: Львовский университет, независимая Украина, конституционное право, правовое государство, демократия.

HISTORY OF THE STATE AND LAW STANISLAV STAZHYNS'KYI – PROMINENT CONSTITUTIONALIST OF THE LAW FACULTY, LVIV UNIVERSITY

V. Kahnych

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

Independent Ukraine is on the way of forming a law-governed state, as well as democracy and market economy development. Therefore, the role of constitutional law has especially increased; this fact stipulates the necessity of constitutional law school research, in particular at the law faculty of Lviv University.

Key words: Lviv University, independent Ukraine, constitutional law, law-governed state, democracy.

Стаття надійшла до редколегії: 17.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЛАТИНОМОВНІ ПРАЦІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДОСЛІДНИКІВ XVI–XVII СТ. ІЗ ПРОБЛЕМ МАҐДЕБУРЗЬКОГО ПРАВА

М. Кобилецький

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті проаналізовано латиномовні праці європейських науковців XVI–XVII ст., які досліджували маґдебурзьке право. Значну увагу приділено використанню даних праць у діяльності судів українських міст і сіл, що використовували маґдебурзьке право, та у кодифікації права в Україні у XVIII – на початку XIX ст.

Ключові слова: маґдебурзьке право, рецепція римського права, війт, писар, кодифікація.

Перший латинський переклад маґдебурзького права і Ландрехту Саксонського зерцала Versio Wratislaviensis, з'явився у другій половині XIII ст. між 1272–1292 рр. [1, с. 910]. Його автор – вроцлавський єпископ Томас. Ця версія отримала у науковій літературі назву "Версія Вратіславенсіс" (Versio Wratislaviensis). Інший переклад ландрехту (Саксонського зерцала) маґдебурзького права латинською мовою з'явився майже на 100 років пізніше, 1359 р. Його написав міський писар Конрад із Сандомира. Переклад отримав назву: "Версія Сандомирська" (Versio Sandomiriensis) [2, с. 24]. З джерел відомо, що Конрад був міським писарем не німецького походження, а з тексту праці можна дійти висновку: він мав глибокі знання також із римського і канонічного права. У 1506 р. канцлер Польщі архієпископ Ян Ласкі надрукував переклад латинською мовою Саксонського зерцала і маґдебурзького права під назвою: "Статут Ласкі", "Дві книги цивільного маґдебурзького і провінційного саксонського права з третьою книгою феодального права". До першої частини увійшли також норми польського публічного і судового права, генеральні й земські привілеї, королівські статути, міжнародні договори, "звичаї краківської землі" та судова практика [3, с. 88]. Її написано польською мовою. Другу частину, що містила норми маґдебурзького права та Саксонське зерцало, – латинською. Статут набув офіційного статусу, його затвердили польський король і сейм [3, с. 87]. Польські автори зазначають, що поряд із Яном Ласкі велику роль у створенні цього статуту відіграв юрист Станіслав Заборовський. Серед джерел німецького права, крім маґдебургзького права і Саксонського зерцала, містилося також любецьке право. У статуті Ян Ласкі застосовував дві латинські версії – Versio Vratislaviensis та Versio Sandomiriensis, а також римське право [1, с. 147]. Професор Яґеллонського університету С. Естрейхер зазначав, що Ян Ласкі використав і окремі норми кульменського (хелмінського) права.

Ще одним дослідником маґдебурзького права після канцлера Яна Ласкі у Польщі став Ян Ялонек, відомий у літературі під іменем Ян Сервус Тухольчик (Joannes Cervus Tucholiensis). Він народився у м. Тухолі 1500 р., помер близько 1557 р. у Кракові [2, с. 24]. Після закінчення Краківського університету працював там викладачем, обіймав різні посади в структурах Католицької церкви. Упродовж кількох років Я. Тухольчик був ректором у катедральній (капітульній) школі Львова. Сфери його наукових інтересів широкі. Він видав три праці з теології, дві роботи з права і три дитячі граматики. Я. Тухольчик вважається першим польським дослідником, який вивчав міське право у Польсьському королівстві.

© Кобилецький М., 2011

Польські дослідники Ян Кірштейн Церазин і Бартоломій Ґроїцький у обробках використовували праці Яна Тухольчика, не зазначаючи особи автора. Праці Яна Сервуса Тухольчика з міського права "Зібрання цивільних процесуальних положень маґдебурзького права" ("Farrago actionum civilium juris Magdeburgensis") і "Витяг папського і королівського права", "Відповідно до звичаю, який вже давно спостерігається у Польському Королівстві" ("Epitome pontificii ac caesarei juris", "Secundum consuetudinem iamdudum in Regno Poloniae observatam heraus") були надруковані у Кракові 1531 р. і до 1607 р. мали дев'ять видань [5, с. 152]. У "Farrago actionum civilium juris Magdeburgensis" в редакції 1531 р. серед джерел взято за основу латинські тексти Саксонського зерцала і маґдебурзького права писаря Конрада 1359 р. (Versio Sandomiriensis), роман і завершений трактат Раймонда Партенопеера "Суть законів коротка, легка і корисна" ("Summa legum brevis, levis et ulilis"), які використовував Ян Ласкі та ін. [5, с. 152]. Четверта редакція праці 1540 р. значно відрізнялася від інших видань за обсягом. Вона вийшла під назвою "Зібрання процесуальних положень цивільного і провінційного саксонського та муніципального маґдебурзького права у семи книгах" ("Farraginis actionum juris civilis et provincialis Saxonici municipalisque Magdeburgensis libri septem") і складалася з семи книг (попередні видання 1531 р. налічували три книги, а 1535 р. – чотири) [4, с. 40]. Обсяг праці розширено за рахунок використання римського права, що засвідчує назва самої праці (jus civile). Наступне видання – копії четвертої редакції 1540 р. Другою правничою працею Яна Сервуса Тухольчика був ("Epitome pontificii ac caesarei juris") "Витяг папського і королівського права", який двічі надруковано у Кракові 1540 р. Його видання слугували навчальними посібниками, а результати досліджень застосовували на практиці.

Структурно праця "Farraginis actionum juris civilis et provincialis Saxonici municipalis que Magdeburgensis libri septem", як уже було зазначено, складалася з семи книг під назвами в українському перекладі: "Про право", "Справедливість і юриспруденція", "Про набуття майнових прав", "Про контракти", "Про покровительство", "Про судовий процес", "Про значення слів і речей", "Про регулювання права римського і канонічного". Інша праця – "Epitome pontificii ac caesarei juris" – мала 10 розділів: про тілесне покровительство, про підпорядкування, про заповіти, про правове регулювання та ін. [4, с. 40].

У працях Ян Сервус Тухольчик використовував римське, канонічне, польське та німецьке право. Серед німецьких джерел "Farraginis actionum" у редакції 1540 р. використано Саксонське зерцало і маґдебурзьке право М. Яскера (Versio Vulgata). У дослідженні 123 цитати належали до Саксонського зерцала з 20-ма глосами, а до маґдебурзького права 80 цитат з 16-ма глосами [4, с. 41].

В іншій праці ("Epitome pontificii ac caesarei juris") Ян Сервус Тухольчик спирається на Саксонське зерцало версії Вульгата з видання, яке згодом використовував Миколай Яскер. Відповідно маґдебурзьке право (Liber Ottonis Juris Magdeburgensis) використано із Сандомирської версії (Versio Sandomiriensis). На Саксонське зерцало і на три глоси з римського права Ян Сервус Тухольчик посилається 33 рази, а на маґдебурзьке право – 41. Окрім того, у дослідженні використано "Маґдебурзькі питання" [4, с. 18]. Маґдебурзьке право автор застосував для визначення цивільної дієздатності. Зокрема, шлюбний вік для чоловіків визначено з 14 років, для жінок – з 13. Повна дієздатність або повноліття наставали з 21 року [4, с. 42].

Порівняно з римським (кодифікація Юстиніана) і канонічним правом, Ян Сервус Тухольчик у зазначених працях меншою мірою використовував Саксонське

зерцало та магдебурзьке право. Відповідно, його праці зачислюють до джерел і магдебурзького, і римського права.

Оскільки праця Яна Сервуса Тухольчика була невелика за обсягом і не мала широкого застосування, то практичне життя потребувало досконаліших праць для застосування їх у судовій практиці, адміністративній системі міст і сіл з магдебурзьким правом. Найліпше цю ситуацію розуміли юристи-практики – війти, писарі та лавники, до повноважень яких входило вирішення правових спорів і роз'яснення норм магдебурзького права. У Кракові 1535 р. з'являється визначна пам'ятка магдебурзького права – латинський переклад магдебурзького права (вейхбільду) та Саксонського зерцала (ландрехту) разом із глосами. Автором цієї праці був краківський міський писар Миколай Яскер. Вона складалася із трьох частин [2, с. 25]. Перші дві частини є точним латиномовним перекладом Саксонського зерцала та магдебурзького права з глосаріями. При цьому німецькі глоси перекладено, а латинські переписано з оригіналів [6, с. 48]. Глоси, які використав Миколай Яскер, були коментарями до Саксонського зерцала і магдебурзького права. Одна з них слугувала точним латинським перекладом праці найдавнішого німецького глосарія Йогана фон Буха, яку опрацював Дитріх фон Боксдорф. Миколай Яскер взяв за основу Стендальський глосарій і додаток глоси Дитріха фон Боксдорфа, що складалися з праць інших глосаріїв та правових збірок ляйпцігської та магдебурзької судової практики юридичної літератури [7, с. 18]. Глоси, що увійшли до перекладу магдебурзького права (вейхбільду), Миколай Яскер використав з одного німецького видання з глосаріями, яке написав у XIV ст. Бурхард фон Мангельфельд. Ці видання популяризували у Німеччині та Польщі римське право. Праця Миколая Яскера, на основі рішення короля Сигізмунда I Старого набула офіційного статусу і стала обов'язковою для міст і сіл Польщі та Речі Посполитої, що отримали магдебурзьке право [7, с. 18].

Третя частина праці – результат самостійної творчості автора. "Promptuarium" – це обширний показник змісту двох перших частин, складених за глосами в абетковому порядку (Absens, Actio, Actor) [6, с. 48]. На думку Ф. Тарановського, дослідження М. Яскера є лише добросовісним перекладом з німецької мови латинською, а його авторство виявилося у вказівках на полях паралельних місць для Саксонського зерцала (ландрехту) із магдебурзького права (вейхбільду) та навпаки – про особливість магдебурзького права у Польщі, які становили окрему глосу М. Яскера [8, с. 25]. Самостійність автора стосувалася лише створення "Зібрання" ("Promptuarium"). Але це заперечували інші дослідники. Працю М. Яскера в юридичній літературі використовують під назвою "Версія Вульгата" ("Versio vulgata").

Сучасні німецькі дослідники магдебурзького права вважають працю М. Яскера найточнішим і достовірним перекладом німецьких оригіналів вейхбільду та ландрехту. Хоча інші науковці, застосовуючи дослідження М. Яскера, користувалися і німецькими текстами, де вказували на незначні неточності М. Яскера [8, с. 25]. Розвідку М. Яскера ще раз видано 1602 р., її широко застосовували у судах магдебурзького права Речі Посполитої, зокрема на українських землях. Праця дала новий поштовх дослідженню магдебурзького права у Польщі, а згодом – і у Речі Посполитій. Його твори використовували інші дослідники магдебурзького права: Я. Церазин, Б. Ґроїцький, П. Щербич. Вони мали також широке застосування у кодифікації права в Україні у XVIII – початку XIX ст.

Вагомим здобутком у дослідженні магдебурзького права Польського Королівства, Речі Посполитої, зокрема в Україні, стали праці Яна Кірштейна

Церазина. Він народився у м. Львовку, що у Силезії, на заході Польщі. Звідти ж походив М. Яскер. Ян Кірштейн Церазин навчався у Ягеллонському (Краківському) університеті, а від 1528 до 1533 р. працював заступником писаря міської ради Кракова під керівництвом М. Яскера. Під час виконання службових обов'язків, він отримав вагомий практичний досвід застосування маґдебурзько-саксонського права, а також римського і канонічного права [9, с. 9]. Кілька років Ян Кірштейн Церазин працював війтом Краківського війтівсько-лавничого суду, а з 1539 р. до смерті (упродовж 22 років) виконував обов'язки війта Вищого суду німецького права у Краківському замку, що належав до найвищих судів Польщі, а згодом Речі Посполитої, де розглядались апеляційні справи міст і сіл з маґдебурзьким, кульменським (хелмінським), новомарктським (шредським) і любецьким правом. Уміння кваліфіковано та справедливо розглядати справи, надало Яну Кірштейну Церазину авторитету високофахового знавця міського права у Польщі. Прізвище Церазин отримав від назви однієї зі своїх праць. Значну кількість судових справ у ролі війта, він розглядав одноосібно. На їх основі створив наукові праці. Відом дві наукові праці Яна Кірштейна Церазина – "Про право і судову вимогу", яка, на жаль, не збереглася [5, с. 153]. Найвідоміша - "Виклад деяких спільних місць магдебурзького права" ("Enchiridion aliquot locorum communium juris Maideburgensis"), уперше надрукована 1557 р. [9, с. 25] і перевидана 1616, 1629 і 1760 р. спільно з працями Б. Ґроїцького. Структурно складалася зі вступу, висновків і 26 розділів без нумерацій на статті [9, с. 26]. З них у 16-ти розділах урегульовано норми цивільного права, у двох – кримінального та восьми – процесуального права. Основними джерелами стали тексти Саксонського зерцала та магдебурзького права, у тому числі праці М. Яскера. Третю частину становить вступ, в якому автор повідомляє причини, що спонукали його написати цей твір, і аналіз окремих норм маґдебурзького права [9, с. 30]. У праці Ян Кірштейн Церазин посилається на Саксонське зерцало 118 разів, а на маґдебурзьке право – 32. Окрім текстів Саксонського зерцала та маґдебурзького права, автор використовує праці глосаторів. Із німецьких джерел та норм застосовує кримінальний кодекс Карла V Каролінa (Constitutio criminalis Carolina – 1532). Часто Ян Кірштейн Церазин використовував, і римське право, зокрема Кодифікацію Юстиніана (Corpus Juris Civilis Justunians). Автор посилався на нього 119 разів [9, с. 17].

Із джерел використано Саксонське зерцало за редакцією Миколая Яскера 1535 р., на яке автор посилається 118 разів, з них 70 посилань належали до першої, 29 – до другої і 19 – до третьої книги. Основним джерелом, нагадаємо, називають римське право, в якому використовується Corpus Juris Civilis та усі його частини: Кодекс, Дигести, Інституції та Новели. Ян Кірштейн Церазин, часто звертається до праць глосаторів, які використовував Миколай Яскер під час написання своєї праці. До них належали глоси єпископа з Наумбурга Дитріха фон Боксдорфа, створена близько 1434 р. [10, с. 691–699]. Використана також глоса Яна фон Буха та Стендальська глоса. Ян Кірштейн Церазин застосував 19 разів глоси до Саксонського зерцала та 12 разів – глоси до маґдебурзького права (вейхбільду) [10, с. 887]. Автор також спирався на праці глосаторів Азано й Аксірінса (XIII ст.), канонічне право В. Дурантіса (XIII ст.), коментатора Балда де Удалдіса (XIV ст.) і німецького юриста Удалрука Зазіуса (XIV ст.) [9 с. 32]. Отже, Ян Кірштейн Церазин із джерел римського права використав не лише Corpus Juris Civilis, а й праці глосаторів і коментаторів.

Ян Кірштейн Церазин посилався також на канонічне право й окремі праці інших польських дослідників. Найчастіше використовував праці М. Яскера,

оскільки той був сучасником і співпрацівником Яна Кірштейна Церазина. Водночас автор порівнював праці М. Яскера з їх німецькими оригіналами та критично оцінював його трактування окремих норм Саксонського зерцала, маґдебурзького права і глос до них [9, с. 35]. Ян Кірштейн Церазин неодноразово зазначав, що його метою не є написання Кодексу міського права, а роз'яснення окремих норм щодо їх правильного використання на практиці [9, с. 40].

Рецепцію маґдебурзького права Ян Кірштейн Церазин оцінював позитивно, але зазначав певні прогалини у маґдебурзькому праві, які призводили до виникнення непорозумінь в розгляді окремих категорій справ. І навпаки, римське право він вважав досконалішим [8, с. 27]. Прихильність Яна Кірштейна Церазина до римського права сприяла романізації "Enchiridion", що походила не лише від Corpus Juris Civilis, а й від Саксонського зерцала та маґдебурзького права, доповнених романізованими глосами. Професор Ягеллонського університету Леслав Паулі писав, що "Enchiridion" був романізованим юридичним трактатом, який нагадував західноєвропейську, переважно німецьку, популярну романізовану літературу [5, с. 153]. Сучасні німецькі та польські дослідники зачислюють цю працю не лише до джерел маґдебурзького права, оскільки в ньому однаково подано і маґдебурзьке, і римське право [7, с. 19].

Після смерті Яна Кірштейна Церазина, посаду судді Вищого суду німецького права Краківського замку обійняв Станіслав Айклер. Він також навчався в Ягеллонському університеті й отримав ступінь доктора права. Відомою є лише одна його праця – "Зображення або таблиця, що графічно показує, як відбирають спадок у того, хто не зробив заповіту" ("Figura seu tabula indicans graphice, quomodo haereditas abintestato defertur"). Вона не була надрукована, але її латинський текст повністю введено у твір Б. Ґроїцького "Титули права маґдебурзького" ("Tytuły prawa majdeburskiego") [5, с. 154].

Важлива роль у дослідженні маґдебурзького права у Польщі належала іспанцеві Педро Руїн де Моросу, відомому під прізвищем Ройсіус (помер у 1571 р.). Він навчався у Болонському університеті, був учнем видатного дослідника римського права – Альціата. Ройсіус у 1542–1551 рр. читав лекції з цивільного права в Яґеллонському (Краківському) університеті, де обіймав посаду завідувача кафедри. Згодом він працював у Великому князівстві Литовському суддею асесорського суду. Цей суд був найвищим апеляційним судом з розгляду міських справ цих земель [5, с. 155].

У 1563 р. Ройсіус опублікував у Кракові працю "Рішення про справи, подані на апеляцію у священній литовській залі суду" ("Decisiones de rebus in sacro auditorio Lituanico ex apallatione inducatis"). Вона складалась із 600 сторінок тексту і розглядала судові рішення у міських справах, що їх виніс автор під час виконання обов'язків судді асесорського суду. У ній подано широкі наукові коментарі стосовно використання норм маґдебурзького, римського та канонічного прав при розгляді окремих категорій справ. Серед джерел римського права Ройсіус використав Corpus Juris Civilis, праці глосаторів і коментаторів та твори юристів-гуманістів [5, с. 155].

Серед досліджень німецьких авторів XVII ст., які вважаються джерелами маґдебурзького права, застосованими на українських землях, були праці відомого криміналіста й засновника науки німецького кримінального права Бенедикта Карпцова [2, с. 32]. Він народився 27 травня 1595 р. у Віттенберзі, був другим сином юриста Бенедикта І Карпцова [11, с. 56]. Навчався на юридичних факультетах Віттенберга, Ляйпціґа, Єни. Захистивши дисертацію, працював разом із

батьком і старшим братом Конрадом на посаді професора Віттенберзького університету, а з 1623 р. – у складі шиффенського суду Ляйпціґа на юридичному факультеті Ляйпцігського університету. Впродовж 20 років виконував повноваження голови цього суду. На запрошення саксонського курфюрста Георга I кілька років працював у структурах влади курфюрства, а з 1661 р. до смерті (1666) – знову у шиффенському столі Ляйпціґа. Значна частина життя Бенедикта Карпцова припадала на 30-річну війну між протестантами і католиками (1618–1648), більшість бойових дій якої, відбувалися на німецьких землях. Це вплинуло на фахову і наукову діяльність Бенедикта Карпцова [11, с. 56].

Першою науковою працею Б. Карпцова стали - "Судові визначення до виборчих саксонських конституцій" ("Definitiones forenses ad Constituones Elektrorales Saxonicas") або "Римсько-саксонська судова юриспруденція" ("Juris prudentis Forensis Romano-Saxonica"), яка вперше вийшла друком у Франкфурті – над – Майном 1638 р. Упродовж XVII ст. її перевидавали сім разів, останні дві видання вийшли вже у XVIII ст., 1703 і 1721 р. – у Ляйпцігу [2 с. 32]. Праця складалась із 1600 сторінок, що поділялися на чотири частини. У першій містилися норми, які регулювали цивільно-процесуальне право, у другій і третій – міське право, а в останній – кримінальне і кримінально-процесуальне право. Завершується "Definitiones forenses ad Constituones Elektrorales Saxonicas" довідником з юридичних творів і праць відомих правознавців.

Наступною працею Б. Карпцова був – "Повний реєстр нової практики кримінальних справ саксонської імперії Бенедикта Карпцова" ("Practicacae Novae Imperialis Saxocae rerum criminalium Benedicti Carpzovii synopsis absoluta"). Вона вийшла друком у Віттенберзі 1635 р. і стала найвідомішою [11, с. 56], 1638 р. виходить у Франкфурті – над – Майном і Ляйпцігу в перекладі німецькою мовою [11, с. 56]. У 1646, 1655 і 1677 р. побачили світ видання "Practicacae Novae" у Віттенберзі. Три останні видання з'являються у Ляйпцігу 1703, 1709 і 1739 р. [2, с. 32]. Книга структурно поділялася на три частини. Кожна з них мала 50 запитань. У "Practicacae Novae" містилися норми кримінального та кримінально-процесуального права, зокрема вони стосувалися навмисного пошкодження чужого майна, визначення поняття злочину, провини, співучасті й покарання тощо.

Третя праця Б. Карпцова вперше з'явилась у Єні 1657 р. під назвою - "Судовий процес при саксонському дворі" ("Processus Juris in foro Saxonica"). Після цього її неодноразово перевидавали, останнє видання з'явилося 1708 р. у Ляйпцігу [2, с. 32]. За обсягом праця становить 1000 сторінок і структурно поділяється на 5 частин: перша – судові органи Саксонського вищого суду; друга – загальні зауваження; третя – загальний індекс назв, статей і параграфів; четверта – вступне слово й передмова автора. Головною частиною стали положення стосовно процесуального права. Завершується "Processus Juris in foro Saxonica", висвітленням (за абеткою) термінів процесуального права, написаних латинською мовою, і їхнім роз'ясненням німецькою. Ця праця латиномовна з цитатами законів і судових рішень, що є німецькомовною. Загалом "Processus Juris in foro Saxonica" регулював норми німецького кримінально-процесуального права, де чітко і точно висвітлено окремі слідчі дії та стадії кримінального процесу. Сучасники вважали працю енциклопедією кримінально-процесуального права [2, с. 32].

Серед джерел, які використовував Б. Карпцов у процесі написання праць, варто назвати Саксонське зерцало, магдебурзьке право, Кодекс Карла V (Кароліну), судові рішення Ляйпцігського шеффенського столу, праці італійських науковців із кримінального права [11, с. 57]. Дослідження Б. Карпцова були поширені на

німецьких землях, в інших європейських країнах, а також в Україні. Зокрема, у судочинстві київських війтівсько-лавничих судів, використовували працю Б. Карпцова "Practicacae Novae Imperialis Saxocae rerum criminalium". Працями Б. Карпцова користувалися у судах маґдебурзького права інших міст України, з ними були ознайомлені й представники козацької старшини. Так, О. Кістяківський зазначав, що у бібліотеці члена кодифікаційної комісії зі складання "Прав, за якими судиться малоросійський народ" генерального хорунжого М. Ханенка, містилися примірники творів Б. Карпцова.

Праці європейських дослідників Бенедикта Карпцова, Миколая Яскера, Яна Сервуса Тухольчика, Яна Кірштейна Церазина, Станіслава Айклера та інших стали джерелами маґдебурзького права. Їх широко застосовували в діяльності органів міського самоврядування, судочинстві та у кодифікації українського права у XVIII – першій половині XIX ст. Праці європейських дослідників сприяли рецепції римського права в українське.

1. Rymaszewski Z. Łacińskie teksty Landrechtu Zwierciadła Saskiego w Polsce : Jaskier – tekst głowny i noty marginesowe / Z. Rymaszewski // Wrocław : UŁ, 1975 – 600 s.
2. Jakowliw A. Das deutsche Recht in der Ukraine und seine Einflüsse auf das ukrainische Recht im 16–18 Jahrhundert / Andrij Jakowliw. Leipzig : Hirzel, 1942. – 220 s.
3. Tymosz. S. Statut Laskiego i jego wplyw na inne zbiory prawa / S. Tymosz // Acybiskup Jan Laskie reformator prawa. – Lublin, 2007. – 360 s.
4. Bojarski W. Speculum Saxonum i Jus Municipale jako żródła prawa w dzielach Tucholczyka / W. Bojarski // Prawo XXX. Studia z dawnego prawa sądowego i miejskiego / Red. nauk. Stanisław Salmonowicz. Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społecz. – Toruń : UMK, 1990. – 218 s.
5. Pauli L. Die polnische Literatur des Magdeburger Rechts im 16 Jahrhundert / L. Pauli // Studien zur Geschichte des sächsisch-magdeburgischen Rechts in Deutschland und Polen / Hg. v. D. Willoweit und W. Schich. – Frankfurt am Main : Lang; 1980 – 450 s.
6. Яковлів А. Український кодекс 1743 року: Права по которымь судится малороссийский народь. Його історія, джерела та системний виклад змісту / Андрій Яковлів // Записки НТШ, Т. 159. – Мюнхен : Закрава, 1949. – 211 с.
7. Lieberwirth R. Das sächsisch-magdeburgische Recht als Quelle osteuropäischer Rechtsordnungen / Rolf Lieberwirt // Sitzugsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig : Philologisch-historische Klasse. – Berlin : Akademie Velag, 1986. – Bd. 12. – H.1. -334 s.
8. Тарановский Ф. В. Обзор памятников магдебургского права западно-русских городов литовской епохи / Ф.В. Тарановський. – Варшав, 1897. – 201 с.
9. Pauli L. Jan Kirstein Cerasinus (1507–1561) – krakówski prawnik doby odrodzenia: studium z dziejów praw obcych i literatury prawniczej w Polsce / Lesław Pauli // Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiełłońskiego.- Z. 49. Kraków : Nakł. UJ, 1971. – Bd. 251 : Prace Prawnicze. – 800 s.
10. Steffenhagen E. Die Entwicklung der Landrechtsglosse des Sachsenspiegels. / E. Steffenhagen –Wien: Gerold, 1882. – Bd. 2: Die Stendaler Glosse (Sitzungsberichte der Kais. Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophisch-Historische Klasse. – Bd. 100 [9]). – S. 887.
11. Lück H. Benedict Carpzov (1595–1666) und der Leipziger Schöffenstuhl // Benedict Carpzov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen / Hg. v. G. Jerouschek, W. Schild, W. Gropp (Rothenburger Gespräche zur Strafrechtsgeschichte 2). – Tübingen, 2000. – 500 s.

ЛАТИНОМОВНИ ТРУДА ЕВРОПЕЙСКИХ ИССЛЕДОВАТЕЛЕЙ XVI–XVII СТ. ИЗ ПРОБЛЕМ МАГДЕБУРГСКОГО ПРАВА

М. Кобилецкий

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье проанализированы латиномовні труды европейских научных работников XVI–XVII ст., которые исследовали магдебургское право. Значительное внимание уделено использованию данных трудов в деятельности судов украинских городов и сел, которые использовали магдебургское право и в кодифікації права в Украине в XVIII, – начала XIX ст.

Ключевые слова: магдебургское право, рецепция римского права, війт, писарь, кодифікація.

LATIN-LANGUAGE WORKS OF EUROPEAN SCHOLARS OF XVI-XVII CENTURIES ON THE ISSUES OF MAGDEBURG LAW

M. Kobylec'kyi

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

Latin-language works of European scholars of XVI-XVII centuries, who researched Magdeburg law, are analyzed. Specific attention is paid to application of the mentioned works in the courts activity of Ukrainian towns and villages, which used Magdeburg law, as well as in law codification of Ukraine in the XVIII-th – early XIX-th centuries.

Key words: Magdeburg law, Roman law reception, vijt, writer (pysar), codification.

Стаття надійшла до редколегії: 04.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПОНЯТТЯ “НАРОДУ” ТА “НАЦІОНАЛЬНИХ ДЕРЖАВ” У ТВОРЧІЙ СПАДЩИНІ С. ДНІСТРЯНСЬКОГО

А.Коваль

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті аналізуються погляди Станіслава Дністрянського на поняття “народ” та “національна держава”, а також висвітлюються погляди науковця про право українського народу на власну національну державу.

Ключові слова: народ, національна держава, право, культура.

Станіслав Северинович Дністрянський (1870–1935) навчався у Віденському, Берлінському та Лейпцігському університетах, працював професором у Львівському університеті, був депутатом австрійського парламенту, засновником перших українських громадських об’єднань, редактором перших українських юридичних видань, автором багатьох німецьких, польських, чеських та французькомовних наукових видань, був учасником формування законотворчого процесу ЗУНР та засновників Українського Вільного Університету, а також академіком Всеукраїнської академії наук.

На нашу думку, С. Дністрянський один із перших серед українських науковців системно проаналізував процеси утворення, розвитку і функціонування права та держави, а також запропонував нове бачення важливих питань, які безпосередньо пов’язані з соціальною природою та призначенням права та держави для суспільства.

Предметом аналізу поглядів Станіслава Дністрянського на задекларовану вище тему стали такі його праці як: “Національна статистика” (Львів, 1910), “Самовизначення народів” (Відень, 1919), “Нова держава” (Відень–Прага–Львів, 1923), “Загальна наука права і політики” (Прага, 1923), “Погляд на теорії права та держави” (Львів 1925).

Оскільки “держава”, за С. Дністрянським, утворюється як результат органічної потреби суспільства, то до органічних суспільних об’єднань, крім подружжя, родини, роду, племені, держави, С.Дністрянський відносить також народ. Під поняттям “народ” він розуміє організацію людей, яка утворилась після виникнення держави у формі протесту проти територіальної влади держави. Як свідчить історія, культура значно впливала на свідоме життя людей у межах первісних держав. Навіть завоювання державою з однією культурою значних територій держав з іншими культурами не завжди змінювало світогляд захоплених людей. У державах, які розширювали свою територію за рахунок завойованих земель, складалась така ситуація, що в державі почали існувати цілі групи людей, вихованих іншою культурою, з іншими звичаями, традиціями, за іншими первісними родовими зв’язками. Ці групи були незадоволені тим, що їх відокремлено від спільних культурних груп і прагнули до об’єднання. Окремі суспільні групи почали внутрішню боротьбу проти територіальної влади держави.

Зокрема С. Дністрянський вважав, що протягом XVIII–початку XX ст. відбувався процес виникнення національної ідеї. Отже, національна ідея, на його думку, мала двоякий характер: з одного боку, вона виступала у формі прагнення до однієї національної держави, частини якої перебували на території різних держав, з другого, – у формі прагнення до національної автономії у

© Коваль А., 2011

державах, де крім корінного народу проживало ще декілька захоплених народів, які також прагнули мати власну національну державу [1, с. 94].

Порівнюючи поняття народу та держави, науковець знаходить у них спільні корені в родині, роді та племені, але він вважає, що мета їх створення була різною. Основною метою створення держави є захист власної території й організація всіх державних і міждержавних справ, а метою створення народу як свідомої суспільної групи, яка виникла після утворення держави, є збереження народної культури й поширення її серед майбутніх членів народу.

Важливими ознаками народу, на думку С. Дністрянського, є його природне походження, наявність власної етнічної території й власної культури. Під останньою він розуміє сукупність тих звичаїв, традицій, обрядів, які в процесі об’єднання різних племен стали загальнообов’язковими для всіх об’єднаних племен у народі. Отже, основним елементом народу є його культура. У такий спосіб відбувається природний процес злиття одних племен з іншими племенами, які були сильнішими культурою та силою. Культура сильніших народів домінує згодом у новому народі, який виникає через злиття кількох племен. Такий процес називається асиміляцією. Керуючись цим, С. Дністрянський доводить, що кожен народ є витвором процесу асиміляції двох основних чинників: звичаю й культури[1, с. 96].

У поняття культура він вкладає нову ознаку, яка не притаманна ні родині, ні роду, ні племені, ні державі, та відображає свою народну мову, культурні цінності, спільні історичні традиції та споріднені звичаї. Кожен народ має свою питому культуру, навіть якщо він без своєї державної організації.

Під поняттям “територія” у праці “Погляд на теорії права та держави” С. Дністрянський розуміє “ту спільну для народу частину землі, з якою він пов'язує свою долю, бо на ній поселився він назавжди з давніх віків, відчуваючи у ній свій дім. Тому, еволюційний розвиток іде, очевидно, в тому напрямку, щоб своїй питомій культурі відкрити шлях до цивілізації, тобто до того, щоб на своїй національній території утворити питому державну організацію”[2, с. 62]. Оскільки територія має два значення: етнографічне та політичне, для народу важливим є територія “з якою він пов’язує свою долю, де народ почуває себе як вдома, бо живе на невід’ємній чужими народами території”. Цю територію С. Дністрянський називає батьківщиною. У випадках, коли члени народу поселяються поза межами своєї батьківщини, відповідно територія, на якій вони поселились є для них чужою. Поряд із цим ці особи не перестають бути членами свого народу.

На основі цих подій С. Дністрянський формує власну теорію самовизначення народів, тобто створення національної української держави. Державну територію у праці “Самовизначення народів” він визначає через політичний принцип, а народну (національну) – лише через етнографічний. Аналізуючи питання про визначення кордонів самовизначення народів, дослідник пише, що “лише етнографічний принцип може дати повну відповідь на усі запитання, які пов'язані з проблемою самовизначення народів”. Він акцентує “поняття національної території є ексклюзивним, а значить, хоч би мешкало окрім себе кілька народів, ніяка територія не може бути одночасно національною територією для кількох народів, та, кожний народ має свою питому, етнографічно визначену національну територію, де він постійно поселився, та де він живе своїм питомим культурним життям. Поза цією територією він може відігравати лише роль завойовника або чужинця. Тому ті народи, що завоювали чужі народи, та не вспіли оселитися на їх територіях, ні їх повно асимілювати не можуть ніколи вважати її за свою власну

національну територію. Отже, ні поляки не можуть вважати Східну Галичину за свою національну територію, ні москалі не можуть на основі права народного самовизначення посягати на найменший шматок українських земель"[3, с. 200].

Визначаючи національну територію українського народу, С.Дністрянський зазначає, що "Українська національна територія тягнеться безперервно від Бескиду (Карпат) до Кавказу, та на цих географічно з'єднаних територіях живе більше ніж 70 % українського населення"[3, с. 202]. Саме ця національна територія є правовою основою для національного самовизначення українського народу.

Видатний правознавець піднімає дуже цікаві і на сьогодні питання про народність (національність) як ознаку приналежності до того чи іншого народу (нації). Народність (національність), на його думку, характеризується тими ж ознаками, що і народ, але до них додається ще одна ознака, яка має політичний характер. Саме політичний характер народності (національності), за ним, є недостатньо опрацьованим у науці.

С. Дністрянський у праці "Національна статистика" намагається звернути увагу на причини, на яких грунтується приналежність до народу (нації), встановити способи, як народність набувається, втрачається або змінюється. А тому вказує, що: "Народність повинна бути сталим технічним поняттям державного права, а узаконення цього поняття повинно відбуватись в такий же спосіб як при горожанстві і віросповіданні" [4, с. 64]. Він переконаний, що питання про набуття народної приналежності має бути врегульоване законом. "Так само, як набувається горожанство, набувається, на мою думку, і народність— двояким способом: первісним і посереднім. Первісний спосіб є тоді, коли набувається народність через походження від члена якоїсь народності; посередній – набувається шляхом асиміляції. Походження опирається головним чином на об'єктивних чинниках, тоді як асиміляція опирається в значній мірі на суб'єктивні моменти. Тому найважливішим завданням державного права так само як і національної статистики є те, щоб правильно представити знамена національної асиміляції і поставити їх основою подальших досліджень державного права й статистики"[4, с. 65].

На думку С. Дністрянського, щоб стати членом народу, не важливо, чи особа знає мову цього народу, користується його культурними цінностями і знає його історичні традиції, а важливо те, що вона хоче стати членом даного народу, який має і власну народну мову і культуру, свої історичні традиції та звичаї. Отже, культурна характеристика відповідає за усвідомлення членів народу себе такими, і за бажання залишатися такими.

Викликають зацікавлення роздуми українського вченого про ознаки народності, зокрема його погляди на розмовну мову як визначника певної народності: "Коли поглянути з теоретичного боку, то мусимо прийти до переконання, що розговірна мова не має з народністю нічого спільного. Ціль розговірної мови засадничо інша ніж ціль народності. Розговірна мова – це мова, якою одні користуються в розмові з іншими; тут не йдеться про характерні прикмети тієї особи, яка говорить, ні особи, із якою вона говорить, тут йдеться про встановлення соціального факту, який характер мають певні місця з огляду на мову, якою люди спілкуються між собою. Розмовна мова – це не мова, якої хтось вживає як член нації, а мова, якою хтось користується тому, що вона найбільш доступна його оточенню. Українець, що опиниться у Франції або Німеччині, говорить по-французьки або по-німецьки, отже "розмовна мова" для нього французька або німецька, хоча він не перестає бути українцем. Та коли він на Україні через невідрадні політичні відносини приневолений в щоденному житті

вживати російської мови, то він же ж не стає через це москалем всупереч своїй національній свідомості. В Західній Галичині він говорить із найближчим оточенням по-польськи, проте він не поляк, а українець. З цього випливає, що розговірна мова не може бути підставою народності” [4, с. 62].

У праці “Нова держава”, С. Дністрянський, досліджуючи питання виникнення національної ідеї, зазначає: “Хоч народи старі як світ, національна ідея є щойно витвором новіших часів, вона й поставила народ у безпосереднє відношення до держави. Народ став свідомим суспільним зв’язком, щойно процесом історії останніх століть, як протест проти територіальної само влади держави”[5, с. 9]. Під “територіальною самовладою держави” учений розумів дії державних органів щодо вирішення політичних кордонів, незважаючи на територію народів із їхньою мовою, культурою, звичаями, традиціями та обрядами. На його думку, штучно розірвані державною владою народні групи прагнули до свого об’єднання та утворення власної національної держави. З цими ідеями виникає поняття національної ідеї всіх народів, прояв якої можна яскраво побачити після Французької революції у подіях, які відбувались протягом XIX–XX ст. Внаслідок цього постала стала перша світова війна, яка охопила майже всі народи Європи.

Висвітлюючи події 1917–1920 років, правознавець констатував: “Український народ заявив виразно через своїх народних заступників, що бажає собі злуки всіх українських земель і що бажає творити одну самостійну українську Республіку. Так само весь український народ заявив готовність визнати іншим народам, що живуть на просторах українських земель, повне право на їхнє народне самовизначення, але природно з тим, що права народів меншості будуть стояти в згоді з територіальними національними правами українського народу. Українські установчі збори, що відбулися на демократичних основах рівності всіх народів, мали видати окремий закон про самовизначення всіх народів, зокрема, про національне забезпечення меншостей. У цих рамках немає місця для референдумів, так як не може бути сумніву, що Східна Галичина належить до української національної території”[3, с. 203].

Кордонами самовизначення, на його думку, має бути національна територія даного народу. Вона утворилася лише через культуру й звичай. Це не територія держави, яка має державне правове визнання. А тому С. Дністрянський зазначає, що “ті народи, які завоювали під свою владу чужі народи, та не вспіли поселитися на їхнє місце, ні їх повно асимілювати не можуть ніколи вважати завойованих земель за свою власну національну територію” [6, с. 26].

Зважаючи на це, С. Дністрянський пише: “Ні поляки не можуть Східної Галичини зачислювати до своєї національної території, ні москалі не можуть на основі права народного самовизначення посягати на найменший шматок українських земель”.Він переконаний в тому, що “той народ, до якого належить дана національна територія є більшістю на цій території; всі члени інших народностей можуть там бути лише меншістю – та й вони матимуть право народних меншостей у цьому краю”. Так, на думку С. Дністрянського, “Український народ заявив виразно через своїх народних заступників, що бажає собі злуки всіх українських земель і, що бажає творити одну самостійну республіку. Так само весь український народ заявив готовністю признати всім другим народам, що живуть на просторах українських земель, повне право на їхнє самовизначення, але за умови, що права народів меншості будуть стояти в згоді з територіальними правами українського народу” [6, с. 26].

Так, автор коротко передав погляди С. Дністрянського на власне бачення щодо вирішення національної проблеми українського народу, який у той час мав усі

права та можливості щодо створення власної національної держави на власній національній території.

Більшість думок С. Дністрянського є актуальними і сьогодні і можуть бути враховані при формуванні нової законодавчої бази у вирішенні національних питань в Україні.

---

1. Дністрянський С. Нова держава. Інавгураційний виклад ректора проф.. С.Дністрянського //Український вільний університет в Празі, в роках 1921-1926.- Прага, 1927
2. Дністрянський С. Погляд на теорії права та держави //Ювілейний збірник Наукового товариства ім. Шевченка у Львові в п'ятдесятиліття основання 1873-1923, Львів 1925
3. Дністрянський С. Самовизначення народів // Воля. Відень, 1919. Т. 5. Ч. 3,4,5.,
4. Дністрянський С. Національна статистика. Львів. 1910.
5. Дністрянський С. Нова держава// Український скиталець. Відень-Прага-Львів, 1923
6. Дністрянський С. Самовизначення народів //Воля. Відень 1919, Т. 5 – Ч.1; Т.5 – Ч.5

ПОНЯТИЕ "НАРОДА" И "НАЦИОНАЛЬНЫХ ГОСУДАРСТВ" В ТВОРЧЕСКОМ НАСЛЕДСТВЕ С. ДНИСТРЯНСКОГО

А. Коваль

Львовский национальный университет имени Ивана Франка
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье анализируются взгляды Станислава Днестровского на понятие "народ" и "национальное государство", а также освещают взгляды научного работника о праве украинского народа на собственное национальное государство.

Ключевые слова: народ, национальное государство, право, культура.

NOTIONS OF "NATION" AND "NATIONAL STATES" IN THE CREATIVE HERITAGE OF S. DNISTRIANS'KYI

A. Koval'

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article deals with the views of S. Dnistrjans'kyi on the notions of "nation" and "national state", as well as with the right of the Ukrainian nation to her own national state.

Key words: nation, national state, culture, law.

Стаття надійшла до редколегії: 25.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ВИБОРЧЕ ПРАВО АНГЛІЇ В XIII-XVI СТ.

А. Кольбенко

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті розглянуто становлення виборчого права Англії в XIII-XVI ст. Досліджено, що основи виборчого права були закладені ще в період до утворення парламенту на підставі місцевих звичаїв, сформованих в окремих графствах і містах. Через це єдиного нормативно-правового акта, який би регулював проведення виборів у масштабах країни в цей час не існувало. Найбільший вплив на процедуру виборів і можливість обирати та бути обраним переважно мали найбагатші представники пануючих верств населення. Тому вибори в цей час ще не мали ознак загальності та рівності.

Ключові слова: Англія, Середньовіччя, вибори, графства, міста, мандат.

Виборче право є одним із найдієвіших інструментів здійснення широкомасштабних політичних, державних та соціально-культурних перетворень у будь-якій країні з метою досягнення суспільством нового якісного стану. Особливо це стосується сучасної України, де актуальні проблеми суспільства не завжди вирішуються за допомогою залучення своєчасних виборчих механізмів. Саме тому звернення до досвіду становлення і розвитку виборчого права Англії в часи Середньовіччя є важливим та актуальним. Адже саме Англія – батьківщина першого чинного парламента і саме тут виборче право розвивалося поступово та послідовно, враховуючи різноманітні реалії, що виникали на конкретних історичних етапах розвитку держави. Тому, метою статті є з'ясувати юридичну природу становлення виборчого права Англії, його роль і значення в процесі становлення англійської державності та його вплив на розвиток виборчої системи.

Розвиток англійської держави порівняно з іншими європейськими країнами мав певні особливості. Зокрема, тут станово-представницька установа, а отже, і право вибирати представників у цей загальнодержавний орган, виникла на основі положень Великої хартії вольностей 1215 р. Хоча Хартія прямо не передбачала створення представницького органу, який би відображав інтереси всього суспільства середньовічної Англії, проте вона стала поштовхом для обмеження влади короля за допомогою ради королівства. До цієї ради увійшли архієпископи, абати, графи та старші барони [7,с. 60].

Надавши право представляти свої інтереси цій групі населення на загальнодержавному рівні, англійська знать могла обстоювати свої інтереси в економічній та у сфері управління державою. Згодом, унаслідок політичної боротьби між королем та різними суспільними групами, у 1265 р. на засідання ради були запрошені не лише духовні та світські магнати, але й по два лицарі від кожного графства і по два представники від найбільших міст. Саме відтоді й почалася історія станово-представницької монархії та появи першого парламенту [6, с. 11]. І хоча участь виборних від "общин" представників у парламенті набула регулярності лише останніми роками XIII ст., збори такого типу стали вже звичним явищем з початку правління Едуарда I [1, с. 363].

Для дослідження середньовічного права Англії потрібно насамперед розглянути питання про порядок обрання представників від графств та міст, оскільки були певні відмінності цієї процедури. Графств у XIII ст. в Англії налічували 32. Спочатку її очолював олдермен, який представляв інтереси місцевої знаті. З поширенням влади

© Кольбенко А., 2011

короля замінили олдерменів шерифи. Двічі на рік під головуванням олдермена, а згодом шерифа, відбувалися зібрання знатних осіб графства, в яких брали участь єпископ, великі землевласники та місцеві службові особи, а також староста, священик та чотири поважні селянина від кожної сільської общини [3, с. 149].

Графства поділялися на сотні, кількість яких коливалася від 64 на півдні до чотирьох на півночі. Сотні раз на місяць скликали зібрання, яке складалося зі старійшини та великих землевласників, а також представників від сільських общин – старости, священика та чотирьох уповноважених на представництво селян. Відвідування зібрань було обов'язковим, і за неявку передбачали штраф. Сотенні зібрання поряд із судовими справами розглядали фіскальні повинності серед населення. На зібраннях сотні обирали старійшину. Згодом на зміну старійшині прийшов сотенний бейліф – помічник шерифа у справах управління графством та з оподаткування в межах сотні, що була у його віданні.

Особливе місце в Англії належало сільській общині, яка користувалася самоуправлінням. На сільському зібранні (галімоті) вирішували усі найважливіші питання господарського життя. Головував на цьому зібранні обраний общиною сільський староста. Отже, ще до створення парламенту, можна простежити в Англії зародження виборчого права та виборчого процесу на місцевому рівні. Тому категорично стверджувати, що таке зародження пов'язане винятково з виникненням парламенту, не можна. Парламент насамперед узагальнив місцеві традиції на загальнодержавному рівні.

У королівських наказах про обрання представників у парламент від графств їх іменували як "лицарі графств", інколи при цьому було зазначено, що в графстві повинні бути обрані найбільш "досвідчені" та "найкращі й повноправні лицарі". В XIII ст. звання лицаря не завжди асоціювалося з військовими повинностями, оскільки військова служба могла замінюватися "щитовими грошима", і перестала бути винятково привілеєм лицарства та почала вважатися обов'язком усіх вільних утримувачів землі. Проте бути обраними до парламенту могли лише особи, які мали офіційний титул лицаря.

Про проведення виборів до парламенту свідчить те, що у всіх королівських наказах, що були спрямовані шерифам з цього приводу, починаючи від 1290 р., була постанова проводити вибори та забезпечити явку до парламенту лицарів графств і міст. Про факт виборності депутатів свідчать також постійні вказівки про те, що вони повинні мати повноваження від общини і "з'являтися в парламент за общину". Загальновідомі факти визначеної плати представникам графств за рахунок общини графства також певною мірою свідчить про те, що їх розглядали як представників інтересів цієї общини. У звітах шерифів постійно зазначали, що депутати були вибрані, і часто навіть уточнювали ким і як. У деяких випадках, коли вибори з яких-небудь причин не могли бути проведені, шерифи повідомляли центр, що вони не скеровують представників до парламенту через те, що вважають це кращим, аніж направляти довільно призначених осіб.

Вибори проводили на зібраннях графств, в якому брало участь усе доросле населення графства. В історичній літературі наявне припущення деяких англійських науковців, що до виборів могли допускатися навіть кріпосні вілани, хоча такий погляд вважаємо помилковим, оскільки вілани належали до залежної частини населення, а у виборах могли брати участь тільки вільні [1, с. 375].

Основну частину виборців у зібраннях графств становили дрібні та середні феодали. Це був той прошарок населення, який здавна залучала королівська влада до участі в місцевому самоврядуванні і який поряд з великими феодалами

захищався загальним правом і дієво на практиці користувався перевагами свого вільного статусу [2, с. 193].

Щодо з'ясування процедури проведення виборів, то про це є досить мало інформації. Тому, швидше за все, вибори, як і інші питання, вирішувалися гучними вигуками присутніх. Особливе місце належало і висуненню кандидатів, яких в XIV–XV ст. пропонували найбагатші та впливові землевласники графств, котрі об'єднувалися в "ініціативні групи" і від яких залежало рішення всіх інших учасників. Тому до парламенту часто, навіть по декілька разів, вибирали лицарів графства, які були досить великими землевласниками [5, с. 141]. Крім того, значний тиск на вибори міг здійснювати і шериф, котрий, зазвичай, також був великим землевласником у графстві.

Поряд з представниками від графств до парламенту обирали також представників від міст середньовічної Англії. Вони, як і лицарі графств, були виборними представниками, однак у перші роки існування парламенту не становили єдиного цілого з представниками графств.

Представництво від міст спочатку відігравало досить незначну роль, тому в багатьох скликаннях парламентів XIII–XIV ст. представників міст взагалі не було. Король традиційно вважав, що радитися потрібно лише зі своїми васалами та найближчим оточенням. Згодом таке ставлення змінилося через взаємну зацікавленість короля та представників міст посилювати власний статус у державі [3, с. 190]. Оскільки центральна влада не наполягала на певній кількості міст від кожного графства, то й шерифи, на яких було покладено обов'язок організовувати вибори, не дуже переймалися тим, чи всі міста і графства надсилали своїх представників. Оскільки не було точного списку міст, що мали бути запрошені до парламенту, то кількість запрошених міст від кожного графства постійно змінювалася. Отож, деякі міста не постійно мали своє представництво в парламенті. Переважно до парламенту постійно запрошували міста, які з такими ознаками:

– користувалися правом фірми;
– мали торговельну гільдію;
– бували на королівській землі;
– користувалися широкими муніципальними привілеями чи були адміністративними центрами графств [1, с. 395].

Шерифи часто зловживали своїми повноваженнями і навіть брали хабарі за включення чи виключення міст до "парламентських". Вибори міщан до парламенту були переважно привілеєм невеликої кількості найбагатших її представників. Процедура виборів була неоднаковою в усіх містах і залежала від тих демократичних правил, принципів та традицій місцевого самоврядування, які діяли в конкретному місті [4, с. 27].

Про це свідчить наступний матеріал. Представниками в парламенті були переважно особи, які обіймали керівні посади в органах місцевого управління. А інші верстви міського населення, такі як ремісники чи представники інших нижчих прошарків суспільства, рідко або взагалі не потрапляли до парламенту. Обмеженість кола осіб, які могли бути обраними представниками від міста до парламенту, можна пояснити ще й тим, що досить часто, так само як і представниками від графств, обирали одних і тих самих людей. Причому в деяких містах це практикували постійно, через те, що в містах були сформовані зацікавлені групи осіб, які лобіювали в парламенті свої інтереси. Їм було вигідно обирати потрібного їм кандидата, який би захищав їхні інтереси, аніж обирати "чужого", хто не входив до їхньої привілейованої групи. Процедура проведення

виборів не була чітко встановлена. Якщо в наказах про обрання представників від графств чітко вказувалося, що вони повинні бути обрані на засіданнях графств, то стосовно міст такого не було. Зокрема, на прикладі міста Лондона, простежимо, що вибори проводили на дуже малому зібранні, в якому брало участь 24 олдермена і 100–150 найдосвідченіших міщан. Тому й не дивно, що це зібрання обирало депутатів зі свого середовища, тобто осіб, які належали до міської верхівки. Також варто звернути увагу на те, що в Лондоні порядок виборів мера, олдерменів та шерифів відбувався так само, як і вибори до парламенту. Це дає підставу вважати, що і в інших містах порядок обрання представників до парламенту був визначений загальним характером міського самоуправління.

Там, де вибори міської влади проводили на широких зібраннях, за участю більшої частини міщан, такими були й вибори до парламенту. А там, де вибори були під керівництвом обмеженого кола осіб, їх проводили олігархічним шляхом. Тому демократичність виборів до парламенту прямо залежала від того, як відбувалося управління містом. Якщо барони, пери та ерли, а також окремі духовні особи, котрі утворювали в парламенті окрему палату лордів, запрошувалися до парламенту королем і репрезентували у ньому самих себе, то депутатів від графств та міст вважали мандатаріями окремих груп свого стану, від яких вони були обрані. Як кожен мандатарій-депутат одержував від виборців певний мандат, який за своїм змістом міг бути загальним чи спеціальним. В одному випадку виборці доручали своєму депутатові вести всі справи у парламенті, а в інших – депутатам надавали певною мірою точно визначені повноваження.

Отже, юридичною основою станового представництва був мандат, схожий до цивільно-правового мандата. Між виборцями і обраними представниками до парламенту встановлювалися відносини, відповідно до тих, що були передбачені ще в римському праві договором доручення, за яким одна особа (довіритель) доручає, а інша особа (повірений, мандатарій) бере на себе безоплатне виконання певних дій [6, с. 16].

В англійському парламенті відносини представництва були двосторонніми: депутат був зобов'язаний представляти інтереси своїх виборців, а виборці мали оплачувати його витрати на представництво, а іноді видавати йому спеціальну винагороду, що й відрізняло мандат депутата від доручення за римським цивільним правом.

Також потрібно зазначити той факт, що, на відміну від багатьох інших європейських держав, в Англії представництво мало як становий, так і територіальний характер. Палата общин представляла інтереси графств і міст. Виборці та обрані депутати були пов'язані цивільно-правовими зобов'язаннями, депутати одержували інструкції від своїх виборців, обов'язкові до виконання. Роль таких інструкцій найчастіше виконували відповідні петиції. Отже, виборче право та виборчі традиції в Англії почали формуватися ще задовго до виникнення станово-представницького органу (парламенту) у межах всієї держави.

Найбільший вплив на процедуру виборів і можливість бути обраним до парламенту та інших колегіальних органів у досліджуваний період мали зазвичай найбагатші представники пануючих верств населення. До них у тогочасній англійській державі насамперед належали барони, лицарі, представники духовенства та міської верхівки.

Єдиного нормативно-правового акту, який би регулював проведення виборів у масштабах країни в цей час не було і тому вони відбувалися на підставі тих правових традицій, які сформувалися в окремих графствах і містах.

Участь у виборах брала переважно лише панівна політична та економічна місцева еліта, зацікавлена в обранні до парламенту "слухняного" депутата переважно з свого середовища. Тому вибори в Англії у XIII–XVIст. ще не можна назвати загальними і рівними.

Важливе значення для врахування політичних та економічних інтересів різних соціальних верств населення мало територіальне і станове представництво.

1. Гутнова Е.В. Возникновение английского парламента.- М.,1960.
2. Гутнова Е.В. Социальний облик представите лей графств в английском парламенте конца 13- начала 14 //СВ.-1956.-вип.8.
3. Колесницкий Ф.К. Феодальное государство.-М., 1967.
4. Страхов М.М. Історія держави і права зарубіжних країн.-К.,2003.
5. Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы / Под ред.акад. В.М. Корецкого.-М.,1961.
6. Зарубіжний парламентаризм.-К.,1993.
7. Штокмар В.В. История Англии в средние века.-Л.,1973.

ИЗБИРАТЕЛЬНОЕ ПРАВО АНГЛИИ В XIII-XVI СТ.СТ.

А. Кольбенко

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статте рассмотрено становление избирательного права Англии в XIII-XVI вв. Исследовано, что основы избирательного права были заложены еще в период перед формированием парламента, благодаря местным обычаям, которые сложились в отдельных графствах и городах. Потому единого нормативно-правового акта, которых бы регулировал проведение выборов у масштабах всей страны, не было. Наибольшее влияние на процедуру выборов, а также возможность избирать и быть избранным, в большинстве случаев, имели наиболее богатые представители господствующих слоев населения. Потому выборы в этот период времени еще не имели признаков всеобщности и равенства.

Ключевые слова: Англия, средневековье, выборы, графства, города, мандат.

ELECTORAL LAW OF ENGLAND IN THE XIII-XVI CENTURIES

A. Kol'benko

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

Origin of electoral law in England in the XIII-XVI centuries is regarded. It is researched, that the bases of electoral law were laid out in the period prior to the parliament formation on the ground of local customs, formed in some counties and cities. Consequently, there was no single normative-legal act on elections regulation within the country in that period. The main influence on the election procedure and the possibility to elect and be elected belonged to the richest representatives of the population. Therefore elections in that period were not characterized by universality and equality features.

Key words: England, the Middle Ages, elections, counties, cities, mandate.

Стаття надійшла до редколегії: 17.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

МАЙНОВІ ПОКАРАННЯ У ВІЙСЬКОВОМУ СТАТУТІ ПРО ПОКАРАННЯ 1869 Р. ТА ВІЙСЬКОВО-МОРСЬКОМУ СТАТУТІ ПРО ПОКАРАННЯ 1886 Р. РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ

К.Марисюк

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна
e-mail: markos1976@mail.ru

У статті досліджено питання майнових покарань за Військовим статутом про покарання 1869 р. та Військово-морським статутом про покарання 1886 р. Російської імперії. Вивчено їх характерні ознаки та особливості застосування. Особливу увагу звернено на питання їх співвідношення між собою та з іншими видами покарань.

Ключові слова: покарання, штраф, статут.

В умовах реформування всіх сфер суспільного життя, що сьогодні простежують в нашій державі, виникає необхідність у вивченні й узагальненні історико-правового досвіду як України, так і тих зарубіжник країн, які перебували у тісному зв'язку і значною мірою впливали на формування вітчизняних держави, суспільства і права.

У згаданій сфері значну цікавість викликають питання нормативного закріплення системи кримінальних покарань на українських землях у другій половині XIX–на початку XX ст.

Загальним питанням кримінального права Російської імперії досліджуваного періоду присвячували свої праці як сучасники згадуваних подій (наприклад, Л. Бєлогріц-Котлярєвскій, П. Валєнтінов), так і ті, які вивчали згадувані питання крізь пизму років (В. Гончаренко, Ю. Проценко). Водночас, фактично всі дослідники обмежувались аналізом правових положень, що містилися в Уложенні про покарання кримінальні і виправні 1845 р. та у Статуті про покарання, які накладаються мировими суддями 1864 р., фактично залишаючи поза увагою так зване військово-кримінальне законодавство того часу. Всю складність ситуації чітко можна проілюструвати тим простим фактом, що, наприклад, Військово-морський статут про покарання 1886 р. досі жодного разу не був предметом серйозних вітчизняних історико-правових розвідок.

Оскільки повною мірою охопити всі спірні питання в межах однієї публікації неможливо, обмежимо коло нашого дослідження питаннями майнових покарань, закріплених у Військовому статуті про покарання 1869 р. та Військово-морському статуті про покарання 1886 р. Російської імперії.

Як відомо, перше видання Зводу законів Російської імперії було оприлюднене 31 січня 1833 р. Це перше видання включало в себе діючі закони станом на 1 січня 1832 р. [10, с. 552–553]

Повне видання Зводу здійснювалось у 1842 та 1857 рр. [7, с. 96] Відтак, у 1857 р. світ побачило третє і останнє офіційне видання Зводу законів.

На початку XX ст. Звід законів складався з 16-ти томів, які поділялися на частини, до складу яких входили 86 приватних зводів чи окремих актів, які називалися "уставами", "положеннями", "правилами" тощо. Серед іншого, Звід законів містив і положення, які стосувалися кримінально-правової сфери. [5, 306]

Згаданим вище питанням було присвячено том XV Зводу законів. Спочатку у ньому містилися Уложення про покарання кримінальні і виправні та Статут про

© Марисюк К., 2011

покарання, які накладаються мировими суддями, перше з яких визначало покарання за більш тяжкі, а другий – за менш тяжкі злочини [8, с. 3].

Проте, далеко не всі нормативно-правові акти у кримінально-правовій сфері були включені до згаданого вище Зводу законів. Наприклад, окремо існували й самостійно діяли такі кодифіковані акти, як Військовий статут про покарання 1869 р. та Військово-морський статут про покарання 1886 р. [5, с. 309; 9, с. 160].

Найважливішими історичними передумовами прийняття Військового статуту про покарання 1869 р. та Військово-морського статуту про покарання 1886 р. можна вважати військово-кримінальні закони, уперше закріплені в російському законодавстві в XVII ст., в главі VII Уложення 1649 р. [2, с. 2] та Військові артикули Петра I 1716 р, які закріплювали паралельно загальні й спеціальні військові злочини.

У період царювання Миколи I ці Артикули було доповнено виданням Польового військового уложення, яке було розраховане на період воєнного часу.

Положення цих двох статутів зберегли свою силу і в Зводі військових постанов 1839 р., в п'ятій частині яких було поміщено Військово-кримінальний статут.

З виданням Уложення про покарання кримінальні і виправні виникла необхідність перегляду військово-кримінальних законів, і от, після попередніх спроб, 5 травня 1868 р. було оприлюднено Військовий статут про покарання, який ввійшов до частини VI Зводу воєнних постанов 1869 р., а дещо пізніше (у 1886 р.) і Військово-морський статут про покарання [1, с. 99].

Керуючись цим, важливим видається визначення місця Військового статут про покарання та Військово-морського статуту про покарання в системі кримінально-правового законодавства того часу.

Зазначене співвідношення, на думку В. Кузьміна-Караваєва, можна визначити ідеєю залежності. Це пояснюють, з одного боку, тим, що військово-кримінальні закони формально не були самостійними; їх можна було назвати самостійними лише щодо закріплених у них спеціальних положень. З іншого ж боку, військовослужбовці, поряд з іншими громадянами, могли вчиняти вбивства, крадіжки, підпали тощо, тобто посягати на норми загального права.

Відтак, наприклад, співвідношення Військового статуту про покарання з діючим у той час загальним кримінальним законодавством, як і сама ідея його залежності, чітко сформульовані у ст. 1 Статуту, а саме: "У всіх тих випадках, для яких цим Статутом не встановлено винятків чи особливих правил, до осіб, які підпадають під дію військово-кримінальних законів, застосовуються, відносно злочинів, проступків і покарань, загальні постанови, які діють щодо кримінальних законів" [6, с. 122].

У зв'язку з тим, що за змістом викладених норм у сфері майнових покарань обидва статути містили фактично аналогічні положення, розглянемо їх у сукупності, звертаючи окрему увагу лише на наявні розбіжності.

Поділяючи покарання на кримінальні і виправні, Статути зверталися і до майнових покарань.

Надаючи перевагу покаранням, спрямованим проти особи (наприклад, смертній карі, ув'язненню у фортеці, висланню та ін.), Статути не згадували у переліку кримінальних покарань жодного майнового. Водночас, серед закріпленого у досліджуваних документах переліку виправних покарань мали місце й ті, які можна віднести до майнових. Зокрема, ст. 6 Військово-морського

статуту про покарання та ст. 6 і 7 Військового статуту про покарання передбачали, що за злочини, поєднані з порушенням обов'язків військової служби для осіб, які користуються особливими правами стану, а також для осіб, які не користуються особливими правами стану, серед інших могли застосовуватись і *грошові стягнення* [4, с. 6 – 7; 3, с. 4].

Грошові стягнення призначали деколи як самостійні, а деколи як додаткові до інших покарань [8, с. 30].

Розмір цих покарань визначали на підставі особливих постанов щодо кожного, такого, що підлягав цим стягненням, протизаконного діяння.

У разі накладення грошового стягнення, яке визначалося законом лише в одному найвищому розмірі, воно могло бути пом'якшене у вироку суду (ст. 35 Військового статуту про покарання, ст. 33 Військово-морського статуту про покарання) [4, с. 15 – 16; 3, с. 13].

Традиційним для нормативно-правових актів Російської імперії досліджуваного періоду можна вважати те, що законодавець у Загальній частині Статутів не визначав чітких рамок грошового стягнення. Однак і Військовий статут про покарання, і Військово-морський статут про покарання, пішли ще далі, ніж інші кримінально-правові приписи того часу, не зазначивши і у жодній зі статей Особливої частини якоїсь прив'язки до грошових показників, які б дали можливість хоча б формально прив'язатись до фактичних розмірів досліджуваного покарання.

Водночас, традиційним для Статутів було визначення розмірів грошового стягнення залежно від завданої злочином шкоди. Наприклад, ст. 217 Військового статуту про покарання, крім відсторонення від служби, вимагала стягнути завдану скарбниці шкоду [4, с. 87], а ст. 225 вимагала сплати грошового стягнення не більше півпроцента в місяць від тої суми грошей або ціни того майна, яке було неналежно видане внаслідок вчинення злочину [3, с. 85].

Грошові стягнення, які не мали за законом особливого призначення, приєднувались або до капіталів Александрівського комітету зі справ поранених, а в нерегулярних військах звертались на користь належних цим військам капіталів, призначених для благодійницької мети (ст. 37 Військового статут про покарання [4, с. 16]), або ж приєднувалися до капіталів комітету з питань поранених (ст. 35 Військово-морського статуту про покарання [3, с. 14]).

Замість призначених за злочини і проступки грошових стягнень, нижні чини, які не мали власного майна для сплати останніх, підлягали:

- якщо сума стягнення не перевищувала п'ятдесяти рублів – простому арешту на строк до десяти днів;
- якщо сума стягнення не перевищувала ста п'ятдесяти рублів – простому арешту від десяти днів до одного місяця;
- якщо сума стягнення не перевищувала трьохсот рублів – одиночному ув'язненню у військовій (військово-морській) в'язниці на строк від одного до двох місяців;
- якщо сума стягнення була більшою від трьохсот рублів – одиночному ув'язненню у військовій (військово-морській) в'язниці на строк від двох до чотирьох місяців. [4, 24; 3, 22]

Якщо засуджені до виправних покарань офіцери чи цивільні чиновники військового відомства були не в стані заплатити всього чи частини накладеного на них покарання, то вони підлягали відрахуванню певної частини отримуваного

ними утримання у відповідності до спеціальних постанов, а у випадку звільнення зі служби – підлягали заміні покарання на загальних засадах [4, с. 24 – 25; 3, с. 22 – 23].

З зазначеного правила існував виняток, який полягав у тому, що згідно зі ст. 53 Військового статуту про покарання та ст. 51 Військово-морського статуту про покарання, нижні чини за жодних випадків не могли підлягати відрахуванню з утримання, яке вони отримували від скарбниці. [4, с. 22; 3, с. 19]

Можна вести мову про наявність як у Військовому статуті про покарання, так і у Військово-морському статуті про покарання й залишків *майнових покарань на користь потерпілого*.

Хоч Статути не згадували про такі покарання, але їх норми містили положення, згідно з якми винні в злочині чи проступку, які завдали комусь шкоди або збитків, окрім покарання, мали відшкодувати завдану шкоду або збитки відповідно до рішення суду з цього питання, на підставі загального закону чи особливих військових постанов [4, с. 25] (постанов морського відомства [3, с. 23]).

Потерпілим від злочину могла бути не лише приватна особа, але й скарбниця, коли злочином порушувався майновий інтерес держави (наприклад, у разі розтрати посадовою особою казенного майна) [8, с. 36].

Винна особа, яка не мала належних засобів для відшкодування завданих нею шкоди чи збитків, на вимогу потерпілої сторони, якщо її (винну особу) не було засуджено до кримінального покарання, могла підлягати: ті, що залишились на військовій службі – відрахуванню з заробітку, а ті, що були звільнені з військової служби – тюремному ув'язненню [4, с. 26; 3, с. 23–24].

Зі значною долею впевненості можна вести мову про те, що законодавець ставив відшкодування шкоди потерпілому вище грошових стягнень на користь держави. Такий висновок дає підстави зробити положення, закріплене у ст. 65 Військового статуту про покарання та ст. 64 Військово-морського статуту про покарання, згідно з яким, у випадку неплатоспроможності засудженого до сплати відшкодування та до грошового стягнення, з його майна спочатку відшкодовувалося стягнення за шкоду чи збитки, а грошове стягнення зверталося лише на частку майна, яка залишиться після цього [4, с. 26; 3, с. 24].

Варто зазначити, що, незважаючи на надзвичайну подібність норм Військового статут про покарання та Військово-морського статут про покарання, в тому числі й щодо майнових покарань, останні містили й деякі положення, притаманні лише одному з них. Наприклад, у Військовому статуті про покарання було передбачене положення, яке зазначало, що до покарань, як кримінальних, так і виправних, мало приєднуватись, у деяких, визначених законом випадках, і покарання у виді *конфіскації всіх чи частини належних засудженому речей чи іншого майна* [4, с. 8].

Незважаючи на те, що цю норму можна вважати більше декларативною, ніж реальною, оскільки суті цього стягнення, як і процедури його застосування, не роз'яснювалось, проте Військово-морський статут про покарання взагалі не згадував про таку можливість, а відтак, очевидно й фактично не допускав її.

Мали місце такі норми й у Військово-морському статуті про покарання. Наприклад, згідно зі ст. 62 стягнення винагороди за завдану шкоду або збитки, у випадку смерті винного, поширювалось і на його спадкоємців, але

стягувалося лише з того майна, яке їм перейшло у спадок від винного (ст. 62) [3, с. 23].

Підсумовуючи викладене вище, можна констатувати, що в частині фіксації майнових покарань Військовий статут про покарання 1869 р. та Військово-морський статут про покарання 1886 р. загалом пішли шляхом таких кримінально-правових джерел розглядуваного часу, як Уложення про покарання кримінальні і виправні 1845 р. та у Статут про покарання, які накладаються мировими суддями 1864 р., відводили останнім другорядне, допоміжне місце порівняно з тими ж покараннями, спрямованими проти особи.

1. Бълогрицъ-Котляревскій Л. Учебникъ русскаго уголовнаго права. Общая и особенная части / Л. Бълогрицъ-Котляревскій. – Кіевъ-Петербургъ-Харьковъ: Южно-Русское Книгоиздательство Ф.А. Югансона, 1903. – 626 с.
2. Валентиновъ П. Конспектъ по русскому уголовному праву / П. Валентиновъ. – Харьковъ: Типо-Литографія “Печатное Дъло”, 1900. – 112 с.
3. Военно-морской уставъ о наказаніяхъ. Изданіе 1886 года. / Свод морскихъ постановленій. – Книга шестнадцатая. – СПб.: Типографія Морскаго Министерства, 1887. – 150 с.
4. Воинскій уставъ о наказаніяхъ 1869 г. – СПб. : Военная Типографія, 1899. – 125 с.
5. Гончаренко В. Право України під час її перебування у складі Російської імперії / Правова система України: історія, стан та перспективи: У 5 т. – Т. 1. / В. Гончаренко. – Х.: Право, 2008. – 728 с.
6. Кузьминъ-Караваевъ В.Д. Военно-уголовное право. Часть общая / В. Д. Кузьминъ-Караваевъ. – СПб. : Типографія С.-Петербургской Тюрьмы, 1895. – 316 с.
7. Проценко Ю.Л. Государство и право России в период разложения крепостнического строя и роста капиталистических отношений (первая половина XIX века) / Ю.Л. Проценко. – Волгоград: Издательство Вол.ГУ, 2005. – 132 с. – с. 96.
8. Русскіе военно-уголовные законы въ связи съ законами обще-уголовными. – СПб. : Типографія Товарищества “Общественная Польза”, 1891. – 258 с.
9. Толстая А.И. История государства и права России / А. П. Толстая. – М. : ЗАО Юстицинформ, 2007. – 320 с.
10. Филипповъ А. Учебникъ исторіи русскаго права. Часть I. / А. Филипповъ. – Юрьевъ: Печатано в типографіи К. Маттисена, 1907. – 732 с.

ИМУЩЕСТВЕННЫЕ НАКАЗАНИЯ В ВОИНСКОМ УСТАВЕ О НАКАЗАНИЯХ 1869 Г. И ВОЕННО-МОРСКОМ УСТАВЕ О НАКАЗАНИЯХ 1886 Г. РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ.

К. Марисюк

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000, Львов, Украина.
e-mail: markos1976@mail.ru

В статье исследуются вопросы имущественных наказаний в Воинском уставе о наказаниях 1869 г. и Военно-морском уставе о наказаниях 1886 г. Изучены их характерные признаки и особенности применения. Особенное внимание обращено на вопрос их соотношения между собой и с другими видами наказаний.

Ключевые слова: наказание, штраф, устав.

PROPERTY PENALTIES FORESEEN BY THE 1869 ARTICLES OF WAR ON PUNISHMENTS AND THE 1886 ARTICLES OF THE NAVY ON PUNISHMENTS OF THE RUSSIAN EMPIRE

K. Marysyuk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: markos1976@mail.ru

The article deals with the research of issues on property penalties foreseen by the 1869 Articles of War on punishments and the 1886 Articles of the Navy on punishments of the Russian Empire. Their attributing features and peculiarities of application are elucidated. Specific attention is paid to their own correlation as well as to the correlation with other kinds of punishments.

Key words: punishment, fine, statute.

Стаття надійшла до редколегії: 01.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

“АНДРІЙ ЧАЙКОВСЬКИЙ – ВІДОМИЙ ВИПУСКНИК ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ”

Б. Тищик

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул., Університетська,1, 79000 Львів, Україна

Висвітлено питання, пов’язані з громадсько-політичною та державницькою діяльністю відомого випускника юридичного факультету Львівського університету кінця XIX ст. Андрія Чайковського. Цей матеріал опубліковано у рамках започаткованої рубрики у “Віснику Львівського університету, серія юридична” – “Наші випускники”. А. Чайковський став відомим адвокатом, який часто проводив політичні процеси в часи Австро-Угорської монархії, був державним повітовим Комісаром у час існування Західно-Української Народної Республіки у 1918–1919 рр. і одним із засновників Союзу українських адвокатів у Польщі. Він також був відомим письменником історичного жанру.

У 2012 році, виповниться 155 років із дня народження і 77 – від дня смерті одного з відомих, але призабутих у наші дні випускників юридичного (правничого) факультету Львівського університету, громадського і державно–політичного діяча, письменника Андрія Яковича Чайковського. Правник – адвокат за професією, який допомагав (часто – безкоштовно) за часів Австро-Угорщини і Польщі бідному населенню Галичини, особливо селянству, в захисті своїх прав, великий патріот України, державний повітовий комісар у Самборі за часів Західно-Української Народної Республіки, відомий письменник, якого знали і цінували І. Франко, М. Коцюбинський, М. Павлик, О. Маковей, М. Грушевський, митрополит А. Шептицький та інші. А. Чайковський заслужено займає одне з почесних місць у довгому переліку відомих, часто навіть прославлених випускників юридичного факультету.

Народився А. Чайковський 15 травня 1857 р. у Самборі в родині дрібного урядовця, який походив із галицької дрібноземельної або так званої “хадачкової” шляхти. Побут цієї шляхти мало чим відрізнявся від звичайного селянського, але зате вона пишалася своїм шляхетським походженням (отриманим, до речі, колись її предками від польських королів за військові заслуги). Батьки його швидко померли і хлопця виховували родичі у селі Гордині біля Самбора.

Початкову освіту А. Чайковський здобув вдома, де його навчав випускник дяківської школи у Перемишлі Т. Присташ, після чого готувався до вступу в гімназію. Готував його вихованець вчительської семінарії поляк В. Панек. Вчили А. Чайковського польською мовою, бо й гімназія у Самборі була польськомовною.

Українську історію та літературу хлопець знав хіба що з розповідей Т. Присташа, бабусі і деяких книжок для дітей.

У 1869 р. А. Чайковський вступив до гімназії.

У другій половині XIX ст., особливо останній його третині, були часи, коли у Східній Галичині розгортався український патріотичний рух, зокрема, серед гімназійної та університетської молоді. Виникали різні таємні гуртки і товариства, де вивчалися український правопис, літературу, зокрема, зачитувалися творами Т. Шевченка, П. Куліша, М. Костомарова, М. Драгоманова, “Історією русів” та інші, цікавилися політикою.

© Тищик Б., 2011

У 1873–1877 рр. А. Чайковський теж належав до таємного гімназійного гуртка, а останнього року навіть став його головою. Гурток мав зв’язки з аналогічними українськими організаціями інших галицьких гімназій, які вели культурно-освітню роботу серед молоді. Улюбленим предметом А. Чайковського була українська мова і література, яка викладалася українською мовою, але була в гімназії “необов’язковим”, тобто факультативним предметом (до речі, майже усі гімназії в Галичині тоді були польськими, за винятком однієї – Академічної української гімназії у Львові і кількох німецьких, зокрема у Львові і Бродах). Він зачитувався історичними творами з давньої історії України, особливо доби козаччини, обурювався, як сам пише у автобіографії, україножобською повістю Г. Сєнкевича “Вогнем і мечем”. “Нам конечно треба – вважав А. Чайковський, – щось такого на спаралізування тієї антиукраїнської отруї сєнкевичівської” [1, с. 7].

У гімназійні роки були перші літературні спроби А. Чайковського: він пише оповідання, нариси. У той самий час він познайомився із старшим на рік Іваном Франком, який тоді вчився у Дрогобицькій гімназії. Дружні взаємини та переписки між ними тривали довгі роки.

Закінчивши у липні 1877 р. гімназію, А. Чайковський вступив на філософський факультет Львівського університету, де була кафедра української словесності, яку очолював професор Омелян Огоновський. Навчання в університеті було платним, і хоч оплату йому, як круглому сироті, знизили, вона все одно була надто високою, до того ж потрібні були кошти на проживання у Львові, харчування, отож, А. Чайковський після кількох місяців навчання вирішив вступити на військову службу і стати офіцером. Прослуживши рік у 77-му полку піхоти у Львові та отримавши звання “лейтенанта резерву”, він передумав робити військову кар’єру, і хоч рідня вмовляла його стати священиком, він записався на правничий факультет того ж Львівського університету. Правничий (юридичний) факультет університету відновлений (після розподілів Польщі) у 1784 р. дипломом австрійського імператора Йосифа II у складі чотирьох факультетів (юридичного, філософського, медичного і теологічного), був тоді, як і увесь університет, майже повністю сполонізований. У 1808 р. викладання українською мовою тут було припинене, викладі велись переважно польською і німецькою. Щоправда, після революції 1848 р. в Австрії, в університеті дозволено заснувати кілька українських кафедр, але з 1869 р. його переведено знову на польську мову – адміністрування та переважну більшість викладів. Така сама ситуація була і на юридичному факультеті.

Разом з А. Чайковським на правників–юристів вчилися майбутні провідні, українські, громадські і державно–політичні діячі – Антон Горбачовський, Кость Левицький, Євген Олесницький, Степан Федак, Теофіл Окуневський та ін.

Через матеріальні нестатки А. Чайковський шукав роботу і не покидаючи навчання, влаштувався на посаду урядовця у товаристві “Просвіта”. Брав активну участь у діяльності студентського товариства “Дружній лихвар”, де незабаром став його головою, та також одним із засновників українського студентського “Кружка правників”, опікуном якого був професор Олександр Огоновський. Зібрали правничу бібліотечку, виголошували доповіді, дискутували. З великим задоволенням А. Чайковський відвідував лекції і практичні заняття професора О. Огоновського, який був єдиним професором, що викладав українською мовою (цивільне право). У 1886 р. професора О. Огоновського обрали деканом юридичного факультету.

Вивчаючи юриспруденцію, А. Чайковський захоплювався українською історією, пишався, що з Самбірщини, де він народився, походив славний

український гетьман реєстрового козацтва Петро Конашевич-Сагайдачний, гетьман Марко Жмайло–Кульчицький та ін. Ще не закінчивши правничого факультету, А. Чайковського у січні 1882 р. мобілізовано як резервного офіцера до війська, оскільки у Боснії вибухнуло повстання проти австрійського панування, і 77-й полк, в якому колись Чайковський служив, відправлено на придушення цього повстання. З собою, як згадує він сам, взяв кілька чисел "Діла", "Зеркала", календар "Просвіти" і "Енеїду" Котляревського [5, с. 30]. Перебування у Боснії надихнуло Чайковського до написання першого літературного твору, опублікованого після повернення у львівській газеті "Діло", а згодом виданого окремою книжкою із назвою "Спомини з-посеред десяти літ". Цей твір позитивно оцінив І. Франко, про що той особисто сказав А. Чайковському, чим заохотив його до подальшої літературної праці.

Повернувшись із Боснії, А. Чайковський у 1883 р. закінчив правничі студії, здав державні іспити та пройшов однорічну судову практику, яка була обов'язковою для всіх випускників, що хотіли обрати фах адвоката. Проходив він її у Самбірському окружному суді. Опісля належало ще пройти практику в якогось із відомих адвокатів.

У вересні 1883 р. А. Чайковський одружився. Його дружиною була Наталія Гладилович, дочка пароха (приходського священика) з Хирова, сестра Д. Гладиловича, довголітнього адміністратора газети "Діло", відомого українського громадського діяча.

Адвокатську практику А. Чайковський проходив у Львові в адвокатській конторі значного адвоката Ф. Яцьковського. Під час проходження практики чимало їздив по території краю, близько знайомився з життям простих людей, переважно селян, що дало йому багатий матеріал не лише для професії, а й кількох дослідницьких статтей та оповідань, знову ж таки високо оцінених І. Франком [4. с. 36].

Адвокатських практикантів називали "конципієнтами" (помічниками), а сама практика тривала шість років. Після трьох років практики, мали право складати останній, "адвокатський" іспит, а тоді допускались до самостійних виступів у суді (по нескладних кримінальних і цивільних справах). Після цього належало ще три роки стажуватись у адвокатських канцеляріях (конторах), опісля здати ще кілька іспитів з галузевих предметів (кримінального чи цивільного права і процесу, судового права), тоді університет присвоював абсольвентові ступінь доктора права (без захисту дисертації).

А. Чайковський спеціалізувався на карних (кримінальних) справах.

У 1886 р. він закінчив практику у канцелярії Ф. Яцьковського і переїхав для подальшого проходження практики у м. Бережани (нині Тернопільська обл.), де практикувався у канцелярії польського адвоката І. Маєвського, оскільки інших сильних адвокатів не було. Тут він теж багато їздив (по судових справах) по різних містечках і селах.

Склавши у 1889 р. іспит і отримавши звання адвоката та ступінь доктора права, А.Чайковський у березні 1890 р. відкрив у тих же Береженах свою власну адвокатську канцелярію, ставши, як він сам пише у спогадах, "хлопським адвокатом".

Бережани, на той час, як згадують сучасники, були провінційним, "невеликим тихим містечком", де майже не було "ніякого українського національного життя, а й взагалі культурне життя було розвинене дуже слабо" [1, с. 221]. У бережанській гімназії було всього кілька вчителів–українців, інші –

поляки. Незначне число українців було серед урядовців міста та один українець – суддя Д. Савчак (пізніший посол до Галицького крайового сейму).

Отож, молодий талановитий адвокат енергійно взявся до праці – професійної і національно-патріотичної. Власне тут, у Бережанах він мав широке поле діяльності, тут проявився його організаційний талант.

Ґрунтовно готуючись до виступів у судах, здібний правник і непоганий промовець, А.Чайковський відразу висунувся на чільне місце серед місцевих юристів. Він успішно захищав селян і міську бідноту від “лихварських п’явок”, від зловживань з боку місцевої адміністрації, переслідувань поліції. Його промови перед судом присяжних були аргументовані, переконливі, часто сповнені гумору чи сарказму.

Особливо важкими були т.зв. “політичні процеси” за антидержавні виступи– промови, заворушення, страйки, непослух жандармерії і ін., чимало з яких А. Чайковському вдалося виграти, тобто підсудних або виправдали, або присудили їм невеликі покарання. Було чимало випадків, коли він “врятував з біди” українських громадсько-політичних діячів, яким іноді загрожувало досить серйозне покарання [1, с. 223].

У політичних процесах Чайковський майже завжди виступав безплатно, переважно не брав гонорарів і з бідних селян, чим заслужив собі пошану серед населення Бережанщини. Відомим, зокрема, на всю Галичину був процес (судовий), кількох десятків селян зі Західної Галичини, що їх найняли на будівництво залізниці. Вони працювали на Бережанській ділянці і підняли бунт, бо готували їх вкрай погано, то ще не виплачували заробітної платні. Їх притягнули за цей бунт до суду – як за антидержавний виступ. Так ось, А.Чайковський зумів їх перед судом присяжних виправдати, про що писало кілька газет. Добився він виправдання і для студента-радикала Осипа Назарука у політичному процесі за “бунтарські” виступи та ін.

“Нечисті” справи де він не був переконаний у невинності підсудного, А. Чайковський переважно не брав, тому й не заробив великих матеріальних статків, але здобув авторитет і пошану як у судових колах, так і серед населення. Польські судді й адвокати говорили про нього, що він “дуже порядна людина, шкода тільки, що русин”.

А. Чайковський першим у Бережанах активно почав добиватись уведення української мови у судівництві і урядуванні.

Незважаючи на щоденну адвокатську працю, сімейні обов’язки (в сімї Чайковських на початку 90-х років вже було четверо дітей – сини Микола і Богдан та дочки-близнята Марія та Олена, а п’ятий син – Лука, помер на третьому році життя), творчу діяльність, А. Чайковський був активним громадським діячем у Бережанах.

Коли у 1893 р. до Бережан прибув призначений на посаду директора повітової “дирекції скарбу” (фінансової палати) В. Яворський (родом з-під Самбора, приятель Чайковського ще з гімназії), то вони спочатку обидвоє, а потім й інші – “запалили на Бережанщині вогнище національно-патріотичного руху”. Так, вони виступили ініціаторами та засновниками повітового кредитно-позичкового товариства “Надія”, яке було хронологічно другим в Галичині (після перемишльської “Віри”), а незабаром після цього, разом з композитором Остапом Нижанківським (що був деякий час у Бережанах помічником пароха та проживав у домі Чайковських) – українське співоче товариство “Бережанський Боян” (теж друге в Галичині – після “Перемишльського Бояна”; третім був “Львівський Боян”,

заснований Н. Вахнянином і В.Шухевичем). А. Чайковський і В. Яворський теж співали у цьому "Бояні".

Товариства "Надія" і "Боян" на кілька років були центрами всього економічного, культурного та національно-патріотичного життя Бережанщини. Обидва товариства містилися спочатку у домі А. Чайковського, точніше у спеціально збудованій для цього прибудові. Згодом – у купленому для них (теж за участю Чайковського) окремому будинку.

Вчений незабаром очолив філію повітової "Просвіти", активно включившись у поширення освіти серед населення, формування бібліотек "Просвіти". Він був одним із засновників кооперативу "Народний дім", студентської організації "Руська бурса", долучився до антиалкогольної пропаганди, яку проводили за вказівкою митрополита С. Сембратовича галицькі священики серед селянства, створивши у Бережанах товариство тверезості "Відродження".

З ентузіазмом включився А. Чайковський в організацію "Січей", які започаткував в Галичині К. Трильовський. Це були спортивно-військові товариства. Чайковського обрали повітовим кошовим отаманом "Січей" Бережанщини. Він разом з своїм однодумцем і приятелем О. Ковшевичем (військовим лікарем) часто приглядались вправам січової молоді.

Разом із суддею Д. Савчаком А. Чайковський почав систематично об'їздити села повіту. Метою цих поїздок була організація "Просвіт" і "Січей", активізація національно-патріотичної свідомості серед селянства. Сучасники згадують: "сам селянська дитина, при тому добрий промовець і незрівняний оповідач, він скоро здобув повне довір'я серед селян", і Бережанщина за короткий час перетворилася "із москвофільської в народовецьку", тобто українську, а "читальні ім. Качковського (тобто москвофільські – автор), поступилися читальням "Просвіти" [1, с. 278].

Коли влітку 1896 р. до Бережан, які на той час стали вже одним з осередків національно-патріотичного руху в Галичині, вирішив завітати з гастролями український театр "Руської Бесіди", то дирекція Бесіди попросила власне А. Чайковського взяти театр під свою опіку. Чайковський на власні кошти збудував для театру "солідний барак", де могли поміститись багато глядачів. Гастролі театру, де виступало чимало видатних акторів і співаків (директором його був тоді А. Стечинський), пройшли з великим успіхом. На його вистави ходили навіть офіцери австрійської армії (у Бережанах тоді проходили великі "цісарські маневри"). Вистави відбувалися українською та польською мовами. Згодом театр приїжджав у Бережани майже щороку і увесь час ним опікувався Чайковський.

У 1898 р., з нагоди святкування 100-річчя виходу "Енеїди" І. Котляревського, відбувся у Бережанах великий концерт, в якому взяла участь славетна співачка Соломія Крушельницька. Тоді ж відбувся ювілейний спектакль силами місцевої інтелігенції "Наталка-Полтавка", де роль возного грав А.Чайковський, роль Петра – Богдан Лепкий, Наталки – дочка проф. Бачинського Галя.

Словом, А.Чайковський став у Бережанах стержнем, душею всього українського національно-патріотичного руху. Про нього потім писали: "Це була людина справді метка і повна запалу до праці…Треба було сказати промову на якомусь святі, він говорив, співати в хорі – він співав, виступати на сцені – виступав. Всюди спішив з порадою і поміччю" [1, с. 279]. У Бережанах і по селах він часто виступав з доповідями з історії України, з нагоди різних історичних подій, дат відомих українських діячів, гетьманів, а також з свого фаху – права.

Відповідна атмосфера була і в сім'ї А. Чайковського (у ній вже було до кінця XIX ст. восьмеро дітей). Як згадує найстарший син Микола (в'язень ГУЛАГу,

відомий професор математики, який згодом працював у Львівському університеті і пам’ятна таблиця про якого донині висить на стіні біля входу в університет), – “у батьківському домі Шевченко зазнавав особливої пошани. Мій батько Андрій ще як учень гімназії вивчив напам’ять цілого “Кобзаря” і нас – дітей – учив любити найбільшого сина нашого народу…у двох кутах у найбільшій кімнаті стояли на високих постаментах гіпсові погруддя – бюсти Богдана Хмельницького і Тараса Шевченка…У такій атмосфері виростали ми, діти громадянина письменника… Ми були свідками його безкорисної громадської праці…, в нас закорінювалось переконання, що стало нам заповіддю на все життя: щастя людини полягає не в накопичуванні матеріальних благ, а в праці для народу, для людства” [1, с. 10].

Оскільки у Бережанській гімназії за австрійських часів мовою викладання була переважно польська, то серед учнів-українців виник таємний гурток, де займалися вивченням української історії, літератури, тривали політичні дискусії. Так цей гурток часто збирався у домі А. Чайковського, куди ні директор гімназії, ні жандармерія “не важились інтервеніювати”. Часто і сам Чайковський брав участь у дискусіях. За участю своїх дітей і учнів гімназії у домі Чайковських співали патріотичних пісень, акомпанував на гітарі сам господар.

Загалом дім Чайковських був на той час одним із вузлових пунктів, де “зосереджувалося товариське життя Бережанської української інтелігенції, виникали нові думки і плани суспільної праці”, – згадують сучасники. – В домі панства Чайковських сходилася молодь, там часто відбувалися збори “Молодої України” [1, с. 279]. Дружина А.Чайковського Наталія була однією з засновниць “Жіночого кружка”, син Миколи – диригентом “Бояна” інший син – Богдан започаткував організацію місцевого робітництва “Робітниче товариство “Сила”.

Зрештою, не лише дім, але й канцелярія А.Чайковського була “не тільки верстатом праці чи джерелом прожитку – це було місце порад у справах, пов’язаних із майже всіма проявами суспільного життя. Там складали статути різних товариств, готували протидію хибно – ворожим рішенням місцевої адміністрації, там часто полагоджували непорозуміння цивільно-правової натури (т.зв. “полюбовний” суд). Д-р Чайковський не любив “процесоманії”, досить поширеної серед наших селян…” [1, с. 280].

Коли у 1886 р. в Бережанах виникла окружна Народна рада, що згодом перетворилася у повітовий Народний комітет галицької Національно-демократичної партії, то А. Чайковський став на деякий час головою цього комітету, який мав основною метою готувати вибори до галицького сейму, віденського парламенту, повітової ради.

Про авторитет А. Чайковського на Бережанщині може свідчити той факт, що у 1890 р. українське громадянство висунуло його своїм кандидатом на виборах посла до Галицького крайового сейму. Але за підтримки крайової та місцевої адміністрації, шляхом підкупу і фальшування результатів, переміг польський кандидат граф Шеліський.

Поруч з професійною та активною громадсько-політичною діяльністю, не полишив А. Чайковський і видавничої справи. У різних періодичних виданнях він публікує фахові статті, у т.ч. з історичним підґрунтям, напр., статтю “Процес Ісуса Христа”, написану на підставі Святого письма і інших першоджерел, “Староафінський кримінальний процес”, “Причини зубожілості наших селян і міщан через судівництво” і ін. В цій останній статті, опублікованій в газ. “Діло” у 1888 р., автор порушує важливу й болісну для галицького селянства проблему. Приводом до написання статті, вважає відомий сучасний історик права

Т. Андрусяк, стали дебати, які тоді велись у австрійській Державній раді щодо проекту закону про неподільність селянських земель, який мав би запобігти зубожінню селян. А. Чайковський стверджував, що прийняття такого закону нічого не вирішить. Він наводить інші, справжні причини зубожіння селян: несправедливість судочинства, недосконаліть ведення поземельних книг, лихварські проценти позик, відсутність контролю за дотриманням закону про пияцтво і ін. Для усунення цих причин А. Чайковський запропонував низку заходів [2, с. 307–308].

Опубліковані правничі праці, як небезпідставно вважає доцент Т.Г. Андрусяк, "виводять Андрія Чайковського в ряд провідних українських вчених-істориків права", оскільки він заторкнув такі аспекти історії держави і права Стародавніх Іудеї і Греції, які як тоді, так і донині майже глибоко не були досліджені [2, с. 313]. Значна доля правди у такому твердженні є.

Заслуговує на увагу і цикл статей та заміток А. Чайковського "З судової зали", які представляють інтерес з позиції аналізу його правових поглядів.

Незважаючи на зайнятість, не забував А. Чайковський і про літературну працю. Заохочений І. Франком та О. Маковеєм, вже у "бережанський" період він написав такі визначні твори, як повість "Олюнька". "У чужому гнізді" (з життя галицької "ходачкової" шляхти та селянства), "Своїми силами", "З ласки родини", "Бразилійський гаразд", "Рекрут" і ін. Проте найбільшим захопленням Чайковського була доба козаччини. Тут по-справжньому розрився його талант письменника-історика і патріота. Першою повістю з цього циклу була "За сестрою" (1907 р.), далі "Віддячився". Інші "козацькі" повісті припадають на пізніші часи.

Не меншою популярністю, ніж художні твори А. Чайковського, користувалися його правничо-просвітницькі видання. Зокрема, у 1905 р. він видав брошуру "Що кожному треба знати про загальне, рівне, безпосереднє і тайне право голосування". У ній у формі запитань і стислих відповідей (їх 38) подається визначення таких понять, як конституція, парламент, сейм, їх повноваження, справедливість і несправедливість законів, суть куріальних виборів, засади виборчого права, що треба робити, щоб "обирати людей чесних і певних", що належить робити народу, щоб відстояти своїх кандидатів і свої інтереси (Чайковський радить: "передовсім, не сидіти тихо, а кричати на увесь світ: давайте загальне, рівне, безпосереднє і тайне голосування!"), писати петиції до уряду та парламенту, збирати під ними підписи, робити демонстрації (пояснюється, що така демонстрація і яка з них користь). Чайковський закликає людей згуртуватись і "показати світові нашу силу" [1, с. 424–431].

В цій праці А. Чайковський показав себе вмілим популяризатором засад правових знань, що зумів коротко, але легко і доступно для кожного пояснити народу важливі державно-правові проблеми та ще й закликати до боротьби з гнітом та несправедливостями існуючого ладу.

В інших матеріалах та брошурах він виступав проти поширеної тоді "процесоманії", пиятики серед простого населення, особливо селян, безглуздої, на його думку, доволі масової еміграції бідноти до Бразилії, вчив, як боротись з лихварями, радив як покращити тяжке економічне і соціальне становище народних мас, підвищити рівень їх національної свідомості, знань, освіти.

Про популярність та вплив А. Чайковського серед населення, особливо селянства, яке вважало його своїм, "хлопським" адвокатом, бо й сам походив з селян, свідчить ще один цікавий факт. Отож, у 1901 р. в Австрії (і в Галичині) відбувались вибори до австрійського парламенту. До Бережанського виборчого

округу належало три повіти – Бережанський, Рогатинський і Підгаєцький. Претендував на депутатський пост польський кандидат – поміщик, а від українців – Ю. Романчук, який належав до поміркованого крила народовців і разом з групою однодумців (О. Барвінським, В. Антоновичем, митрополитом С. Сембратовичем та ін.) намагався досягти порозуміння з австрійськими властями і польськими політичними колами, проголосивши настання т.зв. “нової гри” у цих відносинах. Хоч Ю. Романчук згодом (у 1899 р.) став одним з засновників української національно-демократичної партії, але його поміркованість у боротьбі за національно-політичні права українців в Галичині гостро критикувало молоде покоління, до якого належав і А. Чайковський, радикали і ін.

Тому А. Чайковський з однодумцями повів активно агітував за обрання від Бережанського округу не Ю. Романчика, а В. Яворського. І цей його задум вдався: В. Яворського було обрано послом до нижчої палати парламенту.

У Бережанах А. Чайковський мав своїх недоброзичливців та ворогів. Першим з них був парох у Бережанах і одночасно декан Бережанщини Т. Кордуба – спольщений греко-католицький священик, віце-голова повітової ради. Цей парох постійно захищав, як згадує син А. Чайковського Микола, “інтереси верховодів – австрійських і польських”, а А.Чайковський тривалі роки вів з ним боротьбу [6, с. 229], як і з деякими іншими священиками-москвофілами та полонофілами. Як пише сам А. Чайковський, “стали проти мене ворогувати священики за те, що я, організовуючи “Січи”, не міг терпіти “січий паламарських”, де священиків вибирали “кошовими” [1, с. 277]. Виникали у нього непорозуміння і з відомим громадським діячем Тимофієм Старухом.

Отож, влітку 1904 р. він переселився до м. Сколього (Стрийського повіту), де теж відкрив адвокатську канцелярію. Швидко й тут він здобув собі серед населення авторитет і довіря, його обрали послом до складу стрийської повітової ради. Але для діяльності А. Чайковського не було у Сколе належних умов: Сколівщина “була доволі відсталою – як і всі інші карпатські райони – в культурному відношенні”, місцевий суд розглядав переважно дрібні справи, а А. Чайковський “привик до кримінальної практики в окружному суді, де міг виявляти свій хист талановитого оборонця”. Оскільки він мав натуру рухливу, непосидючу, то, не витримавши у Скольому й двох років, восени 1905 р. переїхав до Рогатина. Тут йому теж не сподобалося, і влітку 1906 р. А. Чайковський повернувся до Бережан.

У ці роки в Австрії особливої інтенсивності набрала боротьба за демократизацію виборчого права. Накінець, у січні 1907 р. прийнято новий виборчий закон, яким встановлено загальне виборче право, відмінено куріальну систему виборів. Правда, не отримали права голосу жінки, військовослужбовці та молодь віком до 24 р. У цьому ж році відбулись і перші “загальні” вибори до австрійського парламенту. Українська Національно-демократична партія, до якої входив і А. Чайковський, здобула на цих виборах 25 місць. В 1908 р. пройшли вибори і до галицького сейму. А. Чайковський прийняв у передвиборчій боротьбі активну участь. На наступних виборах до сейму (у 1913 р.) його навіть висунули кандидатом у посли від Бережанського округу, він включився у передвиборчу боротьбу, але перед виборами, боячись перемогти інших українських кандидатів, зняв свою кандидатуру. Зате продовжував активну діяльність у “Просвіті”, яка обрала його своїм почесним членом, та у інших патріотичних і громадських організаціях.

Влітку 1911 р. А. Чайковський організував у Бережанах “велике дійство” – збір (здвиг) “Січей” і “Соколів” з кількох повітів Галичини. На нього приїхало

багато почесних гостей – К. Трильовський, К. Левицький, Т. Старух, С. Голубович і ін. Відбувся парад біля 10 тис. січовиків, військові вправи, концерт, феєрверк. Очевидці писали, що "це був іспит зрілості свідомості і організованості українців повіту і краю" [1, с. 444].

Щопрада через свою непосидючу натуру здійснив черговий переїзд – на рідну Самбірщину, куди він щоліта їздив, відвідуючи своїх рідних і друзів. У травні 1914 р. А. Чайковський переїхав, як він вважав, до Самбора на постійно. Тут він, як відомий громадсько-політичний діяч і письменник, активно включився у діяльність української громади міста, зокрема "Просвіти", "Січей", "Соколів" і ін. Він взяв участь у крайовому з'їзді "Січей", який відбувся у червні 1914 р. у Львові. На нього з'їхалося "кілька тисяч січовиків з усієї Галичини, на велике невдоволення й страх уряду й поляків" [6, с. 231], А. Чайковський під час параду на коні, з булавою в руках очолював колону січовиків Бережанщини.

В кінці липня 1914 р. розпочалася Перша світова війна. На початку серпня у Львові на зборах активу українських партій і організацій утворено Головну українську раду (скорочено – ГУР), яка мала своїм завданням представляти інтереси українського населення Австро-Угорщини. Очолив її Кость Левицький., Скориставшись війною, намагаючись відродити українські збройні сили, ГУР домоглися згоди у австрійських властей на створення легіону Українських січових стрільців (УСС). Настала хвиля патріотичного піднесення серед українців: добровольцями до легіону записалося близько 28–30 тис. осіб, але влада дозволила сформувати тільки 2-тисячний легіон. Активну участь у організаційній підготовці до формування УСС брав і А. Чайковський. Записалися добровольцями до УСС-ів і два сини Чайковського – Богдан і Андрій, але їх не прийняли (з приводу обмеження чисельності цього військового формування).

Коли у ході війни російські війська у вересні 1914 р. зайняли Галичину, А. Чайковський залишився у Самборі. Його невдовзі окупаційна російська адміністрація, яку очолював генерал-губернатор граф. О. Бобринський, за доносом галицьких "москвофілів, як і багатьох інших українських громадсько-політичних діячів та священиків, заарештувала і вивезла у Львів, у відому в'язницю "Бригідки".

Правда, Чайковському пощастило, причому двічі. По-перше, його не вивезли, як інших українських патріотів, вглиб Росії, а по-друге, його швидко визволив В. Дудикевич, один з лідерів галицьких москвофілів, університетський товариш Чайковського, з яким, незважаючи на політичні розходження, він зберігав приязні стосунки. А. Чайковський, однак, мусив переховуватися, доки у Галичину не повернулася австро-угорська армія (в кінці червня 1915 р.).

У подальший період часу, тобто до кінця війни, А. Чайковський, перебуваючи у Самборі, займався адвокатською практикою та письменницькою діяльністю.

Настали події 1918 р. Закінчилася світова війна поразкою країн Центрального блоку (Австро-Угорщини, Німеччини та ін.).

У ніч з 31 жовтня на 1 листопада на галицьких землях народилася нова українська держава – Західно-Українська Народна республіка. Було створено її парламент – Українську національну раду, уряд – Державний секретаріат, збройні сили – Українську галицьку армію, видавалося в усіх галузях державно-політичного життя відповідне законодавство. Згідно з розпорядженням УНР від 1-го листопада на місцях – в усіх повітах, містах і містечках, селах і селищах належало на зборах населення обрати громадських комісарів та їх дорадчі органи – "прибічні ради". Це розпорядження було підтверджене і уточнене детальним

законом “Про тимчасову адміністрацію областей Західно-Української Народної Республіки від 16 листопада 1918 р. [7, с. 169–172].

Отож, повітовим громадським комісаром у Самборі населення обрало А. Чайковського. Розпочалася його державницька діяльність, яку він згодом описав у спогадах “Чорні рядки”. Працював він самовіддано. “Я так щиро вірив в успіх нашої святої справи, я ніколи стільки раніше не працював…у непохитній вірі…, що ми по сотках літ неволі заживемо в своїй батьківщині своїм вольним життям” [1, с. 207].

На цій роботі довелося йому важко. Як згадував сам А. Чайковський, катастрофічно бракувало коштів, оскільки ніяких податків з населення не стягували, “бо все населення буде нарікати на Україну, а це для такої молоденької держави могло бути небезпечним”. До того ж “я мав на утриманні урядовців суду, адміністрації, фінансів, війська, та ще треба було виплачувати допомогу бідному населенню, подбати про ліки для повіту, де лютував пятнистий тиф” [1, с. 215].

Невдовзі на А. Чайковського “звалились” ще кілька складних проблем. Перша з них – це брак кваліфікованих кадрів урядовців для усіх повітових служб, оскільки майже усі поляки, які переважно й обіймали ці посади, відмовились служити Українській державі. Друга проблема – Самбірщина незабаром стала прифронтовою зоною у війні з поляками, які почали військові дії з перших же днів проголошення Української держави. Отож, належало годувати й одягати наявні в повіті військові частини, турбуватись про поповнення їх добровольцями, виплачувати воякам і офіцерам платню. Оскільки у повіті не було у достатній кількості продовольчих запасів, а, отже, процвітала спекуляція – належало з нею боротися. Ще однією бідою стало повернення з полону ешелонів колишніх російських вояків, де в товарних неопалених вагонах їхали живі і мертві, голодні, хворі тощо”. Такої нужди, – писав Чайковський, - не дай мені більше, Боже, бачити. То були не люди, а кістяки, виснажені, обдерті, хворі, зовсім не годовані “культурними” мадярами”. Належало їм допомогти, нагодувати, хоч якось одягти. В місті негайно була створено “рятунковий комітет”, який робив усе можливе для порятунку цих нещасних людей. Через Самбір проїхало близько 80 тис. полонених, і всі поїзди з “поворотцями” зупинялися на самбірському вокзалі, де сподівалися на допомогу.

А. Чайковський встигав усюди: у все вникав, намагався вирішити, організовував, допомагав. Докладав багато зусиль для забезпечення фронту харчами, медикаментами, одягом і взуттям. До речі, в галицькій армії служив добровольцем і його син Андрій. Необхідно було боротися (разом з військовим комендантом міста) з дезертирством, грабіжництвом, крадіжками, які в ці буремні часи значно почастішали, з самовільними реквізиціями у селян худоби, коней, продовольства.

За допомогою і порадами А. Чайковський часто їздив до тодішньої столиці ЗУНР – м. Станіславова (нині – Івано-Франківськ), оскільки Львів зайняли поляки, де зустрічався з вищими урядовцями, міністрами.

Але молода, незміцніла Українська держава, яка нізвідки й ні від кого не отримувала жодної допомоги чи підтримки, не змогла вистояти у мілітарній боротьбі проти значно сильнішої Польщі, яку, до того ж, всіляко підтримувала Антанта, особливо – Франція. Навесні 1919 р. польські війська зайняли Самбір, і А. Чайковський із сім’єю в останню хвилину виїхав у Коломию, де був повітовим комендантом його зять. “Та тут, - згадує А. Чайковський, - мене прийняли нерадо, як ізгоя. Мене не хотіли зразу прийняти до української народної кооперативи, де лише можна було купити харчів” [1, с. 278].

Його не допустили на засідання місцевої організації трудової партії, до якої він належав (у 1919 р. так була перейменована колишня Національно-демократична партія), намагалися виселити з приміщення, яке Чайковському по приїзді у Коломию надали в будинку "Народного дому". Це нежитлове приміщення А. Чайковський за свій кошт відремонтував і переробив у квартиру.

Чому так негостинно прийняли А. Чайковського у Коломиї, нам не вдалось до кінця з'ясувати. Правда, невдовзі ситуація змінилася на краще. Перед цим ще настала румунська окупація Покуття (і Коломиї), опісля румуни відійшли, і все Покуття (як і Східну Галичину) зайняли поляки. А. Чайковського заарештовано, декілька днів він просидів у в'язниці, але опісля випущено, оскільки він не брав участі у збройній боротьбі з Польщею.

Коли війна закінчилася, А. Чайковський відкрив у Коломиї, де він оселився напостійно, адвокатську канцелярію. Крім адвокатської роботи активно зайнявся письменницькою діяльністю. Саме у Коломиї він написав основні свої історичні повісті, які принесли йому всеукраїнську славу одного з найкращих історичних письменників – "На уходах" (1921 р.); "Олексій Корнієнко" (1924 р.); "До слави" (1929 р.); "Чорні рядки" (спогади); "Сонце заходить" (1930 р.); "Полковник Михайло Кричевський", "Перед зривом" (1935 р.) і ін. Найбільшою літературно-історичною працею, яку задумав А. Чайковський, була шеститомна повість "Сагайдачний". Правда, друком вийшли тільки перші два томи: "Побратими" і "До слави" (до речі, цей другий том був конфіскований польською владою). Доля інших – невідома.

У Коломиї А. Чайковський став невдовзі головою місцевої філії "Рідної школи", належав до організаторів "Товариства українських письменників і журналістів" у Львові, був його першим головою.

Взимку 1928 р. це товариство влаштувало у Львові гучне святкування 40-річчя громадської і письменницької діяльності А. Чайковського. На ювілей зібралась велика кількість відомих українських громадсько-політичних діячів, письменників, інтелігенції з усієї Західної України. Ювіляр отримав сотні вітальних телеграм з України і з-за кордону (Німеччини, США, Канади, Румунії, Чехословаччини, навіть (!) від консула Радянського Союзу у Львові Г. Лапчинського. Ставимо тут знак оклику, бо після приєднання західноукраїнських земель до Союзу РСР (у 1939 р.) твори А. Чайковського не видаватимуться, на довгий час будуть заборонені, а сам Чайковський буде оголошений "українським буржуазним націоналістом". Але це станеться пізніше.

На початку 1929 р. святкування ювілею А. Чайковського відбулися і в Коломиї. Він і далі продовжував активно працювати, зокрема став одним з засновників-організаторів Союзу українських адвокатів у Львові, головою його коломийської філії.

Останніми роками життя А. Чайковський іноді ще займався адвокатською практикою (рідко), ще дещо писав, але переважно хворів (рак печінки). 2 червня 1935 р. він помер, лише на кілька днів переживши своє 78-річчя.

Українські товариства Львова, Самбора, Бережан, Коломиї і інших міст вивісили чорні жалобні прапори і повідомлення про смерть цієї видатної людини. На похорон А. Чайковського до Коломиї прибуло багато видатних діячів Галичини. Ось як описувала похорон тодішня преса: "Проводжали покійного в далеку путь не тільки Коломийщина, а вся Галицька волость, тисячні маси народу з Покуття, Гуцульщини, делегації з багатьох близьких і далеких місцевостей, сотні вінків – це були справді княжі похорони" [1, с. 282].

У багатьох місцевостях Галичини, як повідомляла преса, відбулися поминки – академії на пошану А. Чайковського. У Бережанах через рік відкрито музей ім. Андрія Чайковського, а в незалежній Україні йому поставлено пам’ятники – у Бережанах, Самборі та вперше (на початку 90-х років) видано збірку його творів (у восьми томах).

Таким був життєвий громадсько-політичний, державницький, літературний шлях А. Чайковського. Людини непересічної, жертовної, великого патріота України, творчість якого мала і має донині значення для пробудження національної свідомості і виховання молодого покоління справжніх патріотів України.

Отож, юридичний факультет Львівського національного університету має всі підстави пишатися такими своїми випускниками.

1. А. Чайковський. Спогади. Листи. Дослідження : у 3 т. голов. ред. Б. Якимович. Т. 3. – Львів, 2002.
2. Андрусяк Т.Г. Правові погляди Андрія Чайковського. – А. Чайковський. Спогади. Листи. Дослідження : у 3 т. // голов. ред. Б. Якимович Львів, 2002. Т.3.
3. Бемко В. Андрій Чайковський. – Андрій Чайковський. Спогади. Листи. Дослідження. Твори. / В. Бемко. Т.3.
4. Різник Л. Отаман Бережанської “Повітової Січі”. – Андрій Чайковський. Спогади. Листи. Дослідження. Твори. / Л. Рызник. Т.3.
5. Франко І. Зібрання творів: у 50 т. – К., 1986. – Т.50.
6. Чайковський А. Спомини з-перед десяти літ. Андрій Чайковський. Спогади. Листи. Дослідження. – Львів, 2002, Т.1.
7. Чайковський Микола. Матеріали для біографії Андрія Чайковського. Андрій Чайковський. Спогади. Листи. Дослідження. – Львів, 2002. Т.3.
8. Тищик Б. Західно-Українська Народна Республіка (1918 – 1923). – Львів : Тріада плюс, 2004.

“АНДРЕЙ ЧАЙКОВСКИЙ - ИЗВЕСТНЫЙ ВЫПУСКНИК ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА ЛЬВОВСКОГО УНИВЕРСИТЕТА ”

Б. Тищик

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул, Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье освещаются вопросы, относительно общественно-политической, профессионально-правовой и государственнической деятельности известного выпускника юридического факультета Львовского университета конца XIX в. Андрея Чайковского. Этот материал публикуется в рамках начатой рубрики в “Вестнике Львовского университета, серия юридическая” – “Наши выпускники”. А. Чайковский стал известным адвокатом, который часто выступал в политических процессах во времена Австро-Венгерской монархии, был государственным уездным комиссаром во время существования Западно-Украинской Народной Республики в 1918–1919 гг, одним из организаторов Союза украинских адвокатов в Польще, известным писателем исторического жанра.Andriy Chaykovskyy – famous graduate of law faculty of the Lviv University

Ключевые слова: выдающийся выпускник, выдающийся защитник, основатель, автор исторического жанра.

ANDRIJ CHAIKOVS'KYI – PROMINENT GRADUATE OF THE LAW FACULTY, LVIV UNIVERSITY

B. Tyshchyk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article highlights the issues on the public-political and state-building activity of Andrij Chaikovs'kyi, the prominent graduate of the Law Faculty Lviv University in the end of XIX century. This material is published under the rubric "Our graduates" in "Visnyk of Lviv University. Law Series". A. Chaikovs'kyi became a distinguished advocate, who often provided political processes in the period of Austro-Hungarian Monarchy, as well as State Povitovyj Commissar under the Western-Ukrainian People's Republic (1918-1919); he also used to be one of the founders of Ukrainian Advocates Union in Poland and a well-known writer of historical genre.

Key words: prominent graduate, distinguished advocate, founder, writer of historical genre.

Стаття надійшла до редколегії: 03.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

СТАНОВЛЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ОРГАНІВ НОТАРІАЛЬНОГО САМОВРЯДУВАННЯ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Л. Ясінська

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

В статті проаналізовано історичні форми та закономірності становлення та функціонування органів нотаріального самоврядування в Європі загалом і в Україні зокрема. Обґрунтовується необхідність закріплення в національному законодавстві положення про обов'язкове членство нотаріусів в регіональних органах нотаріального самоврядування.

Ключові слова: нотаріальна діяльність, інститут нотаріату, нотаріус, органи нотаріального самоврядування.

Ще з часів Римської імперії усі приписані до магістрату писарі (а саме вони виконували нотаріальні функції) об'єднувались у своєрідну корпорацію (ordo), яка поділялась на декілька декурій і мала особливих представників (decemprimi, sexprimi, magistri). Визначеної кількості членів корпорації, її штату не було встановлено, у всякому випадку вона не виходила за межі потреби. Численний штат писарів не міг повністю задовольнити потребу в допомозі осіб із спеціальними юридичними знаннями, тому поряд з ними виник ще окремий клас вільних людей — табеліонів (tabelliones), які, не перебуваючи на державній службі, займалися у вигляді вільного промислу складанням юридичних актів і судових документів та отримували за це винагороду, передбачену законом. В кожному місті табеліони утворювали свою корпорацію, яку очолював приміцеріус (primicerius). Саме корпорація обирала нових табеліонів, які по тому затверджувались префектом міста [4, с. 7].

Остаточна організація нотаріального інституту в тому вигляді, в якому він був рецептований країнами Європи, а разом з ними і Україною, завершується статутами окремих італійських міст (особливо Риму і Болоньї). Відповідно до них нотаріуси кожної місцевості утворювали нотаріальну корпорацію, яку очолювали виборні представники [6, с. XI]. Вони ж мали право нагляду за діями і поведінкою окремих членів корпорації і право суду в спорах між ними. Крім того, вони були наділені правом скликати загальні збори і обов'язками забезпечення збереження нотаріальних документів після смерті члена корпорації і нагляду за правильною авторизацією. Підкреслимо, що статути потребували обов'язкової участі всіх нотаріусів у професійній корпорації. Кожен із новообраних нотаріусів повинен був внести в корпоративну касу певну суму грошей, які витрачались як на загальні потреби корпорації, так і для виплати допомоги найбіднішим нотаріусам.

Однією з умов призначення нотаріуса на посаду була згода нотаріальної корпорації. Нотаріус, який успішно складав іспит і діставав згоду на обрання корпорацією, вносився в особливі списки – матрикули. Існувало два види нотаріальних матрикул: міські і корпоративні. Причому акти нотаріуса, не внесеного в списки корпорації (в матрикули), не мали нотаріального значення [4, с. 262–263]. Отже саме в Італії нотаріат набуває тих рис, які він має і нині в рамках латинського нотаріату, причому деякі з них (наприклад, корпоративне самоврядування) і досі відсутні в Україні. В цілому йдеться про публічну

© Ясінська Л., 2011

авторизацію нотаріусів, обов'язковий корпоративний устрій нотаріату, про ведення книги протоколів та ін.

В період нового часу, реформуючи інститут нотаріату французький законодавець також передбачив обов'язкову корпоративну організацію нотаріусів. Це були ради нотаріусів, що створювались при судах першої інстанції. Ради нотаріусів регулювали відносини між нотаріусами та між нотаріусами і населенням, крім того, вони були вправі накладати на нотаріусів дисциплінарні стягнення, перелік яких містився в законі, а саме: зауваження, проста догана, догана, виголошена головою ради в присутності її членів чи наодинці, позбавлення права голосу на зібраннях ради і заборона участі у раді терміном до шести років [8, с. 16]. Предметом розгляду в раді були також проступки, які ганьбили честь і гідність стану, причому предметом розгляду могло стати і особисте життя нотаріуса в тому випадку, якщо воно не відповідало загальноприйнятим нормам, плямувало звання нотаріуса і справа набувала публічного розголосу.

Нотаріуси Німеччини, на відміну від Франції, Австрії, Італії, офіційної корпоративної організації, яка б захищала їхні інтереси не мали. Ради нотаріусів функціонували лише в Баварії, Гамбурзі й Ельзасі-Лотарингії (землі, в яких функціонувала французька модель нотаріату).

Значним недоліком російського нотаріального Положення 1866 р., яке з 1866 р. до 1918 р. діяло і на Україні, вважається відмова нотаріату у власній внутрішній структурі, тоді як усі нотаріальні законодавства європейських країн надавали нотаріусам право на створення професійних об'єднань. А для успішної діяльності і розвитку нотаріату, і це було доведено європейською практикою, необхідною є організація його на корпоративних началах. За браком професійних Рад у нотаріат, за свідченням сучасників нотаріальної реформи, потрапило чимало непотрібних і навіть шкідливих елементів, що, безумовно, негативно відбилося на майнових відносинах населення [9, с. 17]. Адже корпорації нотаріусів покликані представляти інтереси стану, порушувати перед урядом клопотання щодо вирішення наболілих проблем у сфері нотаріальної діяльності, піднімати моральний професійний рівень нотаріусів шляхом здійснення нагляду за службовою діяльністю, надавати допомогу у вирішенні різноманітних складних, заплутаних і спірних питань з нотаріальної практики і діловодства. Нотаріуси ж Російської імперії, по волі законодавця, були позбавлені можливості відчути переваги корпоративної організації. Як наслідок, нотаріуси фактично не мали можливості спілкуватися між собою щодо питань, пов'язаних із їхньою професійною діяльністю. Вони були змушені знаходити вихід із такого становища у проведенні приватних зібрань. Зауважимо, що сучасних українських нотаріусів у цьому відношенні можна прирівняти до імперських, оскільки українське законодавство не передбачає обов'язкової участі нотаріусів у корпоративній професійній організації.

Діаметрально протилежною була ситуація з корпоративним самоврядуванням на тих українських землях, що входили до складу Австрії. З 1 листопада 1859 р. (дата введення на територію Галичини нотаріального Положення 1855 р.) починається історія галицького нотаріату як відокремленого від судової влади і незалежного правового інституту, який спирався на широке професійне самоврядування. Нове нотаріальне Положення 1871 року розпочало важливий етап розвою нотаріату на західноукраїнських землях. За свідченням сучасників, цей закон мав таку цілісність і внутрішню гармонію усіх окремих

його положень, що міг би послужити зразком для будь-якої цивілізованої держави [5, с. 11–12].

Велике значення для розвитку інституту нотаріату в Галичині мав той факт, що в Австрії нотаріат утворював своєрідну корпорацію, яка управлялася нотаріальною палатою (Notariatskammer). Нотаріуси при суді І інстанції утворювали нотаріальну колегію. Якщо в окрузі їх було не менше як п'ятнадцять, то вони утворювали нотаріальну палату. За згодою Міністра юстиції, в тих округах, де не було п'ятнадцяти нотаріусів дозволялось утворювати одну палату на декілька округів суду І інстанції. На українських землях було створено дві нотаріальні палати: нотаріальна палата у Львові охоплювала сім судових округів, а в Перемишлі - чотири [10, с. 23–24].

Нотаріальна палата складалася із голови і чотирьох, шести чи восьми членів (залежно від кількості нотаріусів округу палати). Вони обирались більшістю голосів усіх нотаріусів округу на три роки з правом повторного обрання. Головним завданням палати була охорона честі і гідності стану та захист його інтересів. Для його виконання Положення наділяло нотаріальні палати такими повноваженнями: а) нагляду за діяльністю нотаріусів і кандидатів та ведення їх списків; б) здійснення дисциплінарного суду честі над нотаріусами і кандидатами; в) вирішення всіх спорів, що виникали між нотаріусами з приводу виконання ними їхніх службових обов'язків; спорів і непорозумінь між нотаріусами і сторонами про розмір винагороди чи з інших обставин; г) затвердження свідоцтва про проходження нотаріальної практики; д) прийняття від нотаріусів застав і нагляд за їхнім поповненням; е) виконання і доведення до відома нотаріусів округу всіх розпоряджень міністерства юстиції щодо нотаріату; є) відповідей з питань законодавства, устрою нотаріату, зменшення чи збільшення нотаріальних посад чи їх переміщення, зміни тарифів оплати за вчинення нотаріальних дій тощо. Для вирішення повсякденних питань палата нотаріусів повинна була збиратися на засідання не рідше як один раз на місяць, а за потребою - голова палати був вправі скликати позачергове засідання. Здійснюючи нагляд за діяльністю нотаріусів, палата мала право ревізувати їхні канцелярії.

Особливістю нотаріату в Австрії було те, що він, з одного боку, підлягав корпоративному управлінню, а з іншого — не відділявся від загальної судової системи і перебував у суворій залежності як від Міністра юстиції, так і місцевих судових установ. Унаслідок цього в дисциплінарному відношенні нотаріуси підпорядковувалися і нотаріальній палаті, і судовим органам І і ІІ інстанції. Вищий же нагляд за діяльністю нотаріату в імперії належав Міністру юстиції. Учинення нотаріусом проступків, які ганьбили честь і гідність його звання, передбачало накладення нотаріальною палатою відповідних стягнень, а саме: зауваження, попередження чи письмова догана із занесенням їх в особову справу. Лише після трьох років бездоганної праці нотаріус набував права порушити клопотання про погашення цих дисциплінарних стягнень. Якщо ж нотаріус порушив положення законів, що регламентували його діяльність, не виконав обов'язків, покладених на нього цими ж законами чи вчинив проступок, несумісний з честю і гідністю його посади, судом ІІ інстанції проти нього порушувалось дисциплінарне провадження. У випадку визнання нотаріуса винним на нього накладалося покарання у вигляді: а) письмової догани; б) штрафу; в) відсторонення від посади на строк одного року; г) заборони займатися нотаріальною діяльністю загалом. Штраф і тимчасове відсторонення

від посади могли бути накладені одночасно. Розмір штрафу залежав від ступеня вини нотаріуса.

В силу складної політичної і економічної ситуації протягом І Світової війни органи нотаріального самоврядування в Галичині не функціонували повною мірою, але вже в липні 1919 року Львівська і Перемишльська нотаріальні палати відновили свою діяльність. Однак у той час нотаріат переживав значні труднощі, зумовлені звільненням багатьох нотаріальних посад. Як свідчать архівні матеріали, в липні 1919 року Львівська нотаріальна палата приступила до вироблення пропозицій щодо зайняття вивільнених 27 посад в її окрузі. „Є досить трудним, в тих переломних часах, - читаємо в доповіді Палати Міністерству юстиції, завдання на 27 посад нотаріальних представити відповідних кандидатів, які б не тільки гідно свій уряд виконували, але також були позитивним чинником при відбудові Вітчизни Польської. На Палаті лежить найвища відповідальність за належне обсадження важливих посад, хоча і суд першої інстанції і апеляційний суд свій в тій справі внесок зроблять, але найавторитетніший, найкомпетентніший внесок повинна зробити Палата, яка найкраще знає усіх прохачів про посаду нотаріусів і найкраще може оцінити, кому і яка посада повинна бути надана. В своїх пропозиціях повинна Палата керуватися інтересами гідності стану і добра для людей, аби кожен із нотаріусів був на відповідному місці, на котрому з користю для держави міг свій уряд виконувати.”[1, арк. 1].

Проблема полягала в тому, що у різних частинах польської держави діяло різне, неузгоджене між собою законодавство. На теренах колишнього Королівства Польського залишилося чинним російське Нотаріальне положення 1866 року. На землях, що входили до складу Австро-Угорської імперії, продовжувало діяти австрійське нотаріальне Положення 1871 року. Неузгодженість існуючих приписів щодо нотаріальної діяльності активізувала діяльність нотаріального середовища над новим, загальнопольським, законом про нотаріат. Долучилася до неї і нотаріальна громадськість Галичини. З ініціативи нотаріуса, доктора Т. Старжевського, довголітнього президента Краківської палати нотаріальної, було організовано співпрацю Краківської, Перемишльської та Львівської палат. Ними був скликаний перший з’їзд нотаріусів Польщі, який відбувся у Кракові 4 червня 1922 року, а також другий з’їзд, що проходив у Варшаві 16 листопада 1924 року. На цих з'їздах точилися дискусії стосовно нового закону, організації і засад функціонування нотаріусів, їхнього статусу і професійного самоуправління [3, арк. 2]. Зокрема, з’їзд у Кракові ухвалив основні положення, яким мав відповідати майбутній закон, а саме: нотаріат має бути вільним, а не державним; наріжним каменем організації нотаріату повинно бути широке самоврядування; чітке розмежування сфери діяльності нотаріату, адвокатури і суду; запровадження єдиного професійного іспиту; існування не менш як чотирирічного нотаріального стажування [11, с. 134]. Прийнятий у 1933 р. Закон про нотаріат підкреслював публічний характер функцій нотаріуса, не визнаючи при цьому його державним службовцем, і надавав нотаріатові широкого професійного самоуправління. Нотаріальні палати, що діяли в окрузі суду апеляційного, здійснювали свої повноваження через загальні збори нотаріусів і обрану на три роки Раду нотаріальну. В цілому компетенція цих корпоративних органів не змінилася: істотним залишався нагляд над нотаріусами та дисциплінарне провадження.

Отже австрійське і польське законодавство, яке впродовж сім десятиліть діяло на західноукраїнських землях, чітко визначало правовий статус, функції, порядок управління нотаріальних палат. Головним функціями цих органів професійного

самоуправління були охорона честі і гідності своїх членів, здійснення нагляду за діяльністю нотаріусів, сприяння здійсненню заходів, спрямованих на зміцнення і розвиток нотаріального права, а також піклування про сумлінне і чесне виконання нотаріусами своїх обов'язків.

Про те, що діяльність нотаріальних палат не була формальною, а дієво впливала на політику держави в особі Міністерства юстиції щодо нотаріату, свідчать і архівні матеріали. Свою активну позицію щодо тих чи інших питань не раз висловлювала і галицька нотаріальна громадськість, спираючись при цьому на підтримку Львівської та Перемишльської нотаріальних палат. Наприклад, 30 травня 1928 року львівський нотаріус, українець, Владислав Завадка звернувся до нотаріальної Палати з відкритим листом, про зловживання при підборі нотаріальних кадрів. У листі стверджувалось, що при переміщеннях і призначеннях нотаріусів систематично повторюються такі випадки, які свідчать про недотримання Міністерством юстиції зобов'язальних приписів закону і протягом багатьох років усталеної звичаєвої практики. Це породжує обґрунтовані побоювання про збереження доброго імені нотаріального стану. Незважаючи на подання нотаріальних палат, високу кваліфікацію поданих ними до призначення кандидатів, Міністерство номінує таких осіб, які вже були дисциплінарно карані або щодо яких застосовується дисциплінарне провадження, або занадто молодих і недосвідчених, залишаючи поза увагою нотаріальних кандидатів із великим стажем роботи. Отже, констатує В. Завадка, немає справедливості, а це кривдить тих людей, які багато років віддали сумлінній праці, професіоналів, глибоких знавців права, людей високих моральних якостей, які своєю діяльністю заслужили, аби їх прохання про посаду були задоволенні першочергово. Такий стан речей, якщо ці зловживання триватимуть і далі, зумовить зниження кваліфікації нотаріусів, а відтак і довіри до них з боку суспільства. Лист закінчувався пропозицією В.Завадки до Львівської нотаріальної Палати, найпершим обов'язком якої й був захист інтересів стану, за погодженням із Перемишльською і Краківською нотаріальними Палатами, створити Делегацію із членів палат і уповноважити її довести до відома Президії судів апеляційних, а відтак і Міністерства юстиції ситуацію щодо призначень, і переконати їх, що така практика Міністерства не відповідає вимогам закону і є разюче несправедливою і скривдною [2, арк. 2].

Показовим у цій справі є, однак, не згаданий відкритий лист В.Завадки, а те, що нотаріальна палата не залишила його поза увагою, а провівши окреме зібрання, присвячене піднятій львівським нотаріусом проблемі і, попередньо узгодивши свою позицію, відповідно, з Краківською та Перемишльською нотаріальними Палатами, одностайно ухвалила відповідне звернення до Міністерства юстиції. Своїм завданням стосовно цього питання Палата вважала надання Міністерству пропозиції щодо призначень, які б враховували дійсний стан інтелектуальних та моральних якостей кандидатів. А обов'язок Міністерства, на думку Львівської нотаріальної палати, – враховувати ці пропозиції. Це було б найпевнішою і найкращою гарантією нормального розвитку нотаріату. Позитивним у згаданому зверненні є й те, що Палата не обмежується лише декларативними непідтвердженими заявами, а подає реальні факти зловживань Міністерства. Наприклад, - читаємо у зверненні, – у місто Ходорів був номінований на посаду нотаріуса п. Крупінський, якому Палатою і окружним судом було відмовлено у поданні його кандидатури на призначення через накладені щодо нього дисциплінарні покарання. У порядку переведення здобув одну з найкращих

нотаріальних посад у Сокалі нотаріус з Балігроди п. Ковальський, який пропрацював неповних 2 роки і за цей час вже встиг дістати дисциплінарне покарання із занесенням в особову справу, і це при тому, що Палата рекомендувала на цю посаду нотаріуса Гейду, який 8 років сумлінно і віддано працював у Дилятині, а тепер просив про переміщення його у краще місце. Посаду у Львові здобув у порядку переведення нотаріус М. Гжоп з Угнова, обминувши при цьому кільканадцять старших від нього нотаріусів, які заслужили цю посаду відданою працею на полі розвою нотаріату. В результаті такого свавілля у кадровому питанні, констатується у зверненні, у нотаріусів склалося враження, що номінація вже не залежить від кваліфікації і моральних якостей номінантів, а від якихось інших, сторонніх впливів. У колі розсудливих членів Львівської нотаріальної палати з'явилося тверде переконання, що в подальшому це призведе до загрози підвалинам нотаріату, його професійності, чесності, порядності [2, арк. 14].

Отже, український нотаріат має славні традиції корпоративного самоврядування, які складались у Галичині впродовж сімдесяти років. І цей досвід доцільно використати на сучасному етапі реформування українського нотаріату. Закон України "Про нотаріат" 1993 р., передбачає лише право нотаріусів об'єднуватися у регіональні, загальнодержавні, міжнародні спілки та асоціації, не встановлюючи обов'язкове створення загальнодержавної нотаріальної Палати. Створена, як всеукраїнська громадська організація нотаріусів, Українська нотаріальна палата є одним із видів об'єднань громадян, а відтак членство у ній нотаріусів є добровільним, а не обов'язковим. Тому вона не може контролювати діяльність своїх членів, які, відповідно, не зобов'язані надавати палаті документи для перевірки. Цим Українська нотаріальна палата відрізняється від подібних органів, що існують у країнах латинського нотаріату і ґрунтуються на міцних історичних традиціях. Отже, є необхідність у вдосконаленні вітчизняного законодавства загалом і щодо корпоративного самоврядування зокрема, і у цьому може бути корисний досвід функціонування галицьких нотаріальних палат.

Виходячи з історичних традицій функціонування нотаріату в Україні, а також із нинішніх українських реалій і світових тенденцій, найприйнятнішим способом організації нотаріальної діяльності в Україні є діяльність нотаріату, яка ґрунтується на принципах латинського, тобто вільного, незалежного нотаріату. Коли йдеться про нотаріат латинського типу, то маємо на увазі системи нотаріату, що сформувалися в країнах, які зазнали впливу римського права і, відповідно до цього, побудовані на подібних юридичних концепціях. Сюди належать, за винятком англосаксонської і скандинавської систем, усі європейські правові системи, держави, в які ці системи були "експортовані" чи в яких вони діяли іншим чином. Принципи латинського нотаріату, на яких ґрунтується його система, поряд з аксіомами римського права, на яких побудоване сучасне приватне право багатьох країн світу, що реципіювали це право і саме в яких поширений нотаріат зазначеного типу з гідністю пройшли випробування часом.

Із дев'ятнадцяти фундаментальних принципів системи латинського нотаріату, – 17, 18 і 19 принципи стосуються питань професійного самоврядування нотаріусів і, відповідно проголошують, що "Нотаріуси обов'язково мусять належати до якогось колегіального органу, який їх згуртує і корпоративно зорганізує"; "Має існувати центральний орган, утворений винятково з нотаріусів, який забезпечуватиме представництво всього нотаріату країни. Він співробітничає з колегіальними органами нотаріусів", "Колегіальні органи нотаріусів, як і центральний нотаріальний орган, наглядають за тим, щоб

нотаріальна діяльність проводилась у рамках найвимогливішої професійної деонтології (етики)" [7, с. 7]. Ця група принципів латинського нотаріату, як зазначалося не повністю реалізована в українському законодавстві, зокрема в ньому не йдеться про обов'язковість членства нотаріуса в нотаріальній палаті, тобто принципово не вирішене питання про організацію нотаріальної палати. Історико-правовий досвід функціонування органів нотаріального самоврядування, зокрема і в Україні, переконливо доводить, що лише у тих державах, нотаріальне законодавство яких вибудовувало стрункy концепцію професійного самоврядування нотаріусів, нотаріат справді підносився на такий щабель свого розвитку, який ставив його на один рівень з такими правоохоронними інститутами як суд, прокуратура, адвокатура.

1. Державний архів Львівської області (ДАЛО) — Ф.369 (Львівська нотаріальна палата). – Оп. 1, – Спр. 1.
2. ДАЛО. – Ф. 369. – Оп. 1. – Спр. 21.
3. ДАЛО. – Ф. 369. – Оп. 1. – Спр.16.
4. Ляпидевский Н.П. Исторія нотаріата. – М., 1875. – Т. 1. – 257 с.
5. Мандельштам Л.Б. Учреждение нотариата и его организация //Журнал министерства юстиции. – 1899. – № 4. – 52 с.
6. Объяснительная записка к проекту новой редакции положения о нотариальной части. – Ч. 1. – СПб., 1904. – 386 с. – С. I-LVIII (Введение).
7. Фундаментальні принципи Латинського нотаріату: прийнято Бюро КМНС 18 січня 1986 року і Постійною Радою в Гаазі 13-15 березня 1986 року // Нотаріат для Вас. – 2001. – № 4. – С. 7.
8. Черемных И.Г. Российский нотариат: прошлое, настоящее, будущее. – М.: ОК ТБ, 1999. – 240с.
9. Яроцкий Н. Замечания на проект новой редакции положения о нотариальной части, составленной в 1904 г. – СПб., 1910. - 78 с.
10. Limanowski A.K. Stan notarialny Wschodney Malopolski w chwilach przelomowych. - R. 1914-1920. - Lwow, 1920. – 40 s.
11. Malec D. Postawowe zasady ustroju polskiego notariatu w swietle projektow i opinii z lat 1918 – 1933 // Czasopismo prawno-historyczne. – Zeszyty 1-2. – 2000.– S. 127-149. – Tom LII.

СТАНОВЛЕНИЕ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЕ ОРГАНОВ НОТАРИАЛЬНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ (ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Л. Ясинская

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул, Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье проанализированы исторические формы и закономерности становления и функционирования органов нотариального самоуправления в Европе и в Украине. Обосновывается необходимость закрепления в национальном законодательстве положения об обязательном участии нотариусов в региональных органах нотариального самоуправления.

Ключевые слова: нотариальная деятельность, институт нотариата, нотариус, органы нотариального самоуправления.

ORIGIN AND FUNCTIONING OF NOTARY SELF-GOVERNMENT BODIES (HISTORICO-LEGAL ASPECT)

L. Yasins'ka

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article deals with the analysis of historical forms, origin and functioning peculiarities of notary self-government bodies in Europe, in general, and in Ukraine, in particular. The author makes an emphasis on provision fixation about obligatory notaries membership in regional notary self-government bodies in national legislation.

Key words: notarial activity, notariate institute, notary, notary self-government bodies.

Стаття надійшла до редколегії: 28.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

ВЛАСНІСТЬ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ НА ЗЕМЛЮ ЯК ЕЛЕМЕНТ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СУВЕРЕНІТЕТУ УКРАЇНИ

О. Бориславська, І. Заяць, С. Різник

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
kafedra507@ukr.net

У статті досліджено конституційно-правову природу власності Українського народу на землю. Характеризуючи ґенезу теорії суверенітету та особливості її нормативного вираження в українському законодавстві, автори акцентують увагу на засадах розмежування державного, національного та народного суверенітету та ролі власності народу як гаранта його свободи, а отже, державної незалежності.

Ключові слова: державний суверенітет, народний суверенітет, національний суверенітет, суб'єкти власності, власність на землю, об'єкт власності, забезпечення суверенітету

Протягом кількох останніх років досить активно обговорюється питання необхідності зміни Конституції України, а нещодавно були здійснені перші кроки у цьому напрямі – Указом Президента від 21.02.2011 р. № 224/2011 "Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї України" [28] сформовано науково-експертну раду, яка має провести підготовчу роботу та розробити концепцію конституційної реформи. У ході такої роботи надзвичайно важливо зберегти засади конституційного ладу, передбачені чинною Конституцією. Адже саме в них у концентрованому вигляді відображено волю Українського народу та його бачення організації життя Української держави. Через реалізацію установчої влади при прийнятті Конституції України цю волю було втілено передусім у встановленому конституційному ладі.

Конституція України містить цілісну систему засад конституційного ладу, що становлять концептуальну єдність. Важливими засадами конституційного ладу України, закріпленими у І-му розділі Конституції, є принципи народного та державного суверенітету. Так, у ст. 1 Основного Закону зазначено, що Україна – суверенна держава, суверенітет України поширюється на всю її територію (ст. 2) *(засада державного суверенітету)*, у ч. 2 ст. 5 зафіксовано, що народ України є єдиним джерелом влади в Україні *(принцип народного суверенітету)*, та визначено форми реалізації народовладдя – пряму *(вибори, референдум)* та опосередковану *(через органи державної влади і органи місцевого самоврядування)* [14].

Творцем політико-правової концепції суверенітету (від лат. "suveranus" - носій верховної влади, володар) вважається відомий французький мислитель та суспільно-політичний діяч Жан Боден *(1529 або 1530, Анже - 1596, Лан)*. Обґрунтувавши суверенітет як абсолютну, постійну та неподільну владу та визначивши його п'ять кваліфікуючих ознак *(видання законів, обов'язкових для всіх; вирішення питань війни і миру; призначення посадових осіб; дія як суду в останній інстанції; помилування),* Ж. Боден окреслив сферу суспільних відносин, на які суверенітет не поширюється. На його думку, такими відносинами є ті, що зумовлені: божественними законами;

© Бориславська О., Заяць І., Різник С., 2011

природними законами та приватною власністю. Останнє стало теоретичним обґрунтуванням юрисдикційних меж держави, визначило напрямки подальших наукових досліджень. Концепція Ж. Бодена набула розвитку у працях Томаса Гобса (1588–1679), Джона Локка (1632–1704), Жан-Жака Руссо (1712–1778), Шарля Луї Монтеск'є (1689–1755) та низки інших вчених Європи. З підписанням Вестфальського миру у 1648 р. ця концепція стала застосовуватися на практиці (договором було визнано світські суверенні права тодішніх держав Європи).

Дослідження Жан-Жака Руссо акцентувались саме на ідеї народного суверенітету. Сутність народного суверенітету зумовлюється верховенством народу в державі. Тут народ розглядається як єдиний законний та правомірний носій верховної влади або як джерело державного суверенітету. Шарль Луї Монтеск'є був одним із перших, хто розмежував поняття суспільства і держави та розглядав державу як історичну форму розвитку суспільства.

Безумовно, ці концепції та ідеї не варто розглядати як абсолютно незмінні, адже вони постійно еволюціонують, наповнюючись елементами нового змісту. Нині концепція народного суверенітету отримала подальший розвиток на основі врахування особливостей розвитку сучасного суспільства та урізноманітнення державно-правових форм і режимів. Проте вихідні положення зазначеної концепції актуальності не втрачають.

Вже згодом, у своїй праці "Della nazionalita come fondamento d.diritto d.genti" (1851 р). Манчіні вперше висловив думку, що національний принцип має бути покладений в основу державного будівництва. Тоді він писав, що кожний народ повинен "приказувати в своїй хаті", мати власну державність та об'єднуватися в одну державу.

На сьогодні доктрина народного суверенітету визнана міжнародним співтовариством. Це випливає із змісту ч. 3 ст. 21 Загальної декларації прав людини, згідно з якою воля народу має бути основою влади уряду; ця воля повинна виявлятися у періодичних і нефальсифікованих виборах, які повинні провадитись при загальному і рівному виборчому праві шляхом таємного голосування або ж через інші рівнозначні форми, що забезпечують свободу голосування [3]. Сучасний розвиток подій засвідчує актуалізацію механізму захисту права народу на невід'ємний суверенітет над їх природніми багатствами. У Резолюції 1803 (XVII) Генеральної асамблеї ООН від 14.12.1962 р. було зафіксовано, що "право народів та націй на невід'ємний суверенітет над їх природніми багатствами і ресурсами має здійснюватися в інтересах їх національного розвитку та добробуту населення відповідних держав" [23].

Засада державного суверенітету є базовим принципом сучасного міжнародного права. У положеннях Конвенції Монтевідео про права та обов'язки держав (26.12.1933 р.) держава розглядається як суб'єкт міжнародного права, що володіє чотирма кваліфікуючими ознаками: постійне населення; визначена територія; уряд та здатність вступати у відносини з іншими державами [12]. Визнаючи суверенні права держав, Статут ООН [27] та інші міжнародно-правові акти формують дієвий механізм їх захисту.

Оскільки в українській правовій науці радянської доби питання суверенітету розглядалось з позиції співіснування "союзна республіка – союз держав", а ст. 13 Конституції 1937 р. [13] фіксувала лише положення про "суверенні права УРСР", то лише з прийняттям Декларації про державний суверенітет України (16.07.1990 р.) теорія суверенітету набула нової якості.

У Декларації суверенітет розглянено в контексті дієвої системи ознак державної влади: верховенства, самостійності, повноти, неподільності та незалежності.

Верховенство означає відсутність вищої за державну публічної влади, окрім влади народу, верховне становище державної влади стосовно будь-яких владних відносин, що існують у межах держави; самостійність - можливість самостійно, без участі інших держав визначати внутрішню та зовнішню політику держави та впроваджувати її у життя; повнота - забезпечення належністю Українській державі всього обсягу державної влади на її території, що реалізується системою її органів; неподільність влади держави в межах її території - існування єдиної системи органів державної влади, на яку покладено виконання функцій держави; водночас вказана система будується за принципом поділу на гілки влади: законодавчу, виконавчу та судову; незалежність держави у зовнішніх відносинах - можливість самостійно приймати рішення щодо взаємовідносин з іншими державами на основі принципів та норм міжнародного права; рівноправність у зовнішніх відносинах - рівний з іншими державами статус України у міжнародних відносинах [2].

Суверенітет держави є її безумовною ознакою, що охоплює верховенство та повноту державної влади на її території, а також незалежність та рівноправність держави у зовнішніх відносинах. Проте зауважимо, що саме у конституційній державі в основу державного суверенітету покладено суверенітет народу, його повновладдя. У демократичному суспільстві народовладдя розглядається в контексті державного ладу, що "забезпечує конституційне право народу на зміну керівництва" та соціального механізму, що "дозволяє більшій частині народу впливати на прийняття найважливіших рішень шляхом обрання претендентів на політичну владу" [25, с. 47].

Ототожнюючи конституційно-правовий зміст понять "народовладдя" та "демократія", слід чітко усвідомлювати чіткі межі територіальної юрисдикції народу. Влада народу має відповідні просторові межі. Оскільки, державна влада діє в межах державної території, то з теоретичної точки зору важливо достеменно з'ясувати правовий зв'язок народу з територією держави. Він надто тісний, щоб можна було його ігнорувати. Іноді під "територією" розуміють місце проживання нації ("дім нації"). Сосенко С. називав її ще "найістотнішим капіталом нації" [26, с.14]. Територія для нації означає "рідний край [paesepatio]" або "батьківщину [patria, Vaterland]", через які виникає особливий зв'язок між людьми (спільне походження, місце народження їхніх предків). Саме до "patria", "Vaterland", "батьківщини" особи почувають особливу прихильність.

Як у міжнародно-правових актах, так і в національному конституційному законодавстві поняття державного, народного, а також національного суверенітету застосовуються паралельно. Для прикладу, у згаданому вище Статуті ООН серед принципів та цілей Організації закріплено засаду рівноправності та самовизначення народів *(ч. 2 ст.1)* та принцип суверенної рівності держав-членів ООН *(ч.1 ст. 2)* [27]. У Декларації про державний суверенітет України поряд із проголошенням державного суверенітету зафіксовано принципи національного та народного суверенітету. У ній, зокрема, зазначено: "Україна як суверенна національна держава розвивається в існуючих кодонах на основі здійснення українською нацією свого невід'ємного права на самовизначення. Україна здійснює захист і охорону національної державності українського народу. Будь-які насильницькі дії проти національної державності України з боку політичних партій, громадських організацій, інших угрупувань чи окремих осіб переслідуються за законом" *(розділ І)*. Водночас, у ІІ- му розділі вказано, що народ України є єдиним джерелом державної влади в Республіці; повновладдя народу України реалізується на основі Конституції Республіки як безпосередньо, так і через народних депутатів, обраних до Верховної і місцевих Рад Української РСР [2].

Отже, саме в Декларації про державний суверенітет України вперше у нашій державі було відображено взаємозв'язок між суверенітетами нації, народу та держави. Такий зв'язок відображено і в чинній Конституції України. В основі державного суверенітету України лежать національний та народний суверенітети.

У суспільних науках немає єдиного підходу до розуміння змісту поняття "народ". Існує щонайменше два найбільш поширених підходи. Перший випливає з конституційно-правової доктрини, відповідно до якої народ – це всі громадяни відповідної держави. Так, відповідно до Декларації про державний суверенітет України (II Народовладдя) та Преамбули Конституції України, громадяни України всіх національностей становлять народ України.

Другий підхід характеризує народ як етнічну спільноту з єдиною історичною, релігійною та культурною ідентичністю. Саме він притаманний міжнародному праву та низці інших наук (історії, соціології, політології тощо). Проте, слід зауважити, що дотримуючись другого підходу, не завжди можна простежити органічний зв'язок між народом та державою чи інститутом громадянства. Саме другий підхід сприяє обґрунтуванню права народу (нації) на самовизначення та створення власної держави. Саме у такому розумінні народ розглядається як суб'єкт права на самовизначення в Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН [27].

Беручи до уваги викладене вище, при дослідженні проблеми власності Українського народу передусім варто конкретизувати, про який саме суб'єкт ідеться. Оскільки мова йде про конституційно-правовий аспект власності як гарантії суверенітету, ми виходимо із конституційних положень, що визначають народ України як сукупність усіх її громадян незалежно від їх етнічної приналежності, а також зміст таких понять як народний та державний суверенітет. При цьому, однак, слід наголосити на органічній єдності цих категорій із народом (нацією) та похідним від неї явищем національного суверенітету. Вважаємо, що саме власність на землю є тим явищем, що зводить усі перелічені категорії до спільного знаменника.

Так, першопочатково земля (вітчизна) належить нації (народу в національному розумінні) [17]. На певному етапі свого розвитку, реалізуючи право національного суверенітету, народ (нація) здобуває власну державу. Існування держави пов'язано із запровадженням низки державно-правових інститутів, у тому числі й громадянства, якого набувають представники різних етнічних груп, що населяють територію вказаної держави і формують народ у громадянському розумінні цього поняття. У такому випадку земля (вітчизна) як власність нації трансформується в об'єкт власності Українського народу (в його громадянському розумінні). Водночас вона стає просторовою основою юрисдикції держави, а отже, –- державною територією. Таким чином, земля (вітчизна), що є невід'ємним атрибутом національного суверенітету, згодом стає гарантією народного та просторовою основою державного суверенітету.

При цьому, важливо розуміти, що в разі втрати державності, як і у випадку з періодом, що передує утворенню держави, народ знову набуває національного, а не громадянського змісту з усіма наслідками, що з цього випливають.

Очевидно, що права народу і права людини та громадянина перебувають у тісному правовому взаємозв'язку. Для України встановлення особливостей цього взаємозв'язку, з врахуванням міжнародного досвіду, має стратегічне значення. Так, у Віденській декларації, прийнятій 23.06.1993 р. на Всесвітній конференції з прав

людини, вказується, що "демократія базується на вільно висловлюваній волі народу визначати його власні політичні, економічні, соціальні й культурні системи та його повній участі в усіх аспектах свого життя" (розд. I Ст. 8) [21]. У цьому ж документі ще раз підкреслено прихильність держав Європи до принципів невідчужуваних прав людини та верховенства права, що нині визначають зміст та спрямованість діяльності цих держав. Як Віденська Декларація, так і Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [22] та Загальна Декларація прав людини [3], засновані на концепції природних невідчужуваних прав людини.

Одним із загальновизнаних природних прав людини є право приватної власності. До групи невідчужуваних, невід'ємних від людини природних прав указане право відносять за рахунок того, що без його реалізації неможливим є забезпечення низки інших життєво необхідних правомочностей, зокрема, на життя, здоров'я тощо. У системі європейського права приватна власність посідає особливе місце. Її розглядають як матеріальну основу свободи. У Декларації прав людини і громадянина (Франція, 1789 р.) лише право власності визнається є священним і непорушним. Декларація передбачила, що ніхто не може бути позбавлений її інакше, ніж у разі законно встановленої суспільної необхідності і за умови справедливого і попереднього відшкодування.

Подібно до цього, функціонування держави як суверенної організації, заснованої на повновладді народу, видається неможливим без гарантування природних прав не лише окремо взятої людини, але й народу в цілому. Звісно, одним з основоположних природних прав народу є його право власності на об'єкти, що становлять основу національного багатства.

Відтак, важливим засобом забезпечення суверенітету України є створення конституційно-правових механізмів гарантування, реалізації та захисту прав народу як власника таких об'єктів. Натомість досить часто, на жаль, конституційну норму про власність Українського народу розглядають як декларацію, неможливу для реалізації, а отже – як правову фікцію.

Згідно зі ст. 13 Конституції, земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією.

Відповідно до ст. 14 Конституції України, яка розвиває принципові положення, закріплені у ст. 13 Основного Закону, земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. До цього часу в доктрині конституційного права України, за винятком окремих публікацій, питання юридичної природи та здійснення права власності на землю Українського народу не були предметом самостійного наукового пошуку. Вдалі спроби здійснити характеристику зазначеного права народу робились представниками науки цивільного і земельного права. Так, наприклад, В. Носік слушно відзначає, що проголошене у перших законах незалежної України і закріплене у Конституції України право власності Українського народу на землю не знайшло свого адекватного вираження у земельному законодавстві і подальшого розвитку у правовій системі України. Сучасна земельно-еколого-правова доктрина потребує проведення системного і комплексного дослідження методологічних, теоретичних проблем та конституційних засад здійснення права власності на землю Українського народу [20].

Активізація наукового інтересу серед вчених-конституціоналістів до такого правового явища, як право народної власності на землю, має заповнити цю задавнену правову прогалину.

Загальні теоретико-концептуальні засади даного питання, необхідні для застосування у вказаних наукових пошуках, відображені, крім вищезгаданих, в працях низки інших зарубіжних і вітчизняних вчених, зокрема: М. Вебера, Г. Гегеля, М. Фуко, Г. Єллінека, В.Ф. Котока, Дж. Локка, Ж.-Ж. Руссо, В.Ф. Погорілка, Ю.М. Тодики, В.М. Шаповала, М.І. Козюбри та ін.

Варто визнати, що переважна більшість вітчизняних наукових робіт, пов'язаних з цією темою, присвячена, як правило, спеціальним вузькогалузевим проблемам реалізації права власності на землю, тоді як конституційні засади цього права народу досі залишаються маловивченими.

Так, визначені Конституцією об'єкти власності Українського народу з точки зору цивільного права можуть викликати сумнів у необхідності їх подальшого правового закріплення (регламентації), проте така необхідність обґрунтована з точки зору конституційного права, з метою забезпечення суверенітету України. Адже власність народу України є змістом економічного суверенітету держави [16, с. 4–13]. Саме тому фіксація об'єктів власності Українського народу не завжди зумовлює необхідність розробки спеціальних цивільно-правових механізмів реалізації прав власності щодо таких об'єктів, адже передусім вони – конституційно-правова гарантія суверенітету. Тож завдання науки конституційного права – з'ясувати сутність конституційного положення про власність Українського народу, його значення для забезпечення суверенітету України, а інших галузевих наук – при потребі, розробити механізми реалізації прав власника цим суб'єктом.

Відсутність в Україні комплексних досліджень права власності народу з позицій конституційного права унеможливлює глибоке осмислення сутності цього явища, водночас створення наукової моделі даного права зумовлює потребу високого рівня аналізу та узагальнення. Саме потенціал конституційного права, як провідної юридичної науки, дозволяє на належному рівні вирішити це питання. Для цього необхідне проведення системного і комплексного дослідження методологічних, теоретичних проблем та конституційних засад здійснення права власності на землю Українського народу.

Деякою мірою, може скластись хибне враження, ніби питання власності народу на землю посягає на принципи існування приватної власності і є актуальним для держав з тоталітарними комуністичними режимами. Проте такий підхід спростовується тим, що власність народу на землю є одним зі способів реалізації влади народу – демократії, а демократія виступає єдиною адекватною формою втілення народовладдя. Наприклад, за радянських часів, наукових досліджень за вказаною тематикою не було через очевидну причину - наявність монополії на землю не народу, а держави. Сподіваємось, що залишки пострадянської парадигми не стануть перешкодою для об'єктивного і безстороннього з'ясування порушеної в цій статті проблематики.

В зв'язку з наведеним, слід відзначити негативний поточний стан справ з коректним сприйняттям змісту статті 13 Конституції України в науковому середовищі, особливо серед представників деяких галузевих наук, що з певною часткою скептичності ставляться до цієї норми. У цьому плані можна навести декілька стандартних позицій, наукових штампів, які зводяться до наступного:

1) це "декларативна" норма, що не має ні теоретичного значення, ні практичного застосування; як і деякі інші норми конституції України, не діє і не виконується;

2) власність народу і державна (та/або комунальна) власність є тотожними поняттями, оскільки саме органи державної влади та місцевого самоврядування здійснюють права власника від імені народу;

3) власність народу існує на ті об'єкти, що не перебувають в приватній, державній чи комунальній власності;

4) об'єкти, визначені в ст. 13 Конституції, включені до неї виключно з екологічною метою, є природними ресурсами, що утворюють екологічну систему, і їх перебування у власності Українського народу мотивоване необхідністю забезпечення екологічної рівноваги та безпеки.

Вважаємо зазначені правові позиції необґрунтованими та такими, що є поверхневими і несистемними, що буде підтверджено нижче. Звісно, мають місце й інші підходи, які виходять з принципу реального існування власності Українського народу, проте вони не є всебічно обґрунтованими і завершеними, тому потребують свого розвитку в науці конституційного права з метою їх подальшого впливу на інші галузеві науки.

Отже, у ст. 13 Конституції України зафіксовано вичерпний перелік спеціальних об'єктів, що перебувають у власності народу, а саме: 1) земля; 2) надра; 3) атмосферне повітря; 4) водні та інші природні ресурси; 5) природні ресурси континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони.

Інші об'єкти, що не перелічені в ст. 13, є повноцінною, майже необмеженою власністю особи, держави чи територіальної громади. Український народ не є власником, не претендує і не може ним бути відносно всіх інших об'єктів права власності не перелічених у зазначеній статті Конституції. Право власності на всі інші речі (рухоме майно, корпоративні права тощо) набувається і припиняється в порядку, встановленому цивільним правом. При цьому, право власності народу – це не абстракція. Воно має цілком конкретний зміст, який проявляється у правомочностях власника, які були сформовані протягом багатовікової історії Українського народу.

Таким чином, безспірний висновок, що очевидно випливає зі змісту ст. 13 Конституції, полягає в тому, що земля, яка знаходяться в межах території України, є об'єктом права власності Українського народу. Очевидно, певні незручності в дослідженні зазначеного питання вносить термінологічна невизначеність. Для того, щоб всебічно проаналізувати це положення, необхідно також з'ясувати значення термінів "земля" і "територія України".

Найбільш поширеним є визначення, відповідно до якого державна територія це – частина земної поверхні, що знаходиться в межах державних кордонів та на яку поширюється суверенітет відповідної держави. Згідно з іншими визначеннями, територія держави *(від лат. terra – земля)* – частина земної поверхні, що перебуває під суверенітетом держави, охоплює сушу, внутрішні води, територіальні води, надра і повітряний простір над ними [30, с. 521] або, наприклад, державна територія це – частина земної кулі, яка знаходиться під суверенітетом певної держави [1, с. 230].

Згідно зі ст. 1 Закону України "Про планування і забудову територій" [9], територія – це частина земної поверхні у визначених межах (кордонах) з властивими їй географічним положенням, природними та створеними діяльністю людей умовами та ресурсами, а також з повітряним простором та розташованими під нею надрами. Відповідно до Закону України "Про державний кордон України" [4], державний кордон України є лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України – суші, вод, надр, повітряного простору (стаття 1).

Відповідно до Закону України "Про охорону земель" [7], земля – це поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом з нею. Згідно зі ст. 1 Земельного Кодексу України [11], земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується. Використання власності на землю не може завдавати шкоди правам і свободам громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі.

Варто звернути увагу й на одне з найбільш повних і об'єктивних наукових визначень землі як об'єкта права власності, де земля - це розташований над надрами, територіально обмежений кордонами України, цілісний, нерухомий поверхневий ґрунтовий і зайнятий водоймами шар земної кори, який є основою ландшафту, просторовим базисом для гармонійного розподілу місць розселення, діяльності людей, об'єктів природно-заповідного фонду з урахуванням економічних, соціальних, екологічних та інших інтересів суспільства, належить Українському народові на праві власності і є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави [20].

Таким чином, застосовуючи термін "земля" в його конституційно-правовому значенні, слід розглядати її як елемент, складову частину державної території (поряд з територіальними водами, повітряним простором тощо). Зрозуміло, що терміни "земля України" і "територія України" нетотожні, і позначають різні правові явища, що відображають зв'язки народу і держави з землею і територією, відповідно. Народ має владу, яка поширюється на рідну землю, а держава, своєю чергою, – владу, яка поширюється на державну територію.

Водночас галузеве цивільне і земельне законодавство під терміном "земля" розуміє винятково земельну ділянку. Так, згідно зі ст. 78 Земельного кодексу України, право власності на землю – це право володіти, користуватися і розпоряджатися земельними ділянками. Відповідно до ч. 1 ст. 79 Кодексу земельна ділянка – це частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами.

При цьому, відповідно до Земельного кодексу, суб'єктами права власності на землю (маємо на увазі - на земельну ділянку) є:

а) громадяни та юридичні особи – на землі приватної власності;

б) територіальні громади, які реалізують це право безпосередньо або через органи місцевого самоврядування, – на землі комунальної власності;

в) держава, яка реалізує це право через відповідні органи державної влади, - на землі державної власності.

Цікавою видається та обставина, що ст. 80 Земельного кодексу, в якій перелічені суб'єкти права власності на землю, до числа таких суб'єктів не відносить Український народ (на відміну від Цивільного кодексу, в якому народ визнається суб'єктом права власності). Не виключено, що законодавець під час законопроектної роботи над проектом Земельного кодексу врахував вищенаведену відмінність між землею і земельною ділянкою, далекоглядно виключивши народ з потенційних суб'єктів права власності. Варто звернути увагу на цікавий факт, який полягає в тому, що народ, незважаючи на його особливий статус, загалом та в частині права власності на землю,,зокрема, жодного разу не згадується в Земельному кодексі.

Відповідно до ст. 318 Цивільного кодексу України [29], суб'єктами права власності є Український народ та інші учасники цивільних відносин, визначені ст. 2 цього Кодексу. Усі суб'єкти права власності є рівними перед законом. Водночас, як зазначено у ст. 2 Кодексу, учасниками цивільних відносин є фізичні

та юридичні особи. Учасниками цивільних відносин є: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.

Поряд з цим, слід чітко розмежовувати поняття "суб'єкти права власності" і "суб'єкти здійснення права власності". Народ не може повсякденно здійснювати правомочності власника, тому конституційне положення про власність Українського народу має виражений саме конституційно-правовий, а не цивільно-правовий характер.

Для всебічного розуміння наведеної проблеми, слід враховувати, що власність народу на землю і власність на земельну ділянку (право володіння, користування і розпорядження) вказаними суб'єктами не можуть ставитись на один щабель. Хоча наведена традиційна цивільно-правова тріада правомочностей загалом видається справедливою і щодо конституційно-правової форми власності народу, все ж, за своєю суттю, вона має певні особливості. Обмеженість землі кордонами держави, нерухомість землі, її особливе значення для національної безпеки і процвітання народу є характерними рисами юридичної природи права власності Українського народу на землю. Отже, за Конституцією України, народна власність на землю має іншу юридичну природу, ніж це передбачено у Земельному чи Цивільному кодексах України.

Згідно зі ст. 324 Цивільного кодексу "Право власності Українського народу", земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування у межах, встановлених Конституцією України.

У ст. 373 Кодексу закріплено, що земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується Конституцією України. Право власності на землю (земельну ділянку) набувається і здійснюється відповідно до закону. Право власності на земельну ділянку поширюється на поверхневий (ґрунтовий) шар у межах цієї ділянки, на водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які на ній знаходяться, а також на простір, що є над і під поверхнею ділянки, висотою та глибиною, які необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд. Власник земельної ділянки має право використовувати її на свій розсуд відповідно до її цільового призначення. Власник земельної ділянки може використовувати на свій розсуд все, що знаходиться над і під поверхнею цієї ділянки, якщо інше не встановлено законом та якщо це не порушує прав інших осіб. Як бачимо, і в зазначеній нормі розділяється поняття права власності на землю та права власності на земельну ділянку. Зазначений поділ також підтверджує висновок про право власності на землю як конституційно-правову категорію та на земельну ділянку як цивільно-правову категорію, відповідно.

Для цілей цієї статті важливим також є з'ясування питання співвідношення "традиційних" державної, комунальної і приватної форм власності та власності Українського народу. Чинне законодавство і правова доктрина, незважаючи на наявне викривлення уявлень на це питання, слушно не наважуються остаточно обмежити право власності народу якоюсь із перелічених форм.

Наприклад, відповідно до ст. 1 Закону України "Про управління об'єктами державної власності" від 21.09.2006 р. [8], управління об'єктами державної власності – це здійснення Кабінетом Міністрів України та уповноваженими ним органами,

іншими суб'єктами, визначеними цим Законом, повноважень щодо реалізації прав держави як власника таких об'єктів, пов'язаних з володінням, користуванням і розпоряджанням ними, у межах, визначених законодавством України, з метою задоволення державних та суспільних потреб. При цьому, як зазначено в ч. 2 ст. 3 цього закону, його дія не поширюється на управління об'єктами власності Українського народу, визначеними ч. 1 ст. 13 Конституції України.

Згідно ж зі ст. 5 Закону України "Про розмежування земель державної та комунальної власності" від 5.02.2004 р. [5] суб'єктом права власності на землі державної власності є держава, яка реалізує це право через відповідні органи державної влади. Суб'єктами права власності на землі комунальної власності є територіальні громади, які реалізують це право безпосередньо або через органи місцевого самоврядування.

Дані правові положення підтверджують висновок про реальну відмінність між народною та державною (за аналогією – комунальною, приватною) власністю та свідчать про достатньо адекватне відображення цього висновку у законодавстві, яке, щоправда, носить несистемний характер.

Отже, народ не є суб'єктом права ані державної, ані комунальної, як і, безумовно, приватної власності. Виникає концептуальне запитання: суб'єктом права власності у відношенні до якого об'єкта є народ ? Для відповіді на це запитання слід взяти до уваги наступне.

Згідно з Цивільним кодексом України, право власності – це право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб. Зміст цивільного права власності полягає у праві власника володіти, користуватись та розпоряджатись своїм майном. Проте, як було зазначено вище, не можна розглядати поняття власності як таке, що має тільки цивільно-правовий зміст. Наука і галузь цивільного права за тривалий час свого існування сформували певну монополію на використання термінів "власність" і "право власності" виключно у своєму понятійному апараті.

Натомість значення поняття власності значно ширше. У загальному розумінні, власністю вважається належність чогось комусь (чомусь). Конституція України визначає, що земля є об'єктом права власності Українського народу. Але стереотипи звуженого сприйняття цього поняття спричиняють хибне розуміння юридичної природи права власності на землю народу України. В юридичній літературі право власності народу не розглядається як таке, що має ознаки самостійних виду і форми, а лише констатується його наявність. Поширеними також є намагання подати його як правову фікцію чи підмінити правом державної чи комунальної власності.

На нашу думку, право Українського народу на землю має інший, відмінний від цивільно-правового, характер. Цей висновок продиктований тією обставиною, що в сучасних умовах земля не може залишатися прерогативою регулювання виключно цивільно- чи земельно-правових норм, виходячи з її особливого статусу та загальнонаціонального значення. Але ця обставина не може поставити під сумнів сам факт існування явища права власності народу. Тому є підстави зробити висновок про наявність в Україні двох сутностей права власності на землю – цивільно-правової та конституційно-правової. При цьому кожна з них виражається у відповідних, властивих їй, формах. Цивільно-правова - в трьох формах: державна, комунальна, приватна власність. Конституційно-правова - в єдиній формі – власність Українського народу.

Отже, залежно від особливостей суб'єкта і об'єкта правовідносин, а також природи самих правовідносин, потрібно розрізняти: право власності суб'єкта

цивільних правовідносин на об'єкти цивільних прав і право власності суб'єкта конституційних правовідносин на об'єкти конституційних прав.

Так, відповідно до ст. 2 Цивільного кодексу учасниками цивільних відносин є: фізичні та юридичні особи (особи), держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Згідно зі ст. 318 Цивільного кодексу, суб'єктами права власності є Український народ та інші учасники цивільних відносин, визначені ст. 2 цього Кодексу.

Як зазначено вище, цивільна категорія права власності полягає у праві власності особи на певну річ (майно). Відповідно до вищезазначеної ст. 2 Кодексу, до числа осіб належать юридичні й фізичні особи. Згідно ж ст. 170, 171, 172 Цивільного кодексу України держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, не маючи статусу осіб, набувають і здійснюють цивільні права та обов'язки, відповідно, через юридичних осіб (органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування).

Водночас річчю (майном), відповідно до ст. 179 Кодексу є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага.

Взаємозв'язок між суб'єктом, об'єктом, змістом і формою права власності на землю і земельну ділянку, з урахуванням отриманих висновків, можна простежити за такою схемою:

СУБ'ЄКТ	ОБ'ЄКТ	СУТНІСТЬ(характер) ВЛАСНОСТІ	ФОРМА ВЛАСНОСТІ
держава	земельна ділянка	цивільно-правовий	державна
територіальна громада			комунальна
фізична (юридична) особа			приватна
Український народ	земля України	конституційно-правовий	власність Українського народу

Отже, земля України не є майном (річчю) на відміну від земельної ділянки. Земля України належить Українському народові на споконвічному праві власності, яке є запорукою його процвітання та утвердження серед інших народів світу.

Як ми вже заначили, чинне українське законодавство досить непослідовно врегульовує відносини, опосередковано пов'язані з правом власності народу на Українську землю. Так, ст. 85 Земельного кодексу України встановлює, що іноземні держави можуть набувати у власність земельні ділянки для розміщення будівель і споруд дипломатичних представництв та інших, прирівняних до них, організацій відповідно до міжнародних договорів [11]. Ця норма була реалізована в рішенні Київської міської ради від 27 жовтня 2005 р. "Про продаж земельної ділянки Сполучених Штатів Америки в Україні для будівництва, експлуатації та обслуговування комплексу будинків та споруд для розміщення дипломатичної місії Сполучених Штатів Америки в Україні та забезпечення її діяльності на вул. Танковій, 4 у Шевченківському районі м. Києва" [24]. Зазначеним рішенням вирішено продати Сполученим Штатам Америки земельну ділянку площею 4 га. Станом на сьогодні ця

ділянка є державною власністю Сполучених Штатів Америки, що посвідчене відповідним державним актом на право власності на земельну ділянку від 22.11.2006 р.

З одного боку, вищенаведений приклад наглядно демонструє очевидну відмінність між державною власністю на землю та власністю на землю народу. При цьому, вказана відмінність підкреслюється і міжнародно-правовим досвідом. Органи державної влади є лише представниками народу у правовідносинах, що стосуються здійснення останнім своїх прав на державну територію. У той же час, народ і держава (або громадянин чи територіальна громада) як суб'єкти права власності не протиставляються, їх власність не виключає одна одну, вони існують паралельно.

Виходячи із конституційно-правової сутності власності народу на землю, український народ завжди залишатиметься власником своєї землі. Стаття 65 Конституції встановлює, що захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є обов'язком громадян України, проте тільки впевненість, що саме народ є власником своєї землі буде спонукати українців завжди стояти на її захисті.

Проголошення незалежності Української держави є однією з основних гарантій, які надають Українському народові можливість вільно і самостійно володіти, користуватись і розпоряджатись землею в межах території держави, забезпечувати використання землі в національних інтересах України, використовувати всі передбачені у Конституції України та міжнародно-правових актах засоби захисту права власності на землю від будь-яких посягань і територіальних претензій з боку інших держав.

Тільки народ самостійно і добровільно може відчужити частину своєї території чи відмовитися від своєї власності на неї. Відповідно до ст. 73 Конституції України, виключно всеукраїнським референдумом вирішуються питання про зміну території України. Згідно ст. 157 Конституції, вона не може бути змінена, якщо зміни спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України.

Як зазначено в Конституції, власність зобов'язує, вона не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству. Український народ, без сумніву, зацікавлений у повноцінному функціонуванні, державної, комунальної і приватної власності на землю, оскільки всі її форми є важливими підвалинами економічної самостійності України. Водночас положення Конституції про зобов'язальний характер власності означає, що власник повинен використовувати її не тільки в особистих (індивідуальних, егоїстичних) інтересах. А у випадках, коли така власність здійснюється на шкоду людині і суспільству, законодавством встановлено та має бути реалізовано відповідні механізми впливу на такого недобросовісного власника.

З огляду на це, важливим питанням є можливість відчуження земельних ділянок для суспільних потреб чи суспільної необхідності. Для з'ясування цього питання слід встановити співвідношення між термінами "народ" і "суспільство", "суспільні потреби" – "потреби народу" тощо.

У цьому аспекті варто по-новому підходити до юридичної природи права приватної, комунальної чи державної власності, яка полягає в тому, що у випадках отримання земельної ділянки у власність за однією з наведених форм будь-яким з перелічених суб'єктів, залишаючись в межах території України, ця ділянка є простором, на який поширюється народний та державний суверенітет. За таких умов право приватної власності на землю носить умовно обмежений характер і припиняється переходом прав власника або добровільно, шляхом укладання

відповідного цивільно-правового договору, або примусово, в разі виникнення суспільної потреби (фактично – потреби народу). В цьому разі перехід права власності від приватної особи до держави, при незмінній власності народу на цю територію, вказує на можливість за посередництвом державного органу, розпоряджатись та користуватись цією земельною ділянкою у спосіб, що найкраще відповідає суспільним (народним) потребам. Таким чином, народ опосередковано здійснює своє право власника. При цьому до спеціальних правових підстав набуття державою права власності на землю для потреб Українського народу можна віднести: націоналізацію, примусовий викуп земельних ділянок приватної власності з мотивів суспільної необхідності, конфіскацію тощо.

Відповідно до ч. 6 ст. 41 Конституції України, ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з подальшим повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована винятково за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі.

Згідно із Законом України "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності" від 17.11.2009 р. [6], під відчуженням земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, для суспільних потреб або з мотивів суспільної необхідності розуміється – перехід права власності на земельні ділянки, інші об'єкти нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, за плату в державну чи комунальну власність шляхом їх викупу чи примусового відчуження для потреб держави, територіальної громади, суспільства в цілому.

Звідси випливає, що конституційний принцип непорушності права власності не є абсолютним. Право власності Українського народу на землю є первинним, завжди присутнім, невідчужуваним і непорушним, основною гарантією народного суверенітету. Примусове відчуження об'єктів права власності може бути застосоване в інтересах народу з мотивів суспільної необхідності.

У ст. 13 Конституції закріплено також право кожного громадянина користуватися природними об'єктами права власності народу відповідно до закону. У цьому випадку, очевидно, йдеться про загальне і спеціальне природокористування громадян для задоволення їх життєво необхідних потреб (оздоровчих, естетичних, рекреаційних та ін.), як це передбачено, наприклад, Законом України "Про охорону навколишнього природного середовища" [10]. Зазначена норма жодною мірою не спростовує, не обмежує і не спрощує права власності народу на свою землю.

Варто також зазначити, що цінність землі в конституційно-правовому розумінні полягає у тому, що земля використовується як певна просторова база, на якій розміщено відповідні об'єкти виробничої та соціальної інфраструктури, населені пункти тощо. Це свідчить про життєву важливість землі для існування держави, функціонування суспільства і процвітання народу України.

Отже, є всі підстави вважати, що стаття 13 Конституції України не є декларацією в негативному розумінні цього слова, та, що в ній йдеться не про

випадковий набір природних ресурсів як окремих об'єктів права державної власності, а про землю як частину державної території, як власність Українського народу. Земля є невід'ємною частиною державної території України, незалежно від того, в чиїй власності та в якій її формі (приватній, комунальній або державній) вона перебуває.

Як бачимо, зміст ст. ст. 13, 14 Конституції України нерідко дослівно відтворений у низці нормативно-правових актів, у тому числі Земельному і Цивільному кодексах України. Така законотворча діяльність є виправданою та розумною формою впровадження конституційних положень про право власності Українського народу в інші галузі національного законодавства. Натомість зазначені законотворчі ініціативи певною мірою випереджають науку конституційного права, яка не завжди адекватно забезпечує їх належне теоретичне підґрунтя.

Можна з упевненістю стверджувати, що в Конституції України міститься цілісна концепція народного суверенітету та народу як власника відповідних об'єктів. Конституцією України закладено надійні підвалини народного та державного суверенітету України, які в процесі конституційного реформування важливо не лише зберегти, але й передбачити надійні механізми їх збереження, гарантування, охорони та захисту.

Підтверджуючи та підсумовуючи вищевикладене, вважаємо за доцільне зробити наступні висновки:

– юридичну основу права власності на землю Українського народу становить конституційне право України як провідна галузь права;
– в Україні існують та мають реальне значення дві сутності права власності на землю – цивільно-правова та конституційно-правова; остання існує у формі власності Українського народу;
– власність народу не обмежує права приватної, комунальної і державної власності; вказані форми власності мають різну правову природу, тому безпосередньо не впливають одна на одну;
– уся земля, яка знаходиться в межах території України, є об'єктом права власності Українського народу;
– власність народу на землю України вказує на безпосередню владу народу на своїй землі (над своєю землею), у своїй Вітчизні, на відміну від держави, влада якої поширюється на державну територію;
– належність Української землі народу України не може бути обмежена або скасована за жодних обставин, незалежно від особливостей функціонування держави та її здатності ефективно захищати інтереси народу.

Звичайно, автори цієї статті не ставили за мету висвітлити всі аспекти теми, запропонованої до дискусії. Швидше розглядаємо її як перший крок на шляху до з'ясування всієї багатогранності проблеми права власності на землю Українського народу. Вищенаведені висновки можуть бути цікавими для фахівців з галузей цивільного, господарського та земельного права. Сподіваємось, що досліджувана проблематика знайде свій подальший розвиток у подальших дослідженнях представників правової науки.

---

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250 000 / В`ячеслав Тимофійович Бусел (уклад. і голов. ред.). — К., Ірпінь: Перун, 2007. — 1736 с.
2. Декларація про державний суверенітет України (16.07.1990 р.) // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. - № 31. - Ст. 429.

3. Загальна декларація прав людини. Прийнята та проголошена у резолюції 217 А (III) Генеральної Асамблеї від 10 грудня 1948 року // Офіційний вісник України від 15.12.2008 - 2008 р. – № 93. – стор. 89. – ст. 3103, код акту 45085/2008.
4. Закон України від 04 листопада 1991 р. № 1777-XII "Про державний кордон України" [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?
5. Закон України від 05 лютого 2004 № 1457-IV "Про розмежування земель державної та комунальної власності" [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1457-15
6. Закон України від 17 листопада 2009 р. № 1559-VI "Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності // Офіційний вісник України від 25.12.2009. - 2009. - № 97. - стор. 9. – ст. 3326, код акту 48789/2009.
7. Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-IV "Про охорону земель" [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=962-15
8. Закон України від 21 вересня 2006 р. № 185-V "Про управління об'єктами державної власності" Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=185-16&p=1300221314070633
9. Закон України від 20 квітня 2000 р. № 1699-III "Про планування і забудову територій" [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?
10. Закон УРСР від 25 червня 1991 р. № 1264-XII "Про охорону навколишнього природного середовища" [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1264-12&p=1300221314070633
11. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2768-14&p
12. Конвенция Монтевидео о правах и обязанностях государств [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://www.mfaabkhazia.net/ru/node/327
13. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки Затверджена Надзвичайним XIV Українським З'їздом Рад 30 січня 1937 року [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya
14. Конституція України (Текст Конституції України відповідає тексту, що існував до внесення змін Законом "Про внесення змін до Конституції України" № 2222-IV від 08.12.2004 та із змінами, внесеними згідно із Законом № 2952-VI від 01.02.2011) [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?
15. Конституція України: Наук.-практ. коментар / Академія правових наук України / Авер'янов В.Б., Батанов О.В., Баулін Ю.В., Битяк Ю.П., Борисова В.І.. (голова редкол. В.Я. Тацій) - Х. : Право, 2003. - 806 с.
16. Мочерний С. Національний та економічний суверенітет України // Економіка України. - 2005. - № 10. - С. 4-13.
17. Нація (від лат. natio - плем'я, народ) - соціально-економічна, культурно-політична і духовна спільність індустріальної епохи. Існує два основні підходи до розуміння нації: як політичної спільності громадян окремої держави так і етнічної спільності з єдиною мовою та самосвідомістю. У міжнародному праві нація виступає синонімом держави.
18. ООН. Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws
19. ООН. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. // Офіційний вісник України від 15.12.2008. – 2008 р., № 93, стор. 89, стаття 3103, код акту 45085/2008.

20. Проблеми здійснення права власності на землю українського народу : Автореф. дис. на здобуття ст. д-ра юрид. наук: 12.00.06 / В.В. Носік; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. - К., 2007. – 34 с.
21. Рада Європи. Віденська декларація від 25 червня 1993 р. [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_189
22. Рада Європи. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України від 16.04.1998. – 1998 р., № 13. - № 32 від 23.08.2006. - ст. 270.
23. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1803 (XVII) "Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами" (14 декабря 1962 года) [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/195/59/IMG/
24. Рішення XI сесії IV скликання Київська міська рада № 350/3811 від 27 жовтня 2005 р. "Про продаж земельної ділянки Посольству Сполучених Штатів Америки в Україні для будівництва, експлуатації та обслуговування комплексу будинків та споруд для розміщення дипломатичної місії Сполучених Штатів Америки в Україні та забезпечення її діяльності на вул. Танковій, 4 у Шевченківському районі м. Києва" Електронний ресурс] // Режим доступу : http://uazakon.com/documents/date_8q
25. Сеймур Мартин Липсет. Политический человек: социальные основы политиеской жизни. – Теория и практика демократии. Избранные тексты. Перевод с англ. под ред. В.Л. Иноземцева, Б.Г. Капустина. – М.: Научно-изд. центр "Ладомир", 2006. – С.46-54.
26. Сосенко С. Нація й розв'язка національної справи при конституційному федералізмі..– Львів, 1927. – 45с.
27. Статут Організації Об'єднаних Націй [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_010&p=1300068310421714
28. Указ Президента України від 21.02.2011 р. № 224/2011 "Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї України" // Офіційний вісник України від 04.03.2011. – 2011. – № 14. – ст. 13. – стаття 562, код акту 54963/2011.
29. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс] // Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15&p
30. Шляхтун П.П. Конституційне право: словник термінів // П.П. Шляхтун – К.: Либідь, 2005. – 521 с.

СОБСТВЕННОСТЬ УКРАИНСКОГО НАРОДА НА ЗЕМЛЮ КАК ЭЛЕМЕНТ КОНСТИТУЦИОННО ПРАВОВОГО МЕХАНИЗМА ОБЕСПЕЧЕНИЯ СУВЕРЕНИТЕТА УКРАИНЫ

О. Бориславска, И. Заяць, С. Ризник

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В данной статье исследуется конституционно правовая природа собственности Украинского народа на землю. Характеризуя генезис теории суверенитета и особенности ее нормативного выражения в украинском законодательстве, авторы акцентируют внимание на принципы разграничения государственного, национального и народного суверенитета и роли собственности народа, как гаранта его свободы, а следовательно государственной независимости.

Ключевые слова: государственный суверенитет, народный суверенитет, национальный суверенитет, субъекты собственности, собственность на землю, объект собственности, обеспечения суверенитета.

CONSTITUTIONAL LAW LAND OWNERSHIP OF UKRAINIAN NATION AS ELEMENT OF CONSTITUTIONAL LEGAL MECHANISM OF UKRAINE'S SOVEREIGNTY PROVIDING

O. Boryslavs'ka, I. Zayac', S. Riznyk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: kafedra507@ukr.net

The constitutional legal nature of land ownership of Ukrainian nation is elucidated. While characterizing the sovereignty theory origin and its normative reflection in Ukrainian legislation, the authors pay specific attention to the principles of state, national and nation sovereignty distinction as well as the role of nation's property as a guarantor of its freedom, and thus, state independence.

Key words: state sovereignty, nation sovereignty, national sovereignty, property subjects, land ownership, property object, sovereignty providing.

Стаття надійшла до редколегії: 14.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ПРЕАМБУЛИ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

Л. Бориславський

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

До 15-ої річниці Конституції України.

Розглянемо структуру, юридичну силу і зміст вступної частини Конституції України 1996 р.

Ключові слова: преамбула, цілі, структура, юридична сила.

Текст чинної Конституції України (далі Конституція) відкривається вступною частиною, яка передує її розділам і має назву “Конституція України” [1, с. 141]. На відміну від Конституції УРСР 1978 р., яка мала назву “Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки” після проголошення незалежності України її назву було змінено на “Конституція (Основний Закон) України”, чинний Закон має лаконічну назву “Конституція України”. Отже в назві чинної Конституції термін “Основний Закон” не вживається, оскільки законодавець розглядає ці поняття як тотожні “приймаючи” цю Конституцію – Основний Закон України (абзац 9).

Традиційно в науці конституційного права вступну частину Основного Закону іменують преамбулою (франц. preambule, від лат. preambulus – те, що чомусь передує, має бути повідомлене, виступаючий попереду). Зазначимо, що і в самому тексті чинної Конституції слово “преамбула” не вживається, вступна частина не має заголовку, як і в конституціях низки держав. У деяких конституціях вступна частина має назву, але преамбула будь-якої конституції є суттєвою. В преамбулі конституцій, зазвичай, вказують носія влади, який заснував її, умови та цілі її прийняття, основні політичні, правові, ідеологічні завдання, які повинні братися до уваги, бути зрозумілими, історично виправдані під час ознайомлення та застосування.

Особливе правове значення має її структура, зміст та юридична сила. Більше того, законодавець пред’явив більш високі вимоги з погляду її форми і змісту. Її зміст має низку суттєвих змістовних відмінностей. Зазначимо, що в правовій літературі щодо коментування Основного Закону незаслужено мало уваги приділено аналізу змісту і юридичного значення преамбули Конституції. Очевидно, це результат домінуючої у вітчизняній правовій теорії позиції, що преамбула Конституції не має юридичного значення, а лише є політичним документом, який є сутністю Основного Закону. В цьому зв’язку видається необхідним детальніше розглянути зміст преамбули нині чинної Конституції і виявити її суттєві риси.

В Конституції України з формального погляду преамбули немає, але міститься вступна частина, яка охоплює 9 абзаців, в тому числі 72 слова – взаємопов’язаних положень урочисто-декларативного характеру, реалізація яких є головним обов’язком держави. Вона виражає сутність нового Основного Закону України, має основоположне значення для подальшого становлення і розвитку української держави й суспільства. Преамбула нашої Конституції за своїм стилем викладу подібна до урочистого звернення народу – засновника Основного Закону до попередніх, нинішнього і прийдешніх поколінь.

© Бориславський Л., 2011

Преамбула констатує, передусім, що чинна Конституція прийнята від імені Українського народу – громадян України всіх національностей і починається словами: "Верховна Рада України від імені……" (абз. 1). Це означає, що Конституція є актом установчої влади Українського народу. Народ є первинним суб'єктом конституційних правовідносин, в яких обов'язковою стороною виступають Українська держава, її органи та посадові особи. Саме волею народу України визначається модель суверенітету, організації влади, прав і свобод людини і громадянина, яка проголошена в новому Основному Законі. Український народ володіє всією повнотою установчої (засадничої) влади, яка належить виняткова йому, нікому не може бути передана чи узурпована державою, її органами чи посадовими особами. Від його імені цю установчу (засадничу) владу реалізувала Верховна Рада України п'ятого скликання, а саме - "виражаючи суверенну волю народу" (абз. 2). Юридично це означає, що нова Конституція є результатом волевиявлення суверенної волі народу. Зазначимо, що право виступати від імені всього народу Верховна Рада України отримала з огляду на прийняття Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. В розділі ІІ, якої проголошено, що "Від імені всього народу може виступати виключно Верховна Рада України…..". Крім того, в заключній частині Декларації зазначено, що вона є основою для нової Конституції [2, с. 429].

Приймаючи новий Основний Закон, парламент України спирався на історико-політичні і юридичні підстави виникнення України як суверенної держави. Ними були багатовікова історія українського державотворення та невід'ємне право нації на самовизначення, передбачене Статутом ООН та іншими міжнародно-правовими документами, яке було здійснене українською нацією, усім українським народом (абз. 3). Фактично йдеться про реалізацію політичного принципу, на якому заснована українська державність – єдності етнічних українських земель. Як відомо, історично Україна (ще на стадії самовизначення нації) складалася як союз народу України, шануючи національні інтереси всіх народів. Результат цього процесу виражений в тактичній фразі "на основі здійсненного українською нацією, всім Українським народом права на самовизначення".

Це правда це не означає, що тим самим народ України втратив установчу владу. Виняткове право народу – визначати і змінювати конституційний лад в Україні – знайшло своє конституційне закріплення в ст. 5 Конституції. У Рішенні Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 про офіційне тлумачення положень ч. 1 ст. 103 в контексті положень її ст. 5, 156 зазначено, що влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною (справа про здійснення влади народом) [3, с. 145].

Атрибутивною частиною нової української державності стало утвердження в преамбулі "забезпечення прав і свобод людини" (абз. 4). Видається, що тут йдеться про поєднання юридичних і політичних засад. Що торкається прав і свобод людини, то це положення преамбули отримує свій конституційний розвиток у розділі І "Загальні засади", ст. 3 якого є яскравим виявом ліберальної концепції прав людини. У конструкції цієї статті використано низку понять, раніше невідомих вітчизняній конституційній науці і запозичених з інших галузей права.

У преамбулі є низка принципових положень, які розкривають причини і цілі прийняття нового Основного Закону України. Серед них: "піклуючись про зміцнення громадської злагоди на землі України" (абз. 5) та "прагнучи розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу" (абз. 6) тощо. Фактично йдеться про деякі соціальні зобов'язання Української держави по відношенню до

людини, по забезпеченню демократичного розвитку країни. Зокрема, парламент не може приймати закони, а виконавча влада – нормативно-правові акти, які порушують права і свободи людини або здатні призвести до порушення громадської злагоди на землі України, підриву демократичних засад української державності.

Для розвитку Української держави виключно важливі положення преамбули про збереження історично утвореної державної єдності, встановлення громадянської злагоди. Досить тривалий час нашу Україну розривали, та, на жаль, і сьогодні перешкоджають її вільному розвиткові конфлікти соціальні та національні. Це генеральна ідея української Конституції "піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України", громадська злагода допомагатиме нам розбудувати незалежну Україну.

Низка положень преамбули спрямовані на формування у громадян України почуття патріотизму, любові й поваги до Вітчизни. Вирішуючи це завдання, законодавець обрав, на наш погляд, оптимальний шлях – звернення до багатовікової історії українського державотворення та пам'яті поколінь. Справді, на історію України вплинуло багато інших обставин, які сприяли об'єднанню людей в єдину історичну спільність – Український народ. При цьому із всього розмаїття вибрали найбільш позитивну її частину – "зміцнення громадської злагоди". Сила нашої держави в єдності українських земель.

Положення преамбули "піклуючись про зміцнення громадської злагоди на землі України" свідчить, що наша Конституція вийшла на рівень стандартів, прийнятих у світовому співтоваристві. Юридично, на наш погляд, ця формула означає: Україна усвідомлює себе в кордонах, які склались після розпаду Радянського Союзу, не претендуючи на інші території, які зайняті іншими народами колишнього СРСР. На цій концепції ґрунтується процес демаркації і делімітації державного кордону з колишніми союзними республіками СРСР, а також принциповій позиції в питаннях територіальних претензій до України збоку інших держав.

Слова преамбули: "про прагнення розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу" означають намір України встановити демократичний лад і послідовно провести його через весь зміст Конституції (абз. 6), але з іншого боку проголошується, що Україна фактично є демократичною правовою державою (ст. 1).

Як конституційне веління преамбула закріплює положення, "усвідомлюючи відповідальність, повагу до історичного минулого країни. Саме в преамбулі Основного Закону термін "відповідальність" використовується в найширшому розумінні: вона слугує мотивацією прийняття Конституції. У словах "усвідомлюючи відповідальність перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішнім та прийдешніми поколіннями" виражена рішучість здійснювати проголошені в преамбулі і закріплені в Конституції високі цілі та наміри (абз. 7). Зрозуміло, йдеться про відповідальність не в правовому, а в моральному розумінні. Народ, який не здійснив ради нинішнього і прийдешнього поколінь проголошені ним благородні цілі, може нести таку відповідальність у вигляді жалю за допущені помилки і їх виправлення, якщо вони важкі. Уникнути їх можна поширенням кращих рис і традицій минулого, шляхом настирливої праці, перебудування всього життя і діяльність народу відповідно до цілей Конституції.

Це морально-політичні погляди і переконання Українського народу, які зумовили прийняття цієї Конституції. Засвідчують вірність, повагу до пам'яті

“попередніх, нинішнього та прийдешніх поколінь” (абз. 8). Крім того, слова “попередніми, нинішнім та прийдешніми поколіннями” мають особливе принципове значення, оскільки вони вміщені у вступній частині акта найвищої юридичної сили, Конституції, яка за своїм спрямуванням і функціями розрахована на досить тривалий історичний період і призначена для регулювання найважливіших суспільних відносин, охоплюючи при цьому всі сфери життєдіяльності суспільства і держави. Їх функція свідчить, по-перше, що нова Конституція є тривалим результатом прагнення попередніх поколінь; по-друге, вона прийнята в інтересах нинішнього покоління; по-третє, вона розрахована на прийдешні покоління. Це, своєю чергою дає підстави зробити висновок, що законодавець прагнув проголосити, що внесення змін до Конституції є справою далекого майбутнього (абз. 8), а не найближчого часу. Тому позиція авторів Коментаря є незмінною: поки суспільство і держава можуть розвиватися в рамках чинної Конституції ставити питання про внесення змін до неї не лише недоцільно, але й небезпечно. Про це яскраво свідчать результати конституційної реформи 2004 р. [4].

Преамбула завершується заявою про прийняття Конституції: “приймаємо цю Конституцію – Основний Закон України”, тобто визначено не тільки порядок прийняття Конституції, але й початок дії її норм (абз. 9). Як відомо, світовому досвіду декілька способів прийняття основних законів. З цих позицій вони поділяються на октройовані, які прийняті парламентом або конституційними зборами, і так звані “народні”, тобто прийняті в процесі всенародного обговорення. Україна, за свою коротку історію конституційного розвитку, використовувала головно один спосіб легалізації конституції. Зазначимо деякі особливості прийняття Конституції 1996 р. Роки, що минули з моменту проголошення незалежності, у контексті творення нового Основного Закону були бурхливими. Конституційний процес, що розпочався ще 1990 р., тобто ще за часів Української РСР, призвів до створення кількох проектів конституцій протягом 1993 – 1996 рр. ухвалення парламентом 1 липня 1992 р. Постанови про винесення проекту конституції на всенародне обговорення, однак через політичне протистояння напередодні президентських виборів конституційний процес загальмувався. Лавина змін до чинного на той час Основного Закону 1978 р., укладення “малої конституції” – Конституційного Договору 1995 р. [5, с. 321].

Отже структурний аналіз преамбули з елементами логічного аналізу допоможуть уяснити волю законодавця. У світовій конституційно-правовій теорії немає єдності поглядів щодо змісту конституції. Конституції різних країн становлять собою документ (акт), що відображає різні історичні умови її прийняття і рівень конституційної свідомості.

Деякі властивості преамбули Конституції виявляються чіткіше в разі порівняння її структури із структурою преамбул конституцій інших демократичних правових держав. Порівняльний аналіз преамбул вітчизняної і зарубіжних конституцій свідчить, що головне у змісті їх преамбул, незважаючи на викладені в них різні цілі, є утвердження державності, народовладдя, визнання пріоритету прав і свобод людини і громадянина. Оскільки ці цілі пронизують всі конституційні положення (статті), то в основних законах низку країн вступної частини взагалі немає, тобто преамбула не є обов’язковим елементом Закону.

Водночас за останнє десятиріччя можна відзначити тенденцію до включення в Конституції розгорнутих преамбул. Нерідко у вступній частині виражаються політичні цілі й намагання її творців. Конституції більшості держав, утворених на

території колишніх союзних республік як головні цілі і вихідні позиції висувають передусім ідеї національного відродження та інститути демократії, наприклад:

– Відродження суверенної державності Росії і утвердження непорушності її демократичної основи (Конституція Російської Федерації від 12 грудня 1993 р.);
– Право на самовизначення, відданість загальнолюдським цінностям (Конституція Республіки Білорусь від 24 листопада 1996 р.);
– Непорушність казахської державності, створення демократичного суспільства і правової держави, пріоритет прав і свобод людини, бажання забезпечити громадянський мир і міжнаціональну злагоду, достойне життя для себе і потомків (Конституція Республіки Казахстан від 28 січня 1993 р.). Примітно, що в чинній Конституції, прийнятій 30 серпня 1995 р. перелік цілей і мотивів виглядає по іншому (створення державності на споконвічній казахській землі, усвідомлюючи себе миролюбивим громадянським суспільством, бажання зайняти достойне місце в світовому співтоваристві).

Особливо сильні національні риси нової державності виражені в преамбулах основних законів держав Балтії. Наприклад, в Конституції Естонії від 28 червня 1992 р. зазначено, зокрема, про непрохідне право державного самовизначення народу Естонії, забезпечення збереження естонської нації і культури навіки. Головна думка преамбули Конституції Литовської Республіки від 6 листопада 1992 р. зосереджена на обґрунтуванні історичних коренів литовської держави, її правового фундаменту на литовських статутах і Конституціях Литовської Республіки, збереження власного духу, рідної мови, писемності і звичаїв. Наведені приклади засвідчують не тільки різні підходи до формулювання і реалізації основних цілей в різних конституціях, але й важливість вступної частини для правильної оцінки змісту самого основного закону.

З огляду на це набувають особливого значення основні цілі розвитку Української держави, виражені в тексті преамбули її Конституції: дбаючи про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя, піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України, прагнучи розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу. Преамбула є невід'ємною складовою Конституції. Тому в разі її тлумачення усі конституційні положення статей мають ґрунтуватися на їх змісті і мотивах, які проголошенні у вступній частині. Хоча преамбула не містить положень нормативно-правового характеру, однак вона має суттєве значення для розуміння змісту Конституції, цілей її прийняття, історичних передумов установчого волевиявлення. Засадничу роль преамбула може виконати під час пошуку права суб'єкта конституційно-правових відносин, у випадках необхідності офіційного тлумачення (ми вважаємо, що для Основного Закону країни не є характерним наявність пробілів чи суперечностей) конституційних норм, а також в наступній трансформації до потреб сьогодення або потреб правового регулювання. Вона є такою як є. У цьому розумінні її правове значення беззаперечне. Фактично має юридичну силу для всіх суб'єктів конституційно-правових відносин, оскільки є основою, на якій вивіряється адекватність тлумачення конституційних норм, що містяться в розділах відповідних статей Конституції.

Преамбула, можемо сказати, визначає стратегію правотворності і правозастосування, покладає на державу, її органи і органи місцевого самоврядування їх посадових осіб, громадян та їхніх об'єднань, юридичний обов'язок діяти відповідно до сформульованих у ній основоположних принципів і цілей, які у ній проголошені.

Водночас, доводиться визнати, що високі цілі, проголошені в преамбулі Конституції і її зміст, не завжди повною мірою реалізуються в законах, які приймаються (не приймаються) на основі Конституції. Це, зокрема, стосується законів, положення яких Рішеннями Конституційного Суду України визнані неконституційними. Наприклад, справа про Регламент Верховної Ради України [6].

Приклади свідчать не лише про різні підходи для формувань і реалізації різних цілей в Конституції, але й важливість вступної частини для правильного розуміння самого Основного Закону.

У цьому зв'язку, набувають особливої ваги основні цілі і наміри розвитку України, виражені в змісті її преамбули: виражаючись, спираючись, дбаючи, піклуючись, прагнучи, усвідомлюючи, керуючись. Йдеться про бажану форму розвитку державності в Україні.

Що ж торкається юридичної сили інших положень преамбули, розглянутих вище, то численні Рішення Конституційного Суду України, які спираються на їх зміст і не роблять різниці між ними та нормами основного тексту Конституції.

Але Конституція не лише шанує пам'ять про минуле, а передусім утверджує загальновизнані й особливо важливі для нашої багатонаціональної країни принципи рівноправності самовизначення Українського народу, громадян України всіх національностей. Нова Конституція – це і відродження справжньої суверенної державності України, яку вона набула тільки з прийняттям 16 липня 1990 р. Декларації про державний суверенітет України. За роки незалежності ми пережили багато випробувань, проте змогли зберегти унітарність і цілісність України, створити відповідний ресурс консолідації, який надає нам змогу рухатися вперед.

І як справді суверенна держава Україна самостійно прийняла свою Конституцію в 1996 р.

---

1. Відомості Верховної Ради України 1996. – №30. – Ст. 141.
2. Відомості Верховної Ради України 1990. – №31. – Ст.429.
3. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. – 2005. – К: Юрінком Інтер. – 2006. – С.145.
4. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України).
5. Конституція незалежної України. Книга перша. Документи, коментарі, статті. – К: Українська Правнича фундація. Видавництво "Право" К. – 1995. – с.321.
6. Рішення Конституційного Суду України від 1 квітня 2008 року (справа про Регламент Верховної Ради України).

ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИИ ПРЕАМБУЛИ КОНСТИТУЦИИ УКРАИНЫ

Л. Бориславский

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
Ул. Университетсвая,1, 79000 Львов, Украина

К 15-й годовщины Конституции Украины.

Рассматриваются структура, юридическая сила и содержание вступительной части Конституции Украины 1996 года.

Ключевые слова: преамбула, цели, структура, юридическая сила.

ON THE LEGAL MEANING OF THE PREAMBLE TO THE CONSTITUTION OF UKRAINE

L. Boryslavs'kyi

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article is devoted to the 15-th anniversary of the Constitution of Ukraine adoption.

Structure, legal force and content of the preamble part of the 1996 Constitution of Ukraine are regarded.

Key words: Preamble, aims, structure, legal force.

Стаття надійшла до редколегії: 02.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ В УКРАЇНІ

П. Гураль

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті висвітлюємо проблему конституційно-правового статусу української мови як державної. Зроблено висновок, що не зважаючи на відповідну правову основу, верховні та центральні органи України не виявили політичної волі до виконання ст. 10 Конституції України та забезпечення всебічного розвитку і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України. Запропоновано в Україні провадити активнішу політичну підтримку української мови як державної.

Ключові слова: конституційно-правовий статус мови, Європейська хартія регіональних мов, імплементація міжнародних норм в українське законодавство, мова титульної нації.

Відомий німецький філософ, юрист, математик, мовознавець Г.В. Лейбніц, якого вважають прабатьком нового мовознавства, зазначив: “Оскільки людина істота суспільна, то Бог подарував їй здатність до мови, котра повинна стати великим знаряддям і загальним зв’язком суспільства” [1, с. 274].

“Без здатності до мовлення в людей не було б ні держави, ні суспільства, ні договору, ні миру, так само, як цього немає в левів, ведмедів і вовків” - підкреслював Т. Гоббс [2, с. 318].

У концепції українського націотворення Івана Франка доленосне значення має питання української мови, яку так методично, планомірно й грубо нищили русифікатори, розуміючи, що знищення української мови є рівнозначне знищенню українського народу… Цей “меч Домокла” століттями висить над історичною долею українського народу, спрямований, крім усього іншого, на знищення української мови й українства загалом. Великодержавні шовіністи до цього часу у своїх русифікаторських планах все роблять для того, щоб принаймні обмежити вживання української мови і тим самим звести її до рівня побутового вжитку, вилучити її як один з основних чинників утвердження української нації [3, с. 201].

І. Франко неодноразово з різних нагод підкреслював, що мова – вираження духу народу, його духовності і культури, сутності його національного єства. Він боровся за збереження української мови, викривав асиміляторів, засуджував лінгвіцид. На переконання письменника нація і мова – нерозривні явища: не може існувати українська нація без української мови, якщо українська нація (чи народ) зрікається власної мови і приймає як свою російську, то вона перестає бути українською нацією, вона змосковщується, бо разом з російською мовою приймає все те духовне багатство, носієм якого ця мова є, а все своє, що пов’язане з українською мовою, відсувається разом з нею на задвірки аж до знищення [3, с. 202].

Усвідомлюючи ці положення, український парламент 28 червня 1996 р. у тривалому протистоянні з проросійськи налаштованими депутатами, обговорюючи ст. 10 Конституції України, дійшли до компромісу і проголосували її у такому вигляді: “ Державною мовою в Україні є українська мова”.

Держава забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України.

В Україні гарантується вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України.

© Гураль П., 2011

Застосування мов в Україні гарантується Конституцією України та визначається законом" [4, с. 52].

Конституційна норма особливо виділяє "використання та захист" російської мови. Потрібно також зазначити, що конституційна норма "застосування мов в Україні визначається законом", не реалізована донині.

В Україні чинним є Закон Української РСР "Про мови в Українській РСР" від 28 жовтня 1989 р., що закріплював двомовність. Більшість статей цього закону не відповідає вимогам незалежної України. Отож, за 20 років Верховна Рада України не спромоглася ухвалити новий закон про мови.

На виконання цього закону 7 грудня 1989 р. постановою Ради Міністрів №302 було створено Республіканську комісію з участю представників академії наук УРСР, відповідних міністерств і відомств УРСР, облвиконкомів, Київського та Севастопольського міськвиконкомів, Товариства української мови імені Тараса Шевченка й інших громадських організацій для розробки Державної програми розвитку української мови та інших національних мов в Українській РСР.

А 12 лютого 1991 р. Рада Міністрів УРСР постановою №41 затвердила "Державну програму розвитку української мови та інших національних мов в Українській УРСР на період до 2000 року" [5].

Програма у вступі проголошувала: "Мова – найважливіший засіб людського спілкування та інтелектуального виявлення особистості, основа духовності народу, його історичної пам'яті й сучасного буття. Єднаючи покоління та формуючи національну свідомість, кожна національна мова відображає не тільки самобутність народу, який нею володіє, але й культурним надбанням усього людства.

Українська мова – це мова багатомільйонного народу, що стала однією з найбагатших мов світу і може задовольняти потреби суспільства в спілкуванні, розвитку культури, освіти, науки й техніки. Тому нічим не виправдане звуження в державному, економічному, політичному та громадському житті. Демократизація суспільства ставить вимогу відродження української національної культури і мови, вільного розвитку культур і мов інших національних груп, які проживають у республіці" [5].

Державна програма передбачала низку конкретних заходів із розвитку української мови та з розробки декількох варіантів орієнтованих навчальних планів і програм курсів української мови для дорослих (обсягом приблизно 40, 60 і 100 годин) із застосуванням інтенсивних методів навчання, комп'ютерної техніки, аудіовізуальних засобів [5].

Кабінет Міністрів України 8 вересня 1997 р. прийняв постанову №998 "Про затвердження комплексних заходів щодо всебічного розвитку і функціонування української мови". "Необхідність розроблення цих комплексних заходів, підкреслювалась у цьому нормативному акті, зумовлена як великим значенням мовно-культурних процесів у сучасному світі, де мовна політика регулюється державними і законодавчими актами (Франція, Бельгія, Росія тощо), так і, зокрема, тією історичною обставиною, що Український народ протягом століть не мав змоги належним чином розвивати мову і користуватися нею у всіх сферах діяльності.

Українська держава покликана усунути цю історичну несправедливість і забезпечити українській мові нормальні умови розвитку і функціонування" [6].

Президент України своїм Указом від 31 грудня 1997 р. №1408/97 утворив при Президентові України Раду з питань мовної політики, затвердив її персональний склад та Положення про Раду.

Крім того, були прийняті ще інші законодавчі та нормативно-правові акти, спрямовані на розвиток української мови як державної в Україні. Отже в Україні створено організаційно-правова база для вирішення цієї важливої державної проблеми.

Не зважаючи на ці важливі конституційно-правові норми, на високо-ідейно-теоретичне підґрунтя цих актів в Україні, жоден з верховних і центральних органів не виявив достатньої політичної, державної волі щоб хоча б якась частина цих норм і законів були виконані.

У справі за конституційним поданням 51 народного депутата України 19 грудня 1999 р. Конституційний Суд розглянув справу щодо офіційного тлумачення окремих положень ст. 10 Конституції України стосовно обов'язковості застосування державної мови органами державної влади і місцевого самоврядування, їх посадовими особами, а також у навчальному процесі в державних навчальних закладах України.

Суб'єкт права на конституційне подання зазначає, що посадові особи Верховної Ради України, Кабінету Міністрів, Адміністрації президента України під час виконання службових обов'язків нехтують державною мовою, "Відбувається свідоме ігнорування державної мови і в більшості державних навчальних закладах України".

Конституційний Суд України офіційно витлумачив положень ст. 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання у навчальному процесі в навчальних закладах України: "Положення Конституції України зобов'язують застосовувати державну – українську мову як мову офіційного спілкування посадових і службових осіб при виконанні ними службових обов'язків у роботі і в діловодстві тощо органів державної влади, представницького та інших органів АР Крим, органів місцевого самоврядування, а також у навчальному процесі в державних і комунальних закладах України [8, с. 859].

Однак, це рішення Конституційного Суду України чиновництво не збиралося виконувати. Академік Іван Дзюба 20 квітня 2000 року в газеті "Урядовий кур'єр", аналізуючи мовну ситуацію в Україні, наголошував: "Закон про мови не виконується. Програми підтримки української мови (як і культури) не здійснюються. Навіть найобережніший крок у бік розширення сфери функціонування української мови викликає протести з боку відомих внутрішніх і зовнішніх політичних сил, звинувачення у придушенні російської мови і культури, у порушенні прав людини – при чому до прав людини відносить все, крім права українця на українську книжку, українську газету, освіту рідною мовою, зрештою права на майбутнє своєю мови, своєї культури, своєї держави" [9].

Всеукраїнським переписом 2001 р. зафіксовано суттєві зміни в мовному складі. В державі рідною українську мову визнали 85,2 % всіх українців. Це значно менше, ніж під час всіх попередніх повоєнних переписів. У 1959 році, наприклад, цей показник становив 93,4%, 1970 р. – 91,4, 1979 р. – 89, 1989 р. – 87,7, 2001 р. – 85,2 [10, с. 80].

У 2012 р. має відбутися новий перепис населення, до якого вже готуються окремі політики – народні депутати. Характерними у цьому контексті є вислови регіонала Царьова та комуніста Царькова, які наводить газета "Сегодня", та повідомляє, що під час перепису ПР та КПУ агітуватимуть російськомовних українців у графі національність підписуватись росіянами, "щоб вибити з рук націоналістів аргумент про українців як єдиної державотворчої нації" [11, с. 5].

В Україні зменшилися тиражі журналів та інших періодичних видань: за 1990 – 2003 рр. – із 170 до 130 млн примірників (у 1,3 раз), у тому числі українською мовою – 378 до 24 млн примірників (у 3,25 раз).

Велику перевагу мають російськомовні газети. Якщо за 1990 – 2003 рр. разовий тираж усіх газет в Україні збільшився з 23 до 75 млн примірників (3,3 раза), то тираж українських газет з 15 до 23 млн примірників (у 1,5 раза) [10, с. 284].

Аналіз засвідчує, що українська книжка, український журнал, українська газета, як і українська мова у дошкільних закладах, школах, вищих навчальних закладах, потребують усебічної підтримки.

Здобувши формально статус державної українська мова фактично і не стала нею, хоч наявна правова база, що визначає державний статус української мови, є цілком достатньою для забезпечення його реалізації. Головна причина гальмування цих процесів полягає у відсутності політичної волі керівників органів державної влади, а також активна протидія як усередині України, так і ззовні. А без свідомої загальнонаціональної і регіональної української еліти неможливо побудувати українську державу.

Українці мають враховувати й оцінити ідеологію нашого північного сусіда, імперську ідею. Ідею Третього Риму і Нового Єрусалима. Ця ідея досить виразно звучить у книзі Т.В. Грачової, завідувача кафедри Військової академії Генерального штабу Збройних Сил РФ: “Весь историчиский путь российской государственности – это путь имперский, путь к Третьему Риму как империи духа Нового Иерусалима. Имперность – стержень не только нашей священной государственности, но и в целом смысла существования России, условия ее выживания. Россия начинает гибнуть тогда, когда отказывается от имперской идеи. И потому даже пережив самые тяжелые времена смут и революции, Россия неизменно возвращалась на этот путь, движимая духовными импульсами самосохранения и руководимая своими внутренним сакральным вселенским призванием” [12, с. 297, 398].

Ще емоційніше про Україну висловлюється М. Смолін у збірнику статей “Український сепаратизм в Росії, ідеологія національного розколу”, що видана у Москві в січні 2002 р. У передмові до цього збірника він прямо закликає: “Національно мислячі російські люди зобов’язані заради майбутнього російського народу в жодному разі не визнавати прав на існування за державою “Україна”, “українським народом” і “українською мовою”. Історія не знає ні того, ні другого, ні третього. Це – фетиш, створений ідеологією наших ворогів [13, с. 209].

Багато проблем в Україні створюють наші доморощені українофоби, які домагаються ввести другу офіційну мову в Україні.

Зокрема вони створили проблему з імплементацією норм міжнародного у національне законодавство про мови. На сьогодні єдиним міжнародним документом, імплементованим у законодавство України, який безпосередньо стосується мовної політики, є Європейська хартія регіональних мов або мов меншин [14, 95]. Процедура його імплементації тривала кілька років. Україна взяла на себе зобов’язання приєднатися до Хартії 26 вересня 1995 р. Підписання Хартії від імені України відбулося вже 2 травня 1996 р. Однак ратифікували її двічі, – 1999 р. і 2003 р., ратифікація супроводжувалася політичними спекуляціями, порушенням Конституції України та українського законодавства.

На прикладі Хартії можна простежити усі проблеми процедури імплементації міжнародних норм у національне законодавство:

1. Підписанню Хартії не передували ретельне експертне вивчення цього документа, глибокий аналіз мовної ситуації в Україні та фахове обґрунтування необхідності захисту тією чи іншої мови.

2. На ратифікацію подали переклад українською мовою, зроблений не з автентичної Хартії, а з російського перекладу, далеко не відповідний Хартії, тому терміни Хартії були перекручені вже у назві як самого документу. У супровідних документах автентичного тексту Хартії йдеться про те, що її головним завданням є збереження мов, якими розмовляють дуже маленькі групи населення, внаслідок чого їм загрожує зникнення з лінгвістичної карти.

3. Закон накладає на державу надмірні зобов'язання щодо мов, які цього не потребують. Водночас ті регіональні мови, які згідно з визначенням Хартії дійсно потребують захисту залишаються незахищеними [15].

Підводячи підсумок можна зробити висновки:

– міжнародно-правові акти захищають права національних меншин з метою збереження культурного розмаїття та уникнення конфліктних ситуацій на етнічному (мовному) підґрунті;
– за законом Україна повинна сумлінно дотримуватися виконання чинних міжнародних договорів. У державі виникли проблеми із процедурою імплементації міжнародних норм у національне мовне законодавство: а) українське законодавство не містить термінів "регіональна мова", "мовна група", "міноритарна мова", які є базовими поняттями Хартії; б) в українському законодавстві є терміни "державна мова" та "мова національних меншин", серед яких у Конституції окремо виділено російську мову, а в законі про ратифікацію Хартії маємо положення про захист 13-ти мов національних меншин, а не міноритарних або меншинних мов; в) законопроект про ратифікацію Хартії, спрямований проти розвитку функцій державної мови; г) російська мова хоч і є мовою меншин, проте не є міноритарною мовою в розумінні Хартії; проголосований закон про ратифікацію Хартії посилює функції російської мови; д) у переліку щодо дії Європейської хартії опинилися мови найчисленніших меншин, зокрема, білоруська, болгарська, молдавська, німецька, польська, російська, румунська, словацька та угорська, які не потребують заходів підтримки, оскільки є офіційними у своїх державах; е) за допомогою Хартії політичні антиукраїнські сили, які пропагують поширення в Україні російської мови, заклали правову базу для надання російській мові статусу державної в Україні;
– нинішнє правове поле та відповідні органи держави не забезпечують реального вирішення мовних проблем.

Положення Конституції України про державну мову та інші мови, як і положення інших законів та підзаконних актів, хоч і відповідають міжнародним стандартам та зберігають свою актуальність, не виконуються.

Найнебезпечніше для України те, що у прийнятій редакції закон про ратифікацію Хартії відкрив можливості для політичних спекуляцій у мовному питанні, які провокують нестабільність в країні. Насамперед, це рішення обласних, міських і навіть деяких районних рад про надання російській мові статусу регіональної на їх територіях.

Крім цього – це законопроект "Про мови в Україні", що його 7 вересня 2010 р. внесли на розгляд до Верховної Ради народні депутати О. Єфремов, П. Симоненко та С. Гриневецький, де головною є ода російській мові, володіння якою нібито "забезпечує громадянам України широкий доступ до здобутків світової науки і культури". Дивно, що депутати, які представляють всі три партії правлячої коаліції, м'яко кажучи, вводять людей в оману. Адже понад 98% науково-технічної інформації у світі видається англійською мовою, менше 2% – японською та китайською, на російську припадає менше 0,1% [9, с. 7].

Російська мова в Україні – це мова найчисленнішої, але все-таки національної меншини. Цій мові ніщо не загрожує, проте вона ніяк не може претендувати на роль другої державної мови, яку їй у той чи інший спосіб намагаються надати автори проектів законів “Про мови в Україні”, “Концепції мовної освіти” та інших проектів.

Очевидним є той факт, що незалежній Українській державі потрібно провадити активну політичну підтримку мови титульної нації. Таку підтримку в різний час проводили всі постколоніальні держави. Безперечно, маємо дбати й про мови національних меншин, однак розвиток регіональних мов або мов меншин не повинні здійснюватись на шкоду державній – українській мові.

Президент України як основний гарант Конституції повинен задуматися над проблемою української мови як консолідуючого фактора української нації та встановити жорсткий контроль за процесами українізації та поліпшенням мовної ситуації в Україні.

---

1. Лейбниц Г.В. Новые опыты о человеческом разумении автора системы представления гармонии/ Лейбниц Г.В. Сочинения : В 4т. – М.: 1983 Т.2. – 390 с.
2. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, формы и власть государства церковного и гражданского/ Антология мировой философии: В 4 т. – М., 1970. – Т.2. – 450 с.
3. Пашук А. Філософський світогляд Івана Франка. – Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка. – 2007. – 432 с.
4. Конституція України. Прийнята на п’ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р., К.: Видання здійснене Комітетом виборців України. – 1996. – 43 с.
5. Постанова Ради Міністрів Української РСР від 12 лютого 1991 року №41 “Про затвердження Державної програми розвитку Української мови та інших національних мов в Українській РСР на період до 2000 року” // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http//zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main/cgi?nreg=998-97
6. Постанова Кабінету Міністрів від 8 вересня 1997 року №998 “Про затвердження Комплексних заходів щодо всебічного розвитку і функціонування української мови”// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http//zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main/cgi?
7. Указ Президента України від 31 грудня 1997 року №1408/97 “Про створення при Президентові України Ради з питань мовної політики”// [Електронний ресурс] – Режим доступу: http//zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main/cgi?nreg=1408/97
8. Рішення Конституційного Суду України від 14 грудня 1999 року №10-рп/99 (справа про застосування української мови) // Конституційне законодавство України (законодавчі акти, коментар, офіційне тлумачення): Збірник нормативних актів/ Автори-упорядники: С.В. Лінецький, М.І. Мельник, А.М. Ришелюк. – К: Атіка, 2000. – 896 с.
9. Урядовий кур’єр. – 2000. – 20 квітня. – 7 с.
10. Заставний Ф. Проблеми дипресивності в Україні (соціально-економічної, екологічної, демографічної): Монографія. – Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка. 2006. – 348 с.
11. Львівська газета. – 2011. – 25 січня. – С.5.
12. Грачева Т.В. Невидимая Хазария. Алгоритмы геополитики и стратегии тайных войн мировой закулисы. – Рязань : Зерна, 2009. – 400 с.
13. Лизанчук В.В. Геноцид, етноцид, лінгвіоцид української нації: Хроніка. – Львів : Видавничий центр ЛНУ імені Івана Франка. – 2008. – 258 с.
14. Європейська Хартія регіональних мов або мов меншин (Стразбург, 5 листопада 1992)/ Законодавчо-нормативні акти з питань функціонування української мови як державної:

Збірник/ юридичний відділ Львівської обласної державної адміністрації. – Львів : Астролябія. – 200 с.

15. Закон України "Про ратифікацію Європейської Хартії регіональних мов або мов меншин 1992 року"// Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №3. – С.24.

ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО СТАТУСА УКРАИНСКОГО ЯЗЫКА В УКРАИНЕ

П. Гураль

Львовский национальный университет имени Ивана Франка
Ул. Университетсвая,1, 79000 Львов, Украина

В статье исследуется проблема конституционно-правового статуса украинского языка как государственного. Делается вывод, что несмотря на соответственную правовую основу, верховные и центральные органы Украины не проявляют политической воли к выполнению ст.10 Конституции Украины и обеспечения всестороннего развития и функционирования украинского языка во всех областях общественной жизни на всей территории Украины.

Предлагается в Украине проводить более активную политику поддержки украинского языка как государственного.

Ключевые слова: конституционно-правовой статус языка, Европейская хартия региональных языков, имплементация международных норм в украинское законодательство, язык титульной нации.

ISSUES OF CONSTITUTIONAL LEGAL STATUS OF THE UKRAINIAN LANGUAGE IN UKRAINE

P. Gural'

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

In the article the issues of constitutional legal status of the Ukrainian language as state language are highlighted. The author makes a conclusion, that notwithstanding the legal base, the supreme and central bodies of Ukraine haven't demonstrated their political will to comply with Article 10 of the Constitution, as well as to provide comprehensive development and functioning of the Ukrainian language in all spheres of social life within the territory of Ukraine. It is proposed to provide more active political support of the Ukrainian language as state language in Ukraine.

Key words: language constitutional legal status, European Charter of Regional Languages, implementation of international norms into Ukrainian legislation, language of the title nation.

Стаття надійшла до редколегії: 10.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ОБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Є. Пілат

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: pilatinum@gmail.com

Досліджено правову природу законодавчого поняття інформації через призму системи суміжних термінів, як наприклад "комерційна таємниця", "службова таємниця", "державна таємниця", "банківська таємниця", "лікарська таємниця", "професійна таємниця", "таємниця страхування", "нотаріальна таємниця", "адвокатська таємниця". Значна увага приділена також іншим видам інформації, які перебувають під іншим режимом правової охорони в Україні: "конфіденційна інформація" та "реклама".

Ключові слова: інформація, інформаційні правовідносини, об'єкт, право на інформацію.

Ще в середині XX ст. один з основоположників кібернетики Норберт Вінер визначив інформацію як "позначення змісту, отриманого із зовнішнього світу в процесі нашої адаптації до нього і адаптації до нього наших почуттів. Процес отримання та використання інформації є процесом нашого пристосування до випадковостей навколишнього середовища і нашої життєдіяльності у цьому середовищі"[25; 31].

Як відомо, одним з елементів правовідносин юридична наука виділяє їх об'єкт. Загальна теорія держави та права визначає об'єкти правовідносин як матеріальні чи нематеріальні блага, з приводу яких суб'єкти вступають у правовідносини, здійснюють свої суб'єктивні юридичні права та суб'єктивні юридичні обов'язки. По суті, об'єкт правовідносин – це те, заради чого вони виникають. Якщо об'єктом права є суспільні відносини, що можуть бути предметом регулювання і вимагають такого регулювання, то об'єкт правовідносин – вужче, конкретніше – частинка суспільних відносин, елемент (одиниця загального), з приводу якого взаємодіють суб'єкти, те, на що спрямовані суб'єктивні юридичні права і обов'язки осіб [28; 366].

Якщо ж розглядати питання правових відносин у площині інформаційної сфери, питання об'єкту набуде ще більшого значення, оскільки такі правовідносини виділяються саме за визначенням свого об'єкта.

Спробуємо розглянути інформацію як об'єкт правовідносин у сукупності з її правовою характеристикою ізольовано від поведінки особи. Найбільш вдало характеризує сучасний ступінь дослідженості даного питання І.Л. Бачило, коли вказує на те, що інформація – "перетворюється не лише в супутній елемент різноманітних матеріальних відносин, але й сама перетворюється на ресурс, який відділяється від головної субстанції - матеріальної та інтелектуальної творчості - і займає своє власне місце в системі обміну (і ринку в тому числі)"[24; 18].

Звертаючи увагу на практичне значення проблеми об'єкта правовідносин та її різноплановість в залежності від галузі права доречно було б згадати С.С. Алексєєва, який чітко вказує на те, що "у тих з них, де у правовідносинах результат дій зобов'язаної особи є невіддільним від самої діяльності і де об'єкт не дістає спеціальної нормативної регламентації, навряд чи необхідно штучно "вимучувати" особливу проблему об'єкта"[23; 162–163]. Безумовно, якщо замислитись над цією проблематикою, то, вочевидь, можна переконатися у тому, що при теоретичному аналізі правовідносин у будь-яких з них можна знайти спеціальний об'єкт, але в той же час, якщо результат діяльності зобов'язаного

© Пілат Є., 2011

суб'єкта невіддільний від самої діяльності, при характеристиці матеріального змісту правовідносин, водночас, достатньою мірою розкривається і його об'єкт, тобто результат діяльності зобов'язаного суб'єкта.

У зв'язку з цим, доречним буде зробити спробу звернутися до особливостей нормотворчої діяльності щодо таких об'єктів правового регулювання. Часто, при розробці того чи іншого нормативно проекту правового акту суб'єкти нормотворення встановлюють значення певних понять, категорій чи термінів, відображаючи їхні дефініції у змісті відповідного нормативно-правового акту. Таким чином, вони вводять в правову систему потрібні для реалізації відповідного акту поняття. Так, при використанні тих чи інших правових понять, категорій чи термінів у нормативно-правових актах по-різному може бути окреслене коло суспільних відносин, які є предметом правового регулювання у інформаційній сфері. У чинному законодавстві України можна знайти відносно багато значень поняття інформації. Попри те, що основоположною категорію у відносинах в інформаційній сфері (з приводу інформації) є власне "інформація", законодавець використовує й інші категорії, такі, наприклад, як "таємниця", "реклама", тощо.

Спробуємо охарактеризувати поняття інформації через суміжні поняття, що містяться у чинному українському законодавстві. Одним з таких понять є поняття "таємниці".

Комерційна таємниця. Так, наприклад у Цивільному кодексі України (далі - ЦК) інформацію віднесено до глави 15 (розділу III), що вказує на місце інформації серед таких нематеріальних благ, як "результати інтелектуальної, творчої діяльності" та "особисті немайнові блага". У свою чергу, під інформацією (в межах ЦК) законодавець розуміє документовані або публічно оголошені *відомості* про події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі (ст. 200 ЦК). В той же час, у ст. 505 ЦК, яка дає поняття комерційної таємниці, визначає її як *інформацію*, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію [22]. Господарський кодекс України (далі - ГК) у ст.155 серед об'єктів прав інтелектуальної власності визначає комерційну таємницю. Водночас, в ст. 36 ГК (неправомірне збирання, розголошення та використання відомостей, що є комерційною таємницею) описуючи поняття комерційної таємниці законодавець розуміє, знов ж таки, *відомості*, пов'язані з виробництвом, технологією, управлінням фінансовою та іншою діяльністю суб'єкта господарювання, що не є державною таємницею, розголошення яких може завдати шкоди інтересам суб'єкта господарювання, можуть бути визнані його комерційною таємницею. Зі змісту ст. 162 ГК (правомочності суб'єктів господарювання щодо комерційної таємниці) випливає, що законодавець, говорячи про "комерційну таємницю", "комерційну інформацію" та "інформацію, що є комерційною таємницею" чітко вказує на те, що комерційна таємниця є інформацією, яка знаходиться під спеціальним режимом правової охорони.[2]

Службова таємниця. У загальному уявленні службовою таємницею є узагальнений перелік відомостей, доступ до яких обмежено колом виконавців певних службових обов'язків, яким розголошення цих відомостей заборонено. Зберігання таємниці службової інформації не зумовлене її комерційною цінністю (хоча сама ця

інформація може мати комерційний характер). Заборона на розголошення ґрунтується на нормах законодавства, що регламентує окремі сфери діяльності.[27]

В національній правовій системі України відсутня норма-дефініція, яка б законодавчо закріпила визначення поняття "службова таємниця", тому цей термін розкривається у відомчих нормативно-правових актах. Визначення службової таємниці міститься в чотирьох підзаконних нормативно-правових актах, а саме в Інструкції про порядок проведення ревізій та перевірок по коштах Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності [19], в Інструкції про порядок проведення контрольних заходів контрольно-ревізійним сектором Державної судової адміністрації України [14], в Інструкції про проведення контрольних заходів фінансово-господарської діяльності підгалузей, об'єднань, підприємств, установ та організацій системи Міністерства транспорту та зв'язку України [16], в Інструкції про організацію та проведення контрольних заходів щодо фінансово-господарської діяльності на підприємствах, в установах і організаціях, що належать до сфери управління Міністерства вугільної промисловості України та щодо яких Міністерство здійснює корпоративне управління [15]. Аналіз чинного законодавства щодо визначення службової таємниці дозволяє дійти висновку, що службовою таємницею є *відомості*, які не підлягають розголошенню, перебувають у розпорядженні певної посадової особи органу влади та необхідні для ефективного здійснення покладених державою функцій або стосуються фізичних та юридичних осіб за умови, що її розголошення зачіпає (порушує) їхні права та законні інтереси.

Державна таємниця. Закон України "Про державну таємницю" у ч.1 ст. 1 дає визначення поняття державної таємниці, як виду таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнані у порядку, встановленому цим Законом, державною таємницею і підлягають охороні державою [7]. У той же час законодавець ототожнює поняття "державної таємниці" та "секретної інформації", надалі вживаючи ці поняття як синоніми.

Банківська таємниця. Відповідно до ст. 1076 (Банківська таємниця) Цивільного кодексу України під банківською таємницею слід розуміти відомості про клієнтів, їхні рахунки та операції з цими рахунками, гарантії по нерозголошенню яких покладається на банк. Поряд з тим, за змістом ч. 1 ст. 60 Закону України "Про банки і банківську діяльність" [5] банківська таємниця – це інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємин із ним чи третіми особами під час надання послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту. Банківську таємницю становить також інформація про банки чи клієнтів, що збирається під час проведення банківського нагляду (ч. 3 ст. 60 Закону України "Про банки і банківську діяльність"). Порядок розкриття банківської таємниці та органи, яким надається така інформація, визначає ст. 62 вказаного Закону. Відповідно, можна стверджувати, що до банківської таємниці певного банку також належить інформація про клієнтів інших банків, яка може стати відомою з документів, угод та операцій клієнта банку. [30]

Лікарська таємниця. В правовій літературі можна зустріти різні підходи до розуміння поняття "лікарська таємниця". На сьогодні, домінуючими є дві позиції щодо цього питання. Частина вчених стверджує, що потрібно ототожнювати "лікарську таємницю" та "медичну таємницю", інші ж, дотримуються позиції, що це

різні поняття і з'ясовувати їхню правову природу та зміст потрібно диференційовано. Хоча витоки даної проблеми можна прослідкувати ще у прийнятій 45-ю Всесвітньою медичною асамблеєю Положенні Всесвітньої медичної асоціації "Про захист прав та конфіденційність пацієнта"[18], дану дискусію породив законодавець, доповнивши Закон України "Про інформацію"[8] статтею 39-1 (право на таємницю про стан здоров'я), якою, фактично, впровадив законодавчий термін "таємницю про стан свого здоров'я" (ч. 1, ст. 39-1 згаданого Закону).

Враховуючи викладене, вважаю, що правила використання відомостей, які стосуються лікарської таємниці - інформації про пацієнта, на відміну від медичної інформації - інформації для пацієнта, чітко розмежовуються статтею 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я [3] та частиною третьою статті 46 Закону України "Про інформацію" [8]. Відповідно до ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я, медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, не мають права розголошувати ці відомості.

Професійна таємниця. Це поняття введене в національну правову систему України через закріплення у Законі України "Про Рахункову палату" та Законі України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг". Відповідно до статті 20 (професійна таємниця) Закону України "Про Рахункову палату"[10] під поняттям "професійна таємниця" розуміється стан збереження матеріалів, документів, інших відомостей, якими користуються посадові особи Рахункової палати та особи, які залучаються до здійснення функцій Рахункової палати під час проведення перевірок, ревізій, обслідувань, і про які забороняється розголошувати у будь-якій формі до моменту прийняття рішення Рахункової палати. Закон України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг"[13] у п. 11 ч. 1 ст. 1 дає чітке визначення цього поняття: "професійна таємниця – матеріали, документи, інші відомості, якими користуються в процесі та у зв'язку з виконанням своїх посадових обов'язків посадові особи державних органів, що здійснюють регулювання ринків фінансових послуг, та особи, які залучаються до здійснення цих функцій, і які забороняється розголошувати у будь-якій формі до моменту прийняття рішення відповідним уповноваженим державним органом".

Таємниця страхування. Відповідно до Закону України "Про страхування"[12] таємниця страхування – це конфіденційна інформація щодо діяльності та фінансового стану страхувальника - клієнта страховика, яка стала відомою йому під час взаємовідносин з клієнтом чи з третіми особами при провадженні діяльності у сфері страхування, розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту (ч. 2 ст. 40).

Нотаріальна таємниця (таємниця вчинюваних нотаріальних дій). Закон України "Про нотаріат"[9] у ст. 5, серед інших, передбачає обов'язок нотаріуса "зберігати в таємниці відомості, одержані ним у зв'язку з вчиненням нотаріальних дій". Зміст присяги нотаріуса, закріплений у ст. 6 згаданого Закону містить термін "професійна таємниця", а ст. 8 дає чітку дефініцію поняття "нотаріальна таємниця", під якою розуміють "сукупність відомостей, отриманих під час вчинення нотаріальної дії або звернення до нотаріуса заінтересованої особи, в тому числі про особу, її майно, особисті майнові та немайнові права і обов'язки тощо".

Адвокатська таємниця. Хоча Закон України "Про адвокатуру"[4] і не містить дефініції поняття "адвокатська таємниця", проте, детально проаналізувавши зміст

ст. 9 цього Закону можна зробити висновок про те, що до неї відносяться відомості про питання, з яких громадянин або юридична особа зверталися до адвоката, суть консультацій, порад, роз'яснень та інших відомостей, одержаних адвокатом при здійсненні своїх професійних обов'язків.

Таким чином, легко помітити, що у вказаних чинних нормативно-правових актах поняття "комерційна таємниця", "службова таємниця", "державна таємниця", "банківська таємниця", "лікарська таємниця", "професійна таємниця", "таємниця страхування", "нотаріальна таємниця", "адвокатська таємниця" законодавець розкриває через категорії "відомості" та "інформація", подекуди ототожнюючи їх.

У своїй праці вчений А.А. Шиверський зазначає, що: "Таємниця (у сфері захисту інформації) - це суб'єктивна категорія", коли відомості про які-небудь події, явища, предмети приховуються з тих чи інших міркувань… власником інформації від сторонніх осіб"[29]. На думку А.Е. Шерстобитова, таємницю, відповідно до законодавства, слід розуміти як певні відомості, розголошення (передача або втрата) яких може завдати шкоди інтересам його власника.[26]

Отже, спробуємо зробити висновок про те, що не залежно від конкретного виду таємниці, сама таємниця є нічим іншим, як спеціальним видом інформації.

Розглядаючи питання таємниці страхування, ми зіткнулися з поняттям "конфіденційна інформація". У зв'язку з цим, спробуємо проаналізувати його зміст та правову природу. Для цього звернемося до національного законодавства, що врегульовує дане питання. Так, Закон України "Про державну статистику" [6] у ст. 1 (визначення термінів) дає таке поняття конфіденційної інформації: це - "статистична інформація, яка належить до інформації з обмеженим доступом і знаходиться у володінні, користуванні або розпорядженні окремого респондента та поширюється виключно за його згодою відповідно до погоджених з ним умов". А в ст. 1 Угоди між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про взаємну охорону прав на результати інтелектуальної діяльності, що використовуються та отримані в ході двостороннього військово-технічного співробітництва[20], яка ґрунтується на положеннях Угоди між Урядом України та Урядом Російської Федерації про військово-технічне співробітництво від 26 травня 1993 року[21], конфіденційну інформацію визначено як "…інформацію, включаючи "ноу-хау", що стосується предмету договорів (контрактів), укладених та/або таких, що укладаються, у ході двостороннього військово-технічного співробітництва, яка має дійсну або потенційну комерційну цінність, через те, що невідома третім особам, до якої немає вільного доступу на законній підставі та власник якої вживає заходів для забезпечення її конфіденційності". У наказі Національного агентства екологічних інвестицій України "Про затвердження Вимог до документів, у яких обґрунтовуються обсяги антропогенних викидів та абсорбції парникових газів, для отримання листа-підтримки власником джерела викидів, на якому планується реалізація проекту спільного впровадження"[17] конфіденційну інформацію визначено як "…відомості, які перебувають у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов". Відповідно до Закону України "Про інформацію"[8], поділяючи інформацію з обмеженим доступом на конфіденційну та таємну, законодавець визначив конфіденційну інформація як "відомості, які знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умов" (ст. 30).

Таким чином, можна виділити узагальнені ознаки конфіденційної інформації:

– Конфіденційна інформація не є загальнодоступною;
– Її несанкціоноване розголошення може завдати шкоду правам та охоронюваним законом інтересам особи, яка їх надала.

Підсумовуючи, можна дати таке узагальнене визначення поняття "конфіденційна інформація":

Конфіденційна інформація – це така інформація з обмеженим доступом, яка знаходиться у володінні, користуванні або розпорядженні окремого суб'єкта та поширюється виключно за його згодою відповідно до погоджених з ним умов.

З іншої сторони, існує інформація, доступ до якої обмеженню не підлягає. До такої категорії, зокрема, належить право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту. Така інформація ніким не може бути засекречена. (ст. 50 Конституції України) [1]

Спробуємо розглянути поняття "масова інформація". Законом України "Про інформацію"[8] у статті 20 під "масовою інформацією" розуміється публічно поширювана друкована та аудіовізуальна інформація. Таким чином, "масова інформація" є різновидом інформації. В якості особливої ознаки, законодавець вказує на публічність поширення такої інформації, що передбачає призначення для чітко не визначеного та необмеженого кола суб'єктів. Така інформація повинна бути друкованою або аудіовізуальною. Зміст такої інформації спеціально не визначається, він може бути будь-яким: факти, явища, процеси, тощо.

Проаналізуємо законодавче поняття "реклама" у співвідношенні з поняттями "інформація" та "масова інформація". Відповідно до ст. 1 Закону України "Про рекламу"[11] реклама - це інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару. Тобто, законодавець іде шляхом пояснення категорії "реклама" через поняття "інформації". Цим самим, він вказує на те, що "реклама" представляє собою ніщо інше, як окремий, спеціальний вид інформації.

Даючи визначення поняттю "реклама" законодавець, виділяє й особливі ознаки цього виду інформації:

– Це інформація про особу чи товар, отже, реклама може містити: а) інформацію про певного суб'єкта (юридичну чи фізичну особу); б) про певний об'єкт (товар (роботу чи послугу)).
– Вона може розповсюджуватися у будь-який формі та будь-яким способом.
– Вона призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо особи чи товару. Цю характеристику можна назвати функціональною ознакою рекламної інформації, основним завданням якої (у якості окремого виду масової інформації) є формування або підтримка обізнаності чи інтересу її споживачів.

Отже, головною метою реклами як виду інформації є сприяння реалізації товарів чи послуг шляхом формування чи підтримання інтересу потенційних споживачів цих товарів чи послуг. Але коли кінцевою метою розповсюдження реклами є не отримання прибутку, а досягнення інших цілей? Саме тому законодавець виділяє соціальну рекламу, під якою розуміє інформацію будь-якого виду, розповсюджена в будь-якій формі, яка спрямована на досягнення суспільно корисних цілей, популяризацію загальнолюдських цінностей і розповсюдження якої не має на меті отримання прибутку (ст. 1 Закону України "Про рекламу").

Підсумовуючи, варто відзначити, що загальна категорія – "інформація" носить міжгалузевий характер, оскільки вона має різний зміст в залежності від галузей як

публічного так і приватного права. Крім цього, окремі правові категорії, що представляють собою окремі види інформації, також можуть носити міжгалузевий характер, як, наприклад, категорія "таємниця".

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України від 23.07.1996 - 1996 р., № 30, стаття 141
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV (зі змінами) // Голос України від 14.03.2003 - № 49
3. Закон України "Основи законодавства України про охорону здоров'я" від 19.11.1992 № 2801-XII // Відомості Верховної Ради України від 26.01.1993 - 1993 р., № 4, стаття 19
4. Закон України "Про адвокатуру" від 19.12.1992 № 2887-XII // Відомості Верховної Ради України від 02.03.1993 - 1993 р., № 9, стаття 62
5. Закон України "Про банки і банківську діяльність" від 07.12.2000 № 2121-III (зі змінами) // Голос України від 23.01.2001 - № 12
6. Закон України "Про державну статистику" від 17.09.1992 № 2614-XII // Відомості Верховної Ради України від 27.10.1992 - 1992 р., № 43, стаття 608
7. Закон України "Про державну таємницю" від 21.01.1994 № 3855-XII (зі змінами)// Голос України від 10.03.1994
8. Закон України "Про інформацію" від 02.10.1992 № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України від 01.12.1992 - 1992 р., № 48, стаття 650
9. Закон України "Про нотаріат" від 02.09.1993 № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України від 28.09.1993 - 1993 р., № 39, стаття 383
10. Закон України "Про Рахункову палату" від 11.07.1996 № 315/96-ВР // Голос України від 29.10.1996 - № 204
11. Закон України "Про рекламу" від 03.07.1996 № 270/96-ВР // Відомості Верховної Ради України від 24.09.1996 - 1996 р., № 39, стаття 181
12. Закон України "Про страхування" від 07.03.1996 № 85/96-ВР // Відомості Верховної Ради України від 30.04.1996 - 1996 р., № 18, стаття 78
13. Закон України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" від 12.07.2001 № 2664-III // Голос України від 22.08.2001 - № 150
14. Наказ Державної судової адміністрації України "Про затвердження Інструкції про порядок проведення контрольних заходів контрольно-ревізійним сектором Державної судової адміністрації України" від 04.02.2005 № 11 // http://zakon.nau.ua/doc/?uid
15. Наказ Міністерства вугільної промисловості України "Про затвердження Інструкції про організацію та проведення контрольних заходів щодо фінансово-господарської діяльності на підприємствах, в установах і організаціях, що належать до сфери управління Міністерства вугільної промисловості України та щодо яких Міністерство здійснює корпоративне управління" від 08.06.2007 №200 // http://zakon.nau.ua/doc/?
16. Наказ Міністерства транспорту та зв'язку України "Про затвердження Інструкції про проведення контрольних заходів фінансово-господарської діяльності підгалузей, об'єднань, підприємств, установ та організацій системи Міністерства транспорту та зв'язку України" від 28.03.2006 №275 // http://zakon.nau.ua/doc
17. Наказ Національного агентства екологічних інвестицій України "Про затвердження Вимог до документів, у яких обґрунтовуються обсяги антропогенних викидів та абсорбції парникових газів, для отримання листа-підтримки власником джерела викидів, на якому планується реалізація проекту спільного впровадження" від 25.06.2008 №32 // Офіційний вісник України від 01.08.2008 - 2008 р., № 54, стор. 86, стаття 1821, код акту 43748/2008

18. Положение Всемирной медицинской ассоциации "О защите прав и конфиденциальности пациента" от 01.10.1993 ("Права человека и профессиональная ответственность врача" в документах международных организаций, издательство "Сфера", Киев, 1999.) // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990_056
19. Постанова Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності "Про затвердження Інструкції про порядок проведення ревізій та перевірок по коштах Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності" від 19.09.2001 № 38 (зі змінами) // http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1041.3829.0&nobreak=1
20. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про взаємну охорону прав на результати інтелектуальної діяльності, що використовуються та отримані в ході двостороннього військово-технічного співробітництва (укр/рос) від 22.12.2006 // Офіційний Вісник України 2008, 41 від 17.06.2008, ст. 1358
21. Угода між Урядом України та Урядом Російської Федерації про військово-технічне співробітництво від 26.05.1993 // Офіційний вісник України від 08.07.2005 - 2005 р., № 25, стор. 167, стаття 1474, код акту 32805/2005
22. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (зі змінами)// Голос України від 12.03.2003 - № 45
23. Алексеев С.С. Общая теория права. - В 2-х т. – Т.II. – М.: Юрид. лит, 1982.
24. Бачило И.Л. Информация как предмет правоотношений // НТИ. Сер.1, Организация и методика информ. работы. - 1997. - № 9.
25. Виннер Н. Кибернетика и общество. М., 1958.
26. Гражданское право: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А.Суханов: В 2-х т. - 2-е изд., перераб. и доп. - Том I. - М.: БЕК, 1998.
27. Кулінич О.О. Правова охорона конфіденційної інформації, що перебуває в режимі службової таємниці / Південноукраїнський правничий часопис Одеського державного університету внутрішніх справ №1 2008
28. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2001. — 656 с.
29. Шиверский А.А. Защита информации: проблемы теории и практики. - М.: Юристъ, 1996.
30. Юрій Носік Правовий режим банківської таємниці в Україні // http://www.idportal.org/page-id-658.htm

ОБЪЕКТЫ ПРАВООТНОШЕНИЙ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

Е. Пилат

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: pilatinum@gmail.com

Исследовано правовую природу законодательного понятия информации через призму системы смежных сроков, как например "коммерческая тайна", "служебная тайна", "государственная тайна", "банковская тайна", "врачебная тайна", "профессиональная тайна", "тайна страхования", "нотариальная тайна", "адвокатская тайна". Значительное внимание уделено также другим видам информации, которые находятся под другим режимом правовой охраны в Украине: "конфиденциальная информация" и "реклама".

Ключевые слова: информация, информационные правоотношения, объект, право на информацию.

LEGAL RELATIONS OBJECTS IN THE INFORMATION SCOPE

Je. Pilat

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: pilatinum@gmail.com

Legal nature of the legislative notion of information through the prism of neighboring terms, “commercial secrecy”, “official secrecy”, “state secret” “bank secrecy”, “medical confidentiality”, “professional secrecy”, “secrecy of insurance”, “notary secrecy”, “advocate secrecy” is researched. Specific attention is paid to other information kinds, that are under another legal protection regime in Ukraine, such as: “confidential information” and “advertisement”.

Key words: information, information legal relations, object, right to information.

Стаття надійшла до редколегії: 18.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ РАЙОННИХ РАД

В. Прус

Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна,
E-mail: PrusVitaliy@ukr.net

Розглянуто проблеми формування районних рад в Україні. Особливу увагу звернуто на актуальні питання виборчої системи на виборах до районної ради, визначення кількісного складу районної ради та процедури висування кандидатів у депутати до районної ради. Досліджено та проаналізовано правові позиції Європейської комісії "За демократію через право" (Венеціанської комісії) стосовно проблеми стабільності виборчого законодавства в Україні.

Ключові слова: районна рада, виборча система, стабільність законодавства.

Одним із найважливіших показників рівня демократичності будь-якої держави є порядок організації формування органів публічної влади у цій державі. За тривалі роки розвитку правової думки в сучасній світовій практиці виробилися конкретні засади, принципи, на основі яких формують органи, що представляють інтереси громадян. В більшості розвинутих та демократичних держав світу головною формою безпосередньої демократії стосовно організації формування представницьких органів є вибори. Європейська та й світова спадщина стосовно здійснення прямого волевиявлення громадян спирається на п'ять основних засад виборчого права: загальність, рівність, вільність, таємність та безпосередність. Отже, всі норми виборчого законодавства мають бути сформовані на основі цих принципів та якомога ефективніше сприяти реалізації виборчих прав громадян. Крім того, стабільність норм має бути такою, щоб унеможливити будь-які підозри в маніпулюванні цими нормами, процесуальна база має забезпечувати ефективну реалізацію встановлених норм виборчого законодавства. Одним із елементів представницьких органів на місцях є районна рада, яка представляє спільні інтереси територіальної громади відповідного району, відповідає за культурний та економічний розвиток адміністративно-територіальної одиниці, а тому проблеми формування та забезпечення належного представництва територіальних громад у районній раді потребують уваги з боку науковців в контексті необхідності вдосконалення нормативно-правового регулювання.

Починаючи з 1991 р. в Україні діяло шість законів, які регулювали суспільні відносини у сфері організації та проведення виборів до районних рад. Необхідність належного законодавчого забезпечення конституційних гарантій громадян вільно обирати і бути обраними до органів місцевого самоврядування, створення умов для демократичності та прозорості місцевих виборів не викликає жодних сумнівів. Однак, чи справді законодавець намагається вдосконалити процедуру організації та проведення виборів задля забезпечення прав громадян на волевиявлення, чи лише забезпечує інтереси окремих політичних сил.

Закон України "Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів"був оприлюднений і набув чинності 10 липня 2010 р. [1] Згодом, 30 серпня 2010 року були внесені зміни до цього нормативно-правового акту Законом України "Про внесення змін до закону України "Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки

© Прус В., 2011

Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів”” [2]. Це стало останніми корективами до виборчого законодавства стосовно місцевих виборів, перед безпосереднім здійсненням волевиявлення населенням 31 жовтня 2010 р. Новий закон про місцеві вибори вніс суттєві зміни до процедури організації та проведення виборів до районної ради. Основним позитивом, на який постійно звертали увагу, була зміна виборчої системи, за якою обирали депутатів районної ради: – з пропорційної за закритими списками на змішану (мажоритарно-пропорційну). За новою виборчою системою частину від кількості депутатів (загального складу) відповідної ради обирають за виборчими списками кандидатів у депутати від місцевих організацій політичних партій у багатомандатному виборчому окрузі, межі якого збігаються з межами відповідного району, а другу частину від кількості депутатів (загального складу) відповідної ради – за мажоритарною системою відносної більшості в одномандатних виборчих округах, на які поділяється територія відповідного району. Хоча такий законодавчий підхід і є певним кроком уперед в частині відмови від закритих партійних списків, але лише в прямому значені такого вислову – “рівно на половину”. Вітчизняні фахівці з виборчого права постійно наголошували на позиції, якщо і не відмови від пропорційної системи закритих списків виборців, то хоча б можливості впровадження відкритих списків. Неодноразово науковці та практики зазначали, що вибори депутатів районних, обласних рад за пропорційною системою суперечать конституційній природі цих рад як органів, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ та міст, оскільки громади реально втрачають гарантовану можливість спрямувати свого представника в районну, обласну раду [3, с. 133]. Виступаючи проти впровадження пропорційної системи на виборах районних рад, фахівці обґрунтовують свої погляди тим, що вказані органи представляють не інтереси колективів населення району, а спільні інтереси територіальних громад, і тому їх не можна обирати єдиним колективом, а варто формувати так, щоб забезпечити представництво складових частин району [4, с. 5]. Деякі науковці пропонують районні ради формувати із сільських, селищних, міських голів. У науковій літературі висловлено думку, що колегіальний, який складається із голів територіальних громад сіл і селищ, є організаційною формою узгодження інтересів сіл та селищ з метою найефективнішого вирішення спільних завдань. Застосування такої моделі забезпечить безконфліктність функціонування усієї системи місцевого самоврядування на районному рівні, адже наявність на рівні району колегіального органу, який складається із голів сільських і селищних територіальних громад, дає змогу ще до прийняття рішення узгодити інтереси всіх зацікавлених сторін [5, с. 8]. Така модель дає реальну можливість укріпити органи місцевого самоврядування на рівні сіл і населенню безпосередньо вплинути на вирішення питань місцевого значення [6, с. 75]. У цьому випадку погодимося з думкою вітчизняних науковців стосовно такої моделі організації функціонування представницького органу на рівні району, що її застосування не значно підвищить ефективність місцевого самоврядування на цьому рівні, оскільки вона має низку недоліків, які суттєво нівелюють позитив від її впровадження. Районній раді буде важко прийняти нормативні акти програмного характеру для стратегічного розвитку району, бо кожний голова буде обстоювати необхідність пріоритетного вирішення тактичних завдань. Районна рада фактично перетвориться з органу, який повинен представляти спільні інтереси територіальних громад сіл та селищ, на орган, де будуть представлені інтереси посадових осіб місцевого самоврядування сіл та селищ, які, як відомо, можуть не збігатися [3, с. 136]. Своєю

чергою, деякі науковці намагаються оптимізувати пропорційну модель закритих списків під час формування районних рад. Глухачов Є.Ф. пропонує проводити вибори за закритими списками, але за певними округами. На його думку, таку модель застосовують під час виборів у районні ради, коли осередки політичних партій включають до своїх списків стільки кандидатів у депутати, скільки за мажоритарною системою посилала окрема територіальна громада до районного представницького органу [7, с. 274]. Однак така новела дає підстави для сумніву, що всі негативні аспекти пропорційної системи за закритими списками будуть усунуті. До того ж, Парламентська Асамблея Ради Європи неодноразово звертала увагу на неприйнятність моделі пропорційної виборчої системи в Україні за закритими виборчими списками, яка позбавляє виборців будь-якого можливого впливу на партійні списки та веде не до появи кваліфікованих партійних осередків на місцях, а до формування груп осіб за певними спільними, зазвичай економічними, інтересами. Залишення пропорційної виборчої системи за закритими списками стосовно виборів до районної ради ніяк не забезпечить рівності представництва територіальних громад у районній раді, а відтак, суперечить і конституційно-правовій природі районної ради – як органу місцевого самоврядування, який представляє спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ і міст.

Певне нерозуміння з приводу доцільності зумовлює і положення Закону стосовно визначення загально складу (кількості депутатів) районної ради: “Рішення про загальний склад (кількість депутатів) обласної, районної, міської (крім районів, міст в Автономній Республіці Крим, міст Києва, Севастополя) ради приймається відповідною обласною радою поточного скликання не пізніш як за 50 днів до дня місцевих виборів” [1]. Якщо в старій редакції Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” від 6 квітня 2004 р. рішення про загальний склад (кількість депутатів) районної ради приймає відповідна рада поточного скликання, то у новій редакції такі повноваження передалися відповідним обласним радам. Впровадження такого положення певним чином порушує принцип децентралізації, на якому ґрунтується місцеве самоврядування в Україні. Водночас доцільність передачі повноважень стосовно визначення загального складу районної ради від одного органу до іншого, м’яко кажучи, мінлива. Згідно з цією ж статтею загальний склад (кількість депутатів) районної ради визначається з урахуванням кількості територіальних громад сіл (кількох сіл, жителі яких добровільно об'єдналися у сільську громаду), селищ, міст районного значення, що входять до складу відповідного району, для забезпечення їх можливого представництва у відповідній районній раді пропорційно до чисельності такої територіальної громади. При цьому є імовірність, що один депутат може представляти мешканців декількох сіл, (сіл, жителі яких добровільно об'єдналися у сільську громаду). Отже всупереч ст. 140 Конституції України [8] можливі випадки, коли територіальна громада не матиме свого представника, який представлятиме виключно інтереси цієї територіальної громади у районній раді.

На окрему увагу заслуговує інновація стосовно визначення процедури висування кандидатів у депутати районної ради винятково через місцеві організації партій. Відповідно до чинного Закону право висування кандидатів у депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласної, районної, міської, в тому числі міст Києва та Севастополя, районної у місті ради реалізується виборцями у відповідних багатомандатних, одномандатних мажоритарних виборчих округах

через місцеві організації партій [1]. Це нововведення не відповідає Конституції України, оскільки звужує гарантоване ч. 1 ст. 38 Конституції України право громадянина бути обраним до органів місцевого самоврядування та узалежнює реалізацію цього права від рішень місцевих організацій партій. Також зазначений підхід не узгоджується з положенням Копенгагенського документа ОБСЄ 1990 р. згідно з яким "держави-учасниці будуть поважати право громадян добиватися політичних чи державних постів індивідуально, чи як представники політичних партій або організацій, без дискримінації" [9]. Крім того, встановлення своєрідної прив'язки кандидата в депутати районної ради до певного осередку політичної партії негативно впливає і на саму політико-ідеологічну якість такого осередку. Адже законодавець не встановив обов'язок кандидата, який висувається від певної політичної сили за мажоритарним округом членства в цій партії. Тому кандидат може бути абсолютно не свідомим політичної спрямованості політичної сили, від якої висунений, і надалі не дотримуватися партійної позиції чи програми.

Також потрібно зазначити, що 4 жовтня 2010 р. Парламентська Асамблея Ради Європи видала Резолюцію № 1755 "Функціонування демократичних інституцій в Україні", якою наголосила на основних проблемних питаннях, вирішення яких сприяло б становленню України на європейській та світовій арені як демократичної держави. Щодо місцевих виборів було зазначено: "Виявляємо недостатню віру в чесність проведення виборів, що є наслідком недоліків виборчого законодавства та давньої традиції маніпулювання політичними силами законодавчою основою виборів для отримання короткострокових політичних вигод " [10]. Це положення свідчить про недостатню стабільність виборчого законодавства в Україні. Однак протягом всіх років незалежності України простежують незмінну тенденцію, яка, як на мене, вже набуває певних ознак звичаю, а саме – періодична, докорінна зміна виборчого законодавства напередодні виборів. Звичайно такі дії законодавця можна пояснити розвитком суспільних відносин, пошуком оптимальної виборчої моделі чи знайти низку інших вагомих підстав для внесення змін та поправок. Однак імовірніша причина таких нововведень – ситуативна вигода для окремих політичних сил, які перед кожним волевиявленням громадян вносять саме такі зміни та поправки, які зможуть забезпечити для них певні преференції.

Така практика аж ніяк не сприяє нашій державі формувати та реалізовувати головні демократичні принципи під час організації та проведення прямого волевиявлення громадян. Водночас, систематична зміна виборчого законодавства в інтересах певних політичних сил порушує норми Конституції України, а саме – положення ст. 71, яка проголошує: "Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права…" [8]. Власне, у цьому випадку порушується принцип рівності у виборчому праві, адже позапарламентські політичні сили не мають жодних важелів для формування виборчого законодавства, а провладні сили цим радо зловживають.

На такі недоліки виборчого законодавства вже не перший рік вказують вітчизняні науковці-конституціоналісти та європейські держави в особі своїх компетентних органів. Наприклад, стосовно нещодавніх виборів до місцевих рад, які відбулися 31 жовтня 2010 р., спостерігачі від Ради Європи, ОБСЄ та Європейського парламенту головним порушенням вважають поспішне ухвалення нового виборчого закону. З метою недопущення таких порушень в майбутньому, вважаю за необхідне вжити низку заходів на законодавчому рівні, які б не уможливили аналогічні маніпулювання з виборчим законодавством.

У жовтні 2002 р. Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) підготувала та прийняла Кодекс добросовісної практики під час проведення виборів. Це кодифікований документ рекомендацій стосовно порядку проведення якомога демократичніших виборів з дотриманням п'яти основних засад загальноєвропейського досвіду в галузі виборів: загальні, рівні, вільні, прямі вибори шляхом таємного голосування. Неабияку увагу такі кодифіковані рекомендації приділяють і питанню стабільності виборчого законодавства. У висновках Кодексу зазначено таке положення: "стабільність норм має бути такою, щоб виключити будь-які підозри в маніпулюванні" [11]. На жаль, сучасні українські реалії дають змогу побачити, що про жодну стабільність виборчого законодавства не йдеться. Хоча, український законодавець ще в далекому 1996 р. розумів важливість принципу стабільності регулювання даного виду суспільних відносин, і тому в Конституції України розділі XIII ст. 156 передбачив жорсткіший порядок внесення змін до розділу III Конституції – Вибори. Референдум. Щоправда, серед положень III розділу Конституції України немає норми, яка б унеможливлювала прийняття нових виборчих законів перед самими виборами. Однією з рекомендацій Венеціанської комісії є встановлення заборони на внесення поправок до виборчих законів не менше, ніж за рік до проведення виборів стосовно фундаментальних елементів закону про вибори: виборчої системи, належного членства у виборчих комісіях та формування меж виборчих округів. Така заборона, на думку Комісії, має бути зазначена в Конституції або в законі, який на рівень вищий, ніж звичайний закон.

Великі надії стосовно вирішення проблем виборчого законодавства в Україні покладаються на прийняття Виборчого кодексу України. Відповідний законопроект зареєстрований у Верховній Раді України 19 березня 2009 р. за номером 4234, однак у змісті цього законопроекту не включені норми, які б вирішували питання стабільності виборчого законодавства України. Хоча в пояснювальній записці до проекту Виборчого кодексу України проблему постійної фундаментальної зміни виборчих законів визнають. Навіть якщо в процесі доопрацювання законопроекту відповідні статті про заборону перегляду виборчих законів стосовно фундаментальних елементів будуть внесені, це не унеможливлює в майбутньому вилучення чи зміни цих статей разом з пропозиціями стосовно зміни виборчих законів, проголосованих "пакетом" простою більшістю від складу Верховної Ради України. Відповідно до загальної теорії держави і права та досвіду зарубіжних країн найефективнішим методом забезпечення стабільності нормативно-правового акта є встановлення складної процедури внесення змін та поправок до нього.

Отож, вирішити проблему стабільності виборчого законодавства в Україні можна двома шляхами: внесенням в III розділ Конституції України норми про заборону перегляду фундаментальних елементів виборчих законів за рік до проведення виборів; або схожу норму вказати у Виборчому кодексі України та водночас зазначити у Конституції України про можливість внесення змін до зазначеного Кодексу кваліфікованою більшістю (2/3) від конституційного складу Верховної Ради України і тим самим визначити Виборчий кодекс України конституційним законом з особливим порядком внесення до нього змін. Водночас, впроваджуючи особливий порядок внесення змін до Виборчого кодексу України буде ускладнено процедуру зміни інших виборчих норм, які повинні вирізнятися відносною динамічністю, тому такий варіант можна

застосовувати лише тоді, коли в нашій державі буде сформовано і погоджено найоптимальніші виборчі моделі та вирішено всі суперечності стосовно процедурних аспектів проведення виборів. Внесення змін до ІІІ розділу Конституції України "Вибори. Референдум" також малоймовірне у зв'язку із самою складністю процедури внесення змін, але такі нововведення можна включити в текст нової редакції Конституції України. На сьогодні все ж першим кроком з приводу вирішення проблеми стабільності виборчого законодавства залишається внесення у Проект Виборчого кодексу України норми стосовно встановлення заборони на внесення поправок до виборчих законів не менше, ніж за рік до проведення виборів щодо фундаментальних елементів закону про вибори: виборчої системи, належного членства у виборчих комісіях та формування меж виборчих округів.

Тому я глибоко переконаний в необхідності внесення відповідних змін та оптимізації виборчих законів стосовно формування районних рад вже сьогодні. Беручи до уваги європейський досвід, а також напрацювання вітчизняних науковців та практиків у сфері виборчого права, потрібно внести корективи до виборчих законів, які б забезпечили належну організацію та проведення виборів до районних рад в Україні.

---

1. Закон України "Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів" від 10 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 35-36. – С т.491.
2. Закон України "Про внесення змін до Закону України "Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів" від 30 серпня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 39. – ст.514.
3. Проблеми функціонування місцевих рад та їх виконавчих органів: Монографія/ за ред. Ю. М. Тодики. – Х.: Право, 2009. – 540 с.
4. Ключковський Ю.Б. Необхідність закладення бази для реалізації реформи державного та муніципального управління // Аспекти самоврядування. – 2005. – № 2. – С. 4-6.
5. Братусь І. Пропозиції щодо адміністративної реформи – погляд практика місцевого самоврядування// Аспекти самоврядування. – 2005. – № 2. – С. 7-9.
6. Григорьев В.А. Эволюция местного самоуправления. Отечественная и зарубежная практика: Монография. – К.: Истина, 2005. – 289 с.
7. Глухачов Є.Ф. Запровадження пропорційної системи виборів до місцевих рад України: проблеми та шляхи їх вирішення // Актуальні проблеми державного управління: Зб. наук. пр. – Х.: Вид-во ХарРІ НАДУ "Магістр", 2006. №1 (27). – С. 269-276.
8. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
9. Зауваження до проекту Закону України "Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів" від 10 серпня 2010 року // До реєстр. №6601. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=38133
10. Резолюція 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи "Функціонування демократичних інституцій в Україні". Міжнародний документ від 4 жовтня 2010 року. – Сист. № 994_a19. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua
11. Кодекс належної практики у виборчих справах від 30 жовтня 2002 року. Страсбург. (CDL-AD(2002)023rev) № 190/2002 // "Vybory ta Demokratiya" ("Elections and Democracy"), 2006, No. 4(10).

КОНСТИТУЦИОННО ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ РАЙОННЫХ СОВЕТОВ

В. Прус

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина,
e-mail: PrusVitaliy@ukr.net

Статья посвящена проблемам формирования районных советов в Украине. Особенное внимание уделено актуальным вопросам избирательной системы на выборах в районный совет, определение количественного состава районного совета и процедуры выдвигания кандидатов в депутаты в районный совет. Исследовано и проанализированы правовые позиции Европейской комиссии "За демократию через право" (Венецианской комиссии) относительно проблемы стабильности избирательного законодательства в Украине.

Ключевые слова: районный совет, избирательная система, стабильность законодательства.

CONSTITUTIONAL LEGAL ISSUES OF DISTRICT COUNCILS FORMATION

V. Prus

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: PrusVitaliy@ukr.net

The article is dedicated to the issues of district councils formation in Ukraine. Specific attention is paid to burning issues of electoral system concerning district council election, definition of district council composition, nomination procedure to the district council. Legal stands of the European Commission "For Democracy through Law" (Venice Commission) on the issues of electoral legislation stability in Ukraine are elucidated and analyzed.

Key words: district council, electoral system, legislation stability.

Стаття надійшла до редколегії: 25.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

КОНСТИТУЦІЯ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ 1997 РОКУ: ЗАГАЛЬНО-КЛАСИФІКАЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА

О. Ревер

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

В статті проаналізовано положення Конституції Республіки Польщі 1997 року, розкрито її юридичні властивості, особливості внутрішньої структури та змісту, а також акцентовано увагу на місці чинної польської Конституції в системі джерел національного конституціоналізму.

Ключові слова: конституція, класифікація конституцій, Конституція Республіки Польщі 1997 року.

Процес побудови України як демократичної, правової та соціальної держави, формування в ній громадянського суспільства, утвердження в свідомості громадян України загальноєвропейських демократичних цінностей ставлять на порядок денний питання творчого застосування конституційно-правового досвіду зарубіжних країн. Запозичення такого досвіду видається особливо корисним у тих випадках, коли йдеться про ті європейські країни, які, з одного боку, вже мають у своєму активі реальні досягнення у сфері конституційно-правових перетворень, а з іншого – в минулому виходили із подібних до сьогоднішніх українських політико-правових реалій. З огляду на це, досвід конституційно-правового розвитку Республіки Польщі видається надзвичайно корисним. Адже, сучасній Польщі за короткий час вдалося не лише перейти від стану "соціалістичної ПНР" до сучасної конституційної держави, а й провести конституційну, адміністративну, судову, освітню та інші необхідні реформи. Вагоме місце в цьому процесі посідає Конституція Республіки Польщі 1997 р. *(надалі – Конституція РП)* [1].

Окремі аспекти загальної характеристики Конституції РП у вітчизняній правовій науці висвітлені в працях М.О. Баймуратова, А.З. Георгіци, М.І. Марчука, О.В. Марцеляка, П.Б. Стецюка, В.М. Шаповала та інших, опублікованих в тому числі і у наукових збірниках присвячених проблематиці конституцій України та Польщі [2; 3; 4]. На дисертаційному рівні предметом дослідження останніх років стали питання конституційних засад низки важливих державно-правових інститутів, зокрема Президента Республіки [5] та місцевого самоврядування [6]. Крім того, заслуговує на увагу також факт перекладу та публікації українською мовою тексту чинної польської конституції[7]. Однак на сьогодні, достатньої уваги загалом питанням правової природи Конституції РП 1997 року, комплексного аналізу її структури та змісту в Україні не приділялося. В Російській Федерації окремі аспекти даної проблематики знайшли своє відображення у працях В.А. Страшуна [8] та В.І. Чехаріної [9]. Серед польських авторів, ця проблематика стала предметом наукових досліджень Збігнєва Вітковського, Мірослава Граната, Кшиштофа Екхартда, Ріхартда Мояка, Павела Сарнецького, Кшиштофа Скотніцкого, Веслава Скшидло, Анджея Шмитта та інших вчених-конституціоналістів.

Автор ставить перед собою завдання комплексно проаналізувати Конституцію РП як нормативно-правого акт та політичний документ, розкрити її юридичні властивості, особливості внутрішньої структури та змісту основних конституційних положень, а також місця Конституції РП в системі джерел польського конституціоналізму.

© Ревер О., 2011

Польща має багатий досвід демократичного розвитку, зокрема і в галузі конституційного будівництва. Її "Закон про управління" *(мовою оригіналу – "Ustawa Rzadowa")* 1791 року недарма вважається не лише першою польською, а й однією з перших європейських конституцій в сучасному розумінні цього терміну [10]. Свій внесок у розвиток національної демократії, розбудови конституційної держави у свого часу зробили польські конституції 1921, 1935 та 1952 (як Конституція ПНР) років[11]. Однак, після зникнення з політичної карти світу Радянського Союзу та країн соціалістичного табору, потреба нової конституції в Польщі постала особливо гостро.

Порядок підготовки та прийняття нової Конституції Польщі був визначений в спеціальному (конституційному) законі "Про порядок розробки та схвалення Конституції Республіки Польща" від 23 квітня 1992 року. Конституцію Республіки Польща повинні були схвалити Сейм і Сенат, об'єднані в Народні Збори. Право законодавчої ініціативи належало Конституційній Комісії Народних Зборів (56 членів Народних Зборів), а також Президентові Республіки Польща. До складу Конституційної Комісії входило 46 послів (депутатів Сейму) та 10 сенаторів. Для прийняття Народними Зборами Конституції необхідним було, щоб проект Основного Закону пройшов два читання. Третє читання було передбачено на випадок, коли Президент Республіки Польща скористався б із наданого йому права внесення пропозицій про зміни та доповнення Конституції. Конституційний Закон (23.04.1992) вимагав, щоб конституція була схвалена в третьому читанні 2/3 голосів присутніх на Народних Зборах його учасників. Президент Республіки Польща протягом 14 днів від дня ухвалення конституції повинен був призначити конституційний референдум. Конституція вважалася прийнятою на референдумі у випадку, якщо за неї проголосували б більшість виборців, що взяли участь в голосуванні. Конституція РП була схвалена Народними Зборами 2 квітня 1997 року, і згодом передана на затвердження загальнонародним референдумом, який відбувся 25 травня 1997 року. В референдумі взяли участь 12139790 громадян (42,86% всіх громадян, що мали право брати участь в голосуванні), з яких 6398316 (тобто 53,45%) проголосувало за прийняття Конституції. Конституція РП набрала чинності 17 жовтня 1997 року [3,с. 27].

Структурно, Конституція РП складається з Преамбули та тринадцяти розділів, а саме: "Республіка", "Свободи, права і обов'язки людини і громадянина", "Джерела права", "Сейм і Сенат", "Президент Республіки Польща", "Рада Міністрів і урядова адміністрація", "Територіальне самоврядування", "Суди і трибунали", "Органи державного контролю та охорони права", "Публічні фінанси", "Надзвичайні стани", "Зміна конституції" та "Кінцеві та перехідні положення".

Конституція РП закріпила цілу низку конституційних засад – т.з. "принципів побудови устрою держави", перелік яких вважається невичерпним і зміст яких, в той чи інший спосіб, розкриваються в судовій практиці, практиці діяльності органів виконавчої влади та органів територіального самоврядування, а також – в національній конституційно-правовій доктрині. Серед останніх, у польській юридичній літературі, зазвичай, називають - принципи республіканської форми правління, демократичної правової держави, автономії та взаємної незалежності та співпраці у відносинах між державою та церквами й іншими релігійними організаціями, прав і свобод людини, народного суверенітету, політичної репрезентації, поділу та рівноваги державної влади, двопалатності парламенту, парламентської форми правління, незалежності судів та трибуналів, соціальної ринкової економіки, децентралізації публічної влади та місцевого самоврядування тощо [3, с. 28].

Характеризуючи Конституцію РП слід зауважити, що вона увібрала в себе традиції не лише польського, але й закріпила основні досягнення сучасного європейського конституціоналізму. Так, в сфері регулювання прав та свобод людини і громадянина, заслуговує на увагу те, що основою цих прав та свобод визначено "природну та невідчужувану гідність людини" (ст. 30 Конституції РП), оскільки Конституція РП говорить про людську гідність як джерело прав та свобод людини, як категорію, яка є непорушна, і її охорона є обов'язком публічної влади. Польський конституцієдавець в основному законі держави виділяє окремо особисті права та свободи, політичні, економічні, соціальні та культурні права та свободи. Серед першої групи на особливу увагу заслуговують право на життя (ст. 38), право на судовий захист (ст. 45), право на охорону приватного життя (ст. 47). З числа політичних прав та свобод, доцільновиділити право на отримання інформації про діяльність публічних органів (ст. 61), право законодавчої ініціативи громадян (ст. 118 ч. 2). Серед соціальних прав на увагу заслуговують право власності (ст. 64), право соціального захисту в разі втрати працездатності (ст. 67), право охорони здоров'я (ст. 68), право на освіту (ст. 70).

Система організації державної влади Республіки Польща ґрунтується на поділі і рівновазі законодавчої, виконавчої та судової влад. Законодавча влада належить Сейму та Сенату, виконавчу владу здійснює Президент і Рада Міністрів, а судову владу - суди та трибунали (ст. 10 Конституції РП).

До складу Сейму входять 460 послів (депутатів), які обираються на основі загальних, рівних, безпосередніх, пропорційних виборів шляхом таємного голосування (ст. 96 Конституції РП). Сенат, своєю чергою, складається зі 100 сенаторів, що обираються на основі загальних, рівних, безпосередніх виборів шляхом таємного голосування (ст. 97 Конституції РП). Обидві палати парламенту обираються терміном на 4 роки. Порядок проведення виборів врегульовано у виборчому законі (Виборчій Ординації) від 12 квітня 2001 р. При цьому, депутатський мандат (мандат парламентарія) є вільним, оскільки парламентарій вважається представником усього польського народу, а не тільки своїх виборців. Вказівки виборців ні до чого його не зобов'язують. Однак, парламентарій зобов'язаний інформувати виборців про свою парламентську діяльність.

До органів виконавчої влади належать Президент Республіки Польща та Рада Міністрів Республіки Польща. Главу держави обирає Народ на загальних, рівних, безпосередніх виборах шляхом таємного голосування. Кандидата на Президента можуть висунути принаймні 100000 громадян, які мають виборче право. Обраним вважається кандидат, за якого проголосують більш як половина всіх виборців, що взяли участь в голосуванні. Якщо жодний з кандидатів не отримав такої кількості голосів, проводять повторні вибори. Тоді, обраним вважається кандидат, за якого в повторному голосуванні проголосує більшість виборців, що взяли участь в голосуванні. Строк повноважень Президента Республіки Польща триває 5 років. Президентом може бути громадянин Республіки Польща, який досяг 35 років і не є обмежений в дієздатності. Порядок проведення виборів Президента Республіки Польща визначено окремим законом.

Рада Міністрів Республіки Польща є органом, який, відповідно до ст. 146 Конституції РП, здійснює внутрішню та зовнішню політику держави. До компетенції Ради Міністрів Республіки Польща належать усі справи, не віднесені до компетенції інших органів (ст. 146 ч. 2 Конституції РП). До складу Ради Міністрів належать: Прем'єр, віце-прем'єр, міністри, керівники комітетів (ст. 147 Конституції РП).

Суди та Трибунали в Республіці Польщі є владою, відокремленою та незалежною від законодавчої та виконавчої влад. Правосуддя у Республіці Польща здійснює Верховний Суд, загальні суди, адміністративні суди, а також військові суди.

Важливим елементом змісту сучасних європейських конституцій-правових систем є наявність суду конституційної юрисдикції, функції якого в Республіці Польщі відведено Конституційному Трибуналу. Відповідно, частини першої ст. 190 Конституції РП рішення Конституційного Трибуналу мають загальнообов'язкову силу та є остаточними. Вони набирають чинності з моменту їх проголошення. Новелами Конституції РП 1997 року стало надання Конституційному Трибуналу права прийняття остаточного рішення у справі. Це викликало спротив серед багатьох парламентаріїв, тому відповідно до ст. 239 перехідних положень Конституції, протягом двох років з моменту її прийняття, зберігався попередній порядок, який передбачав можливість скасування Сеймом рішень Конституційного Трибуналу. Основним законом держави Конституційному Трибуналу було надано також право прийняття рішень у справі конституційної скарги, якою особа може оскаржувати неконституційність нормативних актів (ст.ст. 79 та 188 Конституції РП). Поруч з цим, відповідно до положень Конституції РП, Конституційний Трибунал втратив право тлумачення законів, яким був наділений з 1989 року.

Чинній Конституції Польщі притаманні в тій чи іншій мірі майже всі загальновідомі сучасному конституційному праву юридичні властивості конституцій як таких. Під останніми, зазвичай, сьогодні розуміють ті якісні особливості конституції, які відрізняють її від інших нормативно-правових актів. Здебільшого йдеться про таке: 1) установчий характер; 2) вища юридична сила; 3) конституція як юридична база поточного законодавства; 4) особливий порядок прийняття і внесення змін; 5) підвищена стабільність; 6) програмний характер; 7) особливий предмет правового регулювання; 8) підвищена степінь охорони з боку держави; 9) здатність здійснювати ідеологічний вплив [12, с. 54].

Установчий характер чинної Конституції Польщі прослідковуємо як мінімум через призму декількох моментів. По-перше, це ситуація пов’язана із ухваленням (прийняттям) самої Конституції. Адже, частини третя та шістнадцята Преамбули Конституції говорять дослівно таке: “/…/ми Польська Нація, – усі громадяни Республіки /…./ вводимо Конституцію Республіки Польща /…/” [7, с. 173]. Очевидно, що вжите в цьому випадку слово “вводимо” означає “кінцеве затвердження” тексту Конституції Республіки, що відбулося на загальнопольському референдумі 25 травня 1997 року. Звідси, незважаючи на те, що чинну Конституцію Польщі спочатку приймали обидві палати польського парламенту за законодавчою процедурою, а потім це затверджували на загальнопольському референдумі, остання за своєю правовою природою є радше актом установчої влади, а не законодавчої. По-друге, установчий характер Конституції РП (за тими самими мотивами) проявляється також і в процедурі внесення до неї певних змін, оскільки в окремих випадках передбачено для завершення цієї процедури проведення окремого “затверджувального референдуму” (п. 6, ст. 235 Конституції) [7, с. 204]. І по-третє, Конституція РП, керуючись своїм суспільно-політичним призначенням, може частково сама виконувати так звану “установчу” функцію щодо різних державних та суспільних інститутів, передбачаючи своїми положеннями їх появу чи безпосередньо встановлюючи останні.

Частина сімнадцята Преамбули Конституції РП визначає її “основним закон для держави”. Звідси пояснення ще однієї особливості Конституції РП, яка характеризує її правову природу з огляду, насамперед на місце останньої в нормативно-правовій системі держави. Конституція виступає основою (фундаментом) національного законодавства. Більшість її положень та норм - свого роду підґрунтя для прийняття відповідних законів та підзаконних нормативно-правових актів як в безпосередньо в конституційному праві, так і в інших галузях правознавства. Зокрема, стаття 34 Конституції РП, яка говорить що “/…/польське громадянство набувається шляхом народження від батьків, що є польськими громадянами, а інші випадки набуття польського громадянства визначаються законом” [7, с. 176], фактично виступає основою для окремого (спеціального) закону про громадянство.

У статті 8 основного закону Польщі йдеться про те, що Конституція є верховним правом *(найвищим законом – О.Р.)* Республіки Польща і його приписи застосовуються безпосередньо, оскільки Конституція не встановлює інакше [7, с. 174]. У цьому випадку фактично простежується визнання верховенства конституційних норм над іншими нормативно-правовими актами. Останнє, серед іншого, підтверджується також і повноваженнями Конституційного Трибуналу Республіки Польщі, передбаченими в ст. 188 Конституції: “Конституційний Трибунал вирішує справи: про відповідність законів та міжнародних договорів Конституції /…/ про відповідність приписів права, що видаються центральними державними органами, Конституції, ратифікованим міжнародним договорам та законам /…/ про відповідність Конституції мети або діяльності політичних партій /…/” [7, с. 197]. Крім того, теза вищенаведеної статті 8 Конституції Республіки Польща про те, що її “приписи застосовуються безпосередньо, оскільки Конституція не встановлює інакше”, – є нічим іншим, як безпосереднім підтвердження відомого “принципу прямої дії” конституційних норм.

Конституція РП Польща має також підвищену степінь стабільності в порівнянні з іншими нормативно-правовими актами. Останнє забезпечується насамперед особливим порядком внесення змін до Конституції РП. Зокрема, згідно з приписами розділу XIII Конституції Республіки Польща “Зміни Конституції”, проект закону про зміну Конституції можуть внести три суб’єкти: 1) не менше як 1/5 “законної” кількості депутатів (тобто не менше як 92 депутатів Сейму); 2) Сенат; 3) Президент Республіки. Внесення змін до Конституції реалізується шляхом прийняття окремого закону, який в однакових (ідентичних) редакціях розглядає Сейм, а після того – Сенат. Перше читання проекту закону про внесення змін до Конституції може відбутись не раніше ніж на тридцятий день від дня надходження цього законопроекту до Сейму, а в Сенаті - у термін не більше, як 60 днів.

Закон про зміни до Конституції РП приймається Сеймом більшістю не менше 2/3 голосів за наявності встановленого кворуму (обов’язкова присутність не менше половини від “законної” кількості депутатів, тобто не менше 230 депутатів). Водночас, у розгляді законопроекту про внесення змін до Конституції у Сенаті, останній приймає рішення з цього приводу абсолютною більшістю голосів. Кворум в такому випадку визначений не менше половини “законної” кількості сенаторів (тобто не менше 50 сенаторів).

Якщо ж законопроект про внесення зміну до Конституції РП стосується положень розділів I, II або XII Конституції (відповідно, розділи - “Республіка”, “Свободи, права і обов’язки людини і громадянина”, “Зміни до Конституції”), то не

менше як 1/5 “законної” кількості депутатів Сейму, Сенат або Президент Республіки можуть протягом 45 днів від дня прийняття Сенатом цього законопроекту вимагати проведення “затверджуючого” референдуму. Такий референдум повинен призначити Маршалок Сейму не пізніше ніж 60 днів від часу звернення до нього з такою пропозицією. Такі зміни до Конституції вважатимуться прийнятими за умови, коли їх підтримає більшість від тих, що взяли участь у референдумі [7, с. 204].

Особливий порядок внесення змін до Конституції РП разом із наявністю повноважень Конституційного Трибуналу щодо перевірки на предмет конституційності законів та інших нормативних актів, а також низка інших факторів, - усе це разом, дає підстави говорити про наявність в Польщі завершеної (повноцінної) системи правової охорони Конституції. Останнє, своєю чергою, ще раз підтверджує особливість юридичної природи Конституції РП як такої.

З іншого ж боку, керуючись приматом безперервності розвитку конституційної держави, а разом з нею і конституції як такої, нині чинний основний закон Польщі, як і будь-яка інша сучасна конституція, має відповідати також певному рівню розвитку конституційної теорії. На цьому місці, варто пригадати, що в сучасному конституційному праві в такому випадку здебільшого йдеться про “еволюцію змісту конституцій”. Зазвичай, виділяють три умовних періоди еволюції змісту конституцій (три „хвилі” їхнього розвитку). Перший – період так званих “старих” конституцій (від кін. XYIII – до поч. XX ст.), другий – період “нових” конституцій (від 1918 по 1939 рр.), і третій – період “новітніх” конституцій (після 1945 року) [13, с. 29]. Відповідно, і для кожного із цих трьох періодів характерним є свої особливості щодо архітектоніки основних законів, сутності їхніх положень, методики викладення, використання понятійного апарату і тощо.

Зокрема, для “старих” конституцій характерним був факт фіксації (закріплення) на найвищому нормативному рівні демократичних форм правління (республік, конституційних монархій), особистих та окремих політичних прав людини, а також закладення основ для функціонування таких інститутів конституційної держави, як парламентаризму, виборного глави держави, місцевого самоврядування тощо. Друга “хвиля” конституцій містила цілу низку новел щодо включення до предмету конституційного регулювання відносин економічного та соціального спрямування, надання конституційного статусу політичним партіям та профспілкам, закріплення інституту конституційного контролю. Для “третьої” хвилі конституцій характерним стало конституційне підсилення ролі держави в сфері економіки, розширення фіксації соціальної сутності держави, поява так званих колективних прав людини тощо. [14, с. 63]. Виходячи із комплексного аналізу змісту положень Конституції Республіки Польщі 1997 року, його внутрішньої архітектоніки, застосованого понятійного апарату останню можна віднести до “третьої хвилі” - групи т.з. “новітніх” конституцій.

У преамбулі Конституції Республіки Польщі 1997 року йдеться про те, “польська нація” “/…/ продовжуючи найкращі традиції Першої та Другої Республіки, тих, що зобов’язались передати майбутнім поколінням усе те цінне, що добуте більш ніж за тисячу років, /…/ пам’ятаючи про гіркий досвід часів, коли основні свободи та права людини були у нашій Вітчизні знехтувані, /…/ відчуваючи відповідальність перед Богом /…/” ухвалює цю Конституцію “/…/ на благо Третьої Республіки” [7, с. 173]. Цим, на наш погляд, конституціедавець підтвердив нерозривність польської державно-правової традиції, а також визнав

чинний основний закон держави політичним та частково правовим спадкоємцем попередніх польських конституцій, починаючи від Конституції 1791 року (першої Республіки) до Конституцій 1921 та 1935 рр. (другої Республіки). Крім того, з огляду на вище викладене і на значення Конституції Республіки Польщі 1997 року для нормативно-правової системи держави, останню сьогодні можна вважати також одним із основних (центральних) джерел сучасного польського конституціоналізму.

Конституція Республіки Польщі 1997 року належно врегулювала весь необхідний (на час її прийняття) комплекс суспільних відносин. Вона має найвищу юридичну силу по відношенню до інших нормативно-правових актів держави та виступає основою національного законодавства. Цьому документу притаманна більшість юридичних властивостей, характерних для сучасних конституцій, а аналіз змісту його положень, внутрішньої структури, понятійного апарату тощо свідчить про те, що Конституція Республіки Польщі 1997 року належить до групи так званих "новітніх" європейських конституцій.

---

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. 1997. Nr. 78. poz. 483.
2. Problemy stosowania Konstytucji Polski i Ukrainy / Wyzsza Szkola Administracji i Zarzadzania w Przemyslu, Zeszyty naukowe nr.12. - Przemysl, 2003. - 148 s.
3. Problemy stosowania Konstytucji Polski i Ukrainy w praktyce. Pod redakcja Miroslawa Granata, Jacka Sobczaka. Lublin: Verba, 2004. - 290 s.
4. O potrzebie zmian Konstytucji Polski i Ukrainy / Miedzynarodowa Konferencja Naukowa Krasiczyn-Rzeszow 19-21 IX 2005 r. Redakcja: Wieslaw Skrydlo, Wolodymyr Szapowal, Krysztof Eckhardt - Przemysl, 2006. Новіков О.В. Конституційно-правовий статус Президента Республіки Польща / Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Харків, 2008. – 18 с.
5. Марчук М.І. Територіальний устрій та місцеве самоврядування Республіки Польща (1945-2000) / Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. – Харків, 2005. – 20 с.
6. Конституція Республіка Польща. – В зб.: Конституції зарубіжних країн: Навчальний посібник / Авт.- упоряд.: В.О. Серьогін, Ю.М. Коломієць, О.В. Марцеляк та ін. / За заг. ред. к.ю.н. В.О. Серьогіна. – Харків: Видавництво "ФІНН", 2009. – С.173-205 [664с.]
7. Страшун В.А. Республика Польша. - В кн.: Конституции государств Европы: В 3 т. Т.2 / Под общей редакцией и со вступительной статьей директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации Л.А.Окунькова. - М.: Издательство НОРМА, 2001.- С.675-685.
8. Чехарина В.И. Основы конституционного строя Республики Польша. - М.: Наука, 2004.- 133 с.
9. Бучковский Л., Стецюк П. Витоки (початки) польського конституціоналізму // Вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. Вип. 306: Правознавство. – Чернівці: Рута, 2005. –С.-24-29.
10. Konstytucje Rzeczpospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku / pod red. J. Bocia. - Wroclaw, 1998.
11. Тодыка Ю.Н. Конституция Украины: проблемы теории и практики: Монография. – Х.: Факт, 2000. – 608 с.
12. Шаповал В.М. Конституційне право зарубіжних країн: Підручник. - К.: АртЕк, Вища школа, 1997.

КОНСТИТУЦИЯ РЕСПУБЛИКИ ПОЛЬША 1997 ГОДА: ОБЩАЯ КЛАССИФИКАЦИОННАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

А. Ревер

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул, Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье анализируются положения Конституции Республики Польша 1997 года, раскрываются ее юридические свойства, особенности внутренней структуры и содержания, а также акцентируется внимание на положении действующей польской Конституции в системе источников национального конституционализма.

Ключевые слова: конституция, классификация конституций, Конституция Республики Польша 1997 года.

THE 1997 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND: GENERAL CLASSIFICATION CHARACTERISTICS

O. Rever

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article addresses the analysis of the 1997 Constitution of Poland provisions. Its legal attributes and peculiarities of internal structure and content are revealed; specific attention is paid to the place of the current Polish Constitution in the system of national constitutionalism sources.

Key words: constitution, constitutions classification, the 1997 Constitution of the Polish Republic.

Стаття надійшла до редколегії: 23.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО

МЕТОДИ ПРОФІЛАКТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА

А. Лещух

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Процес державотворення в Україні зумовлює значний інтерес науковців та практиків до питань, пов'язаних із здійсненням цілеспрямованої діяльності органів місцевого самоврядування у сфері зміцнення законності і правопорядку, утвердження, забезпечення і охорони прав і свобод людини і громадянина, закріплених Конституцією та законами України. Особливої гостроти у цьому аспекті набуває як сама проблема боротьби зі злочинністю та правопорушеннями, що створюють перешкоди у розбудові Української держави, так і профілактична діяльність та її методи на місцевому рівні.

Ключові слова: сфера зміцнення законності, профілактична діяльність, методи на місцевому рівні.

Погіршення економічної ситуації в державі, стрімкі зміни податкової політики та умов господарювання і ринкової кон'юнктури зумовили посилення соціального чинника вчинення правопорушень. Серед основних причин виникнення проблем у сфері профілактики правопорушень є: недосконалість нормативно-правового, організаційного, фінансового, кадрового та інформаційного забезпечення профілактики правопорушень; неналежний рівень комплексних запобіжних заходів, спрямованих на усунення причин та умов вчинення правопорушень, профілактичної роботи з особами, схильними до їх вчинення; низький рівень правової культури населення, роз'яснювальної роботи з формування відповідального ставлення громадян до питань дотримання законності, особистої участі в охороні громадського порядку, профілактики правопорушень та боротьби із злочинністю; відсутність дієвого механізму участі громадськості у забезпеченні правопорядку в державі тощо. Ці проблеми значною мірою могли б бути вирішені за умови визнання державою органів місцевого самоврядування повноцінними суб'єктами профілактики правопорушень, законодавчого закріплення методів та форм їх діяльності, належного фінансування та контролю за профілактичною роботою на місцях.

У наш час дослідженню проблемних питань щодо профілактичної діяльності органів управління на місцях приділяли увагу О.Б. Андрєєва, О.М. Бандурка, І.П. Голосніченко, І.М. Даньшин, О.М. Джужа, А.Ф. Зелінський, О.М. Литвинов, П.П. Михайленко, О.І. Остапенко, В.М. Плішкін, Л.Л. Попов, В.П. Петков, В.П. Філонов та інші учені.

Метою цієї статті є розкриття поняття, сутності та характеристики методів профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування для кращого їх розуміння та ефективного застосування на рівні територіальної громади відповідної ланки. Для досягнення цієї мети у статті слід визначити пріоритетні цілі та основні напрямки профілактичної діяльності цих органів.

© Лещух А., 2011

Суть профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування полягає у здійсненні впливу на об'єкт профілактики із застосуванням відповідного механізму для виконання їх завдань у цій сфері. Вплив на об'єкти профілактики адміністративних правопорушень здійснюють за допомогою різноманітних методів. За своїм змістом вони можуть бути: спеціальні, економічні, організаційно-розпорядчі, соціально-психологічні, переконання, примус, психологічні [1, с. 56–57].

В юридичній науці під методами впливу розуміють: способи дії на процеси (динаміку) та системи (статику) управління [2, с. 199]. або "засіб дії права на суспільні відносини" [3, с. 345]. Тобто, поняттям методів профілактики охоплюється сукупність певних способів і прийомів, які застосовуються уповноваженими державою суб'єктами профілактики адміністративних правопорушень.

До методів профілактики певною мірою можна віднести певні способи практичного здійснення уповноваженими суб'єктами владно-організуючого впливу на профілактовані об'єкти, що відповідають характеру й обсягу наданих цим суб'єктам функцій та повноважень (компетенції), а також особливостям та характеристикам об'єктів, на які спрямовані профілактичні заходи. Отже, методи є одними з найголовніших елементів здійснення публічної влади органами та посадовими особами місцевого самоврядування у сфері профілактики адміністративних правопорушень та усунення причин та умов, що сприяють їх учиненню.

У широкому розумінні ці методи забезпечують єдність елементів системи місцевого самоврядування, дисципліну і порядок у взаємовідносинах різних суб'єктів та інститутів державного управління та місцевого самоврядування, законність функціонування їх органів як повноцінних суб'єктів системи профілактики адміністративних правопорушень.

Методи профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування на нашу думку доцільно розглядати з урахуванням: 1) теоретичного обґрунтування необхідності їх існування; їх значення в управлінському середовищі; 2) формування та нормативного забезпечення механізму реалізації.

У сфері профілактики адміністративних правопорушень метод впливу являє собою правовий засіб, який використовують для досягнення мети, вирішення завдань та за допомогою правових форм діяльності органів місцевого самоврядування.

Метод профілактичного впливу дає змогу побачити характер взаємовідносин між суб'єктом і об'єктом профілактики і обов'язково відображені у конкретній формі профілактики. Без форми профілактичної діяльності, методи як способи впливу суб'єкта на об'єкт, втрачають зміст, оскільки владний профілактичний вплив залишався б лише бажаним проектом, що позбавлений формального змісту, а застосувати заходи адміністративного впливу без документального оформлення таких дій (без прийняття відповідного правового акта органу місцевого самоврядування) майже неможливо.

У системі органів місцевого самоврядування методи є найважливішим правовим засобом їх діяльності при цьому питання щодо їхньої класифікації залишаються дискусійними. Пропонуємо класифікувати ці методи за такими критеріями: 1) за формою виразу: правові – містяться в правових актах та мають правовий зміст та організаційні – характеризуються здійсненням органом самоврядування визначених організаційно-управлінських дій; 2) за наявними

адміністративно-правовими ознаками: нормативні – застосовуються з метою прийняття нормативно-правових актів та індивідуальні – застосовуються з метою прийняття індивідуального адміністративного акту; 3) за ступенем управлінського впливу на об'єкт профілактики: імперативні (заборони, прямі адміністративні команди, владні приписи та ін.), уповноважувальні (дозвіл вчинення дій чи прийняття акту) та заохочувально-рекомендаційні (заохочення та рекомендації відповідної поведінки, визначених дій).

У радянський період такі науковці: В.Ф. Опришко, О.А. Костюченко та Ю.М. Крупка виділяли такі загальні методи державного управління: переконання, примус, адміністративні та економічні методи [4, с. 120–122], а у наш час вчені-теоретики А.М. Колодій, В.В. Копєйчиков, С.Л. Лисенков методи управління поділяють за наступними видами: а) переконання; б) заохочення; в) примус [2, с. 86], у державному будівництві і місцевому самоврядуванні – В.С. Журавський, В.О. Серьогін та О.Н. Ярмиш до загальних методів зачислюють також: планування, координацію діяльності, вироблення рішень, інструктування, інформаційне забезпечення, організацію виконання і контроль за виконанням, роботу з кадрами апарату та ін. [5, с. 70].

Є також поділ методів профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування на: правові, організаційні і організаційно-правові, які характеризуються загальними і специфічними рисами та сприяють ефективному здійсненню завдань та функцій органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб та територіальних громад [6, с. 42].

Отже, реалізація форм профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб здійснюється за допомогою таких методів: а) переконання – застосування якого є доцільним передусім у відповідній ідеологічній діяльності, пов'язаній із правовим вихованням населення, проведенням різних профілактичних заходів, спрямованих на формування у територіальній громаді переконання в об'єктивній необхідності реалізації профілактичних функцій; б) заохочення – сутність якого полягає у стимулюванні та наданні різних пільг суб'єктам, що безпосередньо беруть участь або сприяють ефективному здійсненню профілактичних функцій держави; в) примусу – полягає у застосуванні щодо суб'єктів, котрі вчинили правопорушення, передбачених нормами права заходів покарання, перевиховання та спонукання до діяльності, спрямованої на утримання від учинення правопорушень, усунення наслідків шкоди, заподіяної такою поведінкою.

Загалом, переконання і примус посідають в адміністративно-правовій науці центральне місце серед інших видів методів впливу, а на практиці профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування ці методи мають велику кількість різних проявів. Місцеве самоврядування під час здійснення профілактики правопорушень так чи інакше спирається на владу, тому воно в необхідних випадках не може бути реалізоване без застосування примусу.

Дослідник А.Т. Комзюк вважає, що державний примус однією з невід'ємних складових здійснення державної влади як її засіб (метод), а в кінцевому підсумку – як основну ознаку держави загалом. Державний примус, на думку цього науковця, це метод впливу держави на свідомість та поведінку осіб, що допускають протиправні вчинки. Заходи адміністративного примусу, вважає він, використовуються, на відміну від інших видів державного примусу, для попередження, профілактики правопорушень, а також для підтримання правопорядку за різних надзвичайних обставин. Необхідність їхнього

використання в такому разі пояснюють тим, що реально є загроза суспільним відносинам, завдання їм шкоди, хоча правопорушення немає [7, с. 28–29]. Однак варто мати на увазі те, що вид державного примусу не визначається тим, порушення норм якої галузі права є підставою для його застосування. Зокрема, стосовно державних службовців, які вчинили дисциплінарні проступки, – відповідні суспільні відносини регулюються нормами, переважно, адміністративного права. Тобто, йдеться про дисциплінарний примус в адміністративному порядку [8, с. 48].

До переконання як методу впливу на людей органи місцевого самоврядування вдаються в процесі прийняття роз'яснювальних, виховних, заохочувальних та інших заходів морального значення. Заохочення, наприклад, сприяє забезпеченню законності та правопорядку на відповідній території. Досягнення мети і завдань місцевого самоврядування у сфері профілактики може забезпечуватися з допомогою заходів примусового характеру. У цьому разі об'єкти профілактики мають діяти в порядку, встановленому нормативними правовими актами. У разі, якщо поведінка осіб не відповідає вимогам цих правових актів, органи місцевого самоврядування мають право застосувати заходи примусового характеру. Деколи ці заходи бувають превентивними, тобто такими, що забезпечують на відповідній території правопорядок, громадський порядок, установлений режим здійснення дій. Інакше заходи примусу спрямовуються на покарання осіб, що вчинили правопорушення (проступок), ще в інших – спрямовані на припинення неправомірної поведінки осіб, а також відновлення законного порядку в системі різноманітних громадських відносин.

Примус у профілактичній діяльності органів місцевого самоврядування характеризується односторонністю владного впливу на об'єкт профілактики. Уповноважений законом суб'єкт профілактичної діяльності приймає владні, що тягнуть юридичні наслідки, правові акти управління, які є обов'язковими для виконання на відповідній території [9]. Вже саме невиконання акту органу самоврядування вважається правопорушенням і може тягти за собою застосування до винного установлених законом заходів примусу тож ідеологія місцевого самоврядування сама потребує наявності в його арсеналі методів прямого владного адміністративного впливу.

Переконання є пріоритетним методом здійснення влади, особливо в сфері охорони громадського порядку. Найпоширенішими формами використання методу переконання є: проведення систематичної роз'яснювальної роботи про зміст адміністративно-правових актів; інформування населення про стан охорони громадського порядку та боротьби із злочинністю і правопорушеннями; організаційна робота з громадськими формуваннями тощо. Переконання – це процес дій, що здійснюються послідовно, який містить такі елементи, як заволодіння увагою, усвідомлення, вплив на свідомість, емоції, створення інтересу та ін.

Способи переконання також є різноманітними: навчання, пропаганда, агітація, роз'яснення, обмін досвідом. Особливо значний вплив на поведінку громадян мають мітинги, збори, візуальна та аудіореклама, своєчасне реагування на звернення, небюрократичне вирішення справ. Велике значення має й система інформування про досягнення, успішну муніципальну діяльність. Виставки, конкурси, огляди, лозунги, заклики, програми, публічні слухання, диспути та інше також перебувають в арсеналі засобів переконання.

Стимулювання як профілактичний метод передбачає використання різноманітних заохочувальних та примусових заходів матеріального та морального

змісту. Його найважливішим та найефективніший видом є заохочення – спосіб впливу, який через інтерес, свідомість скеровує волю людей на позитивну і корисну діяльність та характеризується особливостями: а) фактична позитивно оцінена суб'єктом профілактики – органом місцевого самоврядування поведінка особи; б) застосовується безпосередньо у територіальній громаді щодо окремих індивідуальних чи колективних суб'єктів; в) полягає у моральному схваленні позитивної поведінки особи, наданні їй переваг, прав, пільг, матеріальних цінностей та інших благ, непрямо, через інтереси, емоції, свідомість вплив на волю заохоченого та інших осіб, стимулюючи, спонукаючи до подальшої позитивної поведінки.

За результатами вибіркового опитування 150 респондентів автором визначено, що ефективними методами профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування на відповідній території варто вважати: примус – 40 осіб; переконання – 78 та заохочення – 32.

Методи здійснення профілактики адміністративних правопорушень органів місцевого самоврядування мають характерні риси: 1) публічно-владний зміст; 2) суб'єкти застосування; 3) об'єкти профілактичного впливу; 4) необхідність досягнення цілей та завдань профілактики; 5) форма здійснення владного профілактичного впливу (прийняття адміністративного акта чи вчинення дії); 6) планування та прогнозування профілактичної діяльності та поведінки профілактованих.

Ці методи, своєю чергою, утворюють систему способів та прийомів профілактичного впливу: а) регулювання профілактичної діяльності; б) встановлення відповідних положень, що діють на відповідній території; в) прийняття рішення про необхідність впровадження у процес нових технологій та інструментів; г) встановлення заборон, правообмежень та обов'язків у здійсненні тих чи інших дій чи прийнятті відповідних рішень; д) усне чи письмове розпорядження про необхідність виконання конкретного завдання; е) здійснення дозвільної реєстрації; є) прийняття рішення щодо утворення, реорганізації і ліквідації організацій, підвідомчих органам місцевого самоврядування; ж) бюджетна фінансова підтримка окремих галузей; з) прийняття рішення про реорганізацію системи і структури органів місцевого самоврядування; и) формування та розвиток управлінського персоналу; і) призупинення чи відміна правових актів органів місцевого самоврядування; ї) прийняття рішення про укладення публічно-правових договорів; й) встановлення процесуальних положень і процедур здійснення регулюючої діяльності у сфері профілактики адміністративних правопорушень; к) здійснення контрольної та наглядової діяльності; л) здійснення адміністративної юрисдикції; здійснення нормотворчої діяльності; м) вживання заходів адміністративного впливу; н) застосування заохочувальних чи стимулюючих заходів тощо.

Правове регулювання правовідносин між суб'єктами та об'єктами системи профілактики адміністративних правопорушень на рівні територіальних громад та різних ланок місцевого управління можемо здійснювати за допомогою способів, які досліджувалися в науці теорії держави і права. До них зачислюють: а) уповноваження – встановлення нормами права можливість певної поведінки суб'єкта; б) зобов'язання – юридично закріплена необхідність певної поведінки в тих чи інших умовах, обставинах; в) заборонення – встановлення нормами права необхідність утримуватися від певної поведінки; г) заохочування – встановлення в нормах права можливості одержання певних пільг і переваг за здійснення бажаних або корисних для держави й суспільства діянь [3, с. 250–251].

Отже, на сьогодні повноваження стосовно профілактики адміністративних правопорушень відповідно до Конституції України, належать більшою мірою до компетенції державних органів і, на жаль, поряд з державною системою забезпечення безпеки і боротьби з правопорушеннями, умовами і причинами їхнього вчинення не була створена недержавна система профілактики. Хоча формально органам місцевого самоврядування у сфері профілактики адміністративних правопорушень, держава передбачила та на рівні закону закріпила окремі функції та завдання щодо прийняття актів у цій сфері.

Проаналізувавши сказане, приходимо до висновку, що методи місцевого самоврядування у сфері профілактики адміністративних правопорушень на підвідомчій території це – способи, засоби і прийоми, що застосовуються в межах визначених форм для здійснення завдань і функцій органів (територіальних громад), зумовлені їхньою компетенцією.

Однак чинне законодавство майже не згадує про роль у загальнодержавній системі профілактики деліктів приватних структур (служб безпеки, детективно-охоронних агенцій, науково-навчально-консультативних установ, інформаційних агентств, експертних об'єднань, громадських організацій територіальні громади, групи (добровільні загони) громадян або й - окремі члени територіальних громад, трудові колективи, що сприяють державним правоохоронним органам, не застосовує відповідного понятійного апарату і не виділяє профілактичних методів їхньої діяльності.

Висвітлене, а також неспроможність оцінити об'єктивну ситуацію зі станом правопорядку у державі та невизнання бодай самого факту участі у загальнодержавній системі профілактики правопорушень одних із найважливіших суб'єктів – органів місцевого самоврядування підтверджується розпорядженням Уряду України від 29 вересня 2010 р. № 1911-р "Про схвалення Концепції Державної програми профілактики правопорушень на період до 2015 року" [10], якою місцеве самоврядування незаслужено забуте та усунуте від вирішення питань профілактики правопорушень, що, сподіваємося, буде вирішено під час розробки та прийняття Державної програми профілактики правопорушень в Україні на період до 2015 р.

---

1. Ортинський В.Л. Управління в органах виконавчої влади України: навч. посібник / В.Л. Ортинський, З.Р. Кісіль, М.В. Ковалів. – К.: Центр учбової літератури, 2008. – 296 с.
2. Теорія держави і права: навч. посібн. / А.М. Колодій, В.В. Копєйчиков, С.Л. Лисенков та ін.; за заг. ред. С.Л. Лисенкова, В.В. Копєйчикова. – К., 2002. – 368 с.
3. Лисенков С.Л. Загальна теорія держави і права: навч. посібн. / С.Л. Лисенков. – К. : Юрисконсульт, 2006. – 355 с.
4. Советское право: учебник / [В.Ф. Опрышко, О.А. Костюченко, Ю.Н. Крупка и др.]; под ред. В.Ф. Опрышко. – К. : Выща шк., 1990. – 463 с.
5. Журавський В.С. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні: навч. видання / В.С. Журавський, В.О. Серьогін, О.Н. Ярмиш. – К. : Видавничий дім "Ін Юре", 2003. – 672 с.
6. Колодій А.М., Олійник А.Ю. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні: підручник / А.М. Колодій, А.Ю. Олійник; за ред. Я.Ю. Кондратьєва. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 464 с.
7. Комзюк А.Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації: монографія / А.Т. Комзюк;

за заг. ред. проф. О.М. Бандурки. – Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. – 336 с.
8. Ківалов С.В. Організація державної служби в Україні: навч.-методич. посібник / С.В. Ківалов, Л.Р. Біла. – Одеса : Юридична література, 2002. – 328 с.
9. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року №280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
10. Про схвалення Концепції Державної програми профілактики правопорушень на період до 2015 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 вересня 2010 р. № 1911-р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua. – Заголовок з екрана

МЕТОДЫ ПРОФИЛАКТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ УКРАИНЫ: ПОНЯТИЕ, СУЩНОСТЬ И ХАРАКТЕРИСТИКА

А Лещух

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Процесс создания государства в Украине обуславливает существенный интерес ученых и практиков к вопросам, повязанных с осуществлением целенаправленной деятельности органов местного самоуправления в сфере укрепления законности и правопорядка, утверждения, обеспечения и охраны прав и свобод человека и гражданина, закрепленных Конституцией и законами Украины. Особой остроты в этом аспекте приобретает как сама проблема борьбы с преступностью и правонарушениями, препятствующими построению Украинского государства, так и профилактическая деятельность и ее методы на местном уровне.

Ключевые слова: сфера укрепления законности, профилактическая деятельность и ее методы на местном уровне.

METHODS OF PROPHYLACTIC ACTIVITY OF LOCAL SELF-GOVERNTMENT BODIES IN UKRAINE: NOTION, ESSENCE AND CHARACTERISTICS

A. Leshchuh

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

State-making process in Ukraine determines a great scholars' and practitioners' interest in the issues connected with the performance of purposive activity of local self-government bodies in the scope of legality and legal order strengthening, providence and protection of human rights and citizens' freedoms, fixed in the Constitution and laws of Ukraine. The issues of crime and offence prevention, as well as the issues of preventive measures and their methods on the local level need urgent solution.

Key words: scope of legality strengthening, prophylactic activity, methods on local level.

Стаття надійшла до редколегії: 22.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ІНСТИТУТ ПРИМИРЕННЯ СТОРІН В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Г. Ткач

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська 1. 79000 Львів, Україна

Стаття присвячена дослідженню важливого інституту адміністративного судочинства – інституту примирення сторін. Як один із способів вирішення публічно-правового спору, примирення має свої особливості, що відрізняють його від інституту мирової угоди в цивільному процесі. В дослідженні аналізуються ці особливості, висловлюються пропозиції щодо належного правового врегулювання процедури застосування примирення в адміністративному судочинстві.

Ключові слова: примирення, умови примирення. адміністративне судочинство, мирова угода(договір), сторони, суд, публічно-правовий спір, адміністративний процес.

Конституція України проголосила побудову правової демократичної держави, в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Відповідно, права і свободи та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Власне необхідність створення механізму забезпечення таких гарантій зумовила проведення реформи судової системи в Україні. Ця реформа пов'язана також з удосконаленням адміністративного судочинства та правового регулювання окремих його інститутів, що розширило б можливості учасників адміністративно-правових та інших публічно-правових відносин більш ефективно вирішувати спірні ситуації.

Звернення до суду вважається основним способом захисту порушених прав, свобод та інтересів фізичних та юридичних осіб у відносинах з органами публічної адміністрації. Судовий спосіб вирішення публічно – правових спорів базується на статті 55 Конституції України, згідно з якою кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб.

Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 25 листопада 1997 року, такі скарги підлягають безпосередньому розгляду в судах незалежно від того, що раніше прийнятий закон встановлював інший порядок їх розгляду (оскарження до органу, посадової особи вищого рівня підпорядкування). Крім того, подання скарги до органу, посадової особи вищого рівня не перешкоджає оскарженню цих рішень, дій чи бездіяльності у суді [1].

Для реалізації такого захисту в Україні запроваджено одну з існуючих у світі моделей адміністративної юстиції, яка представлена адміністративним судочинством та системою спеціалізованих адміністративних судів. Для забезпечення діяльності цієї моделі та системи спеціалізованих судів був прийнятий та набув чинності з 1 вересня 2005 року Кодекс адміністративного судочинства (надалі КАС України). Новий порядок вирішення публічно-правових спорів передбачає нові гарантії захисту та поновлення прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

Однак, кінцевий економічний (чи інший особистий) інтерес та результат діяльності та взаємовідносин між суб'єктами матеріально – правових відносин в багатьох випадках залежить не тільки від їх власних здібностей та умінь, але і від ефективності захисту ними особистих прав. При цьому результативність захисту

© Ткач Г., 2011

порушених публічних чи приватних прав і законних інтересів далеко не у всіх випадках передбачає необхідність при зверненні з відповідним позовом до суду чекати закінчення провадження і винесення судового рішення по справі. Достатнім часто є використання інших засобів правового захисту, які дозволяють ефективно обстоювати свої права. Одним з таких засобів захисту прав в адміністративному судочинстві виступає примирення - важливий інститут адміністративного процесуального права, який має водночас складну подвійну природу (матеріально – правову і процесуальну). На відміну від судового рішення, яким закінчується судовий розгляд і яке(а часто так і буває) може не задовольняти одну чи обидві сторони судового процесу, договір про примирення становить собою взаємовигідний компроміс, на який добровільно погоджуються дві сторони, між якими виник публічно-правовий спір.

Говорячи про поняття примирення сторін в адміністративному судочинстві та його матеріальне оформлення, не можна не згадати про інститут мирової угоди в цивільному судочинстві як найбільш наближений аналог. Різниця в назві цих двох інститутів “мирова угода” і “примирення” є суто термінологічною різницею, якої могло б і не бути. За винятком окремих відмінностей, на які далі буде звернено увагу, сутність та призначення цих двох інститути є однаковою.

Відомий французький юрист Біго-де-Преамене в одному зі своїх виступів на законодавчому зібранні, яке присвячувалося правилам про мирову угоду сказав: „Зі всіх способів припинення (вирішення) спорів, що виникають між людьми у зв’язку з різноманітними до безконечності відносинами, в тому числі й тих, що вже передані на розгляд суду, найщасливішим за своїми наслідками вважається мирова угода”. В даному визначені можна побачити наголос автора цих слів на позитивних (найбільш сприятливих) для сторін правових наслідках використання саме такого способу захисту порушеного права, що є дуже важливим для учасників спору [2].

При дослідженні юридичної природи інституту примирення в адміністративному судочинстві, слід врахувати те, що останній існує в рамках інституту захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин. Якщо реалізація права на захист здійснюється безпосередньо самою уповноваженою особою, то до засобів захисту прав відносяться такі прийоми, використання яких допускається законом для суб’єктів адміністративного та інших галузей публічного права. І перш за все до одного з таких засобів правового захисту слід віднести примирення. Можна сказати, що захист прав допускає використання цілої системи способів, форм, засобів, тобто здійснюється комплексно, за допомогою відносно самостійних і різних за галузевою приналежністю, матеріально – правових способів захисту суб’єктивних прав та охоронюваних законом інтересів і процесуальних форм їх здійснення. Інакше кажучи, суттєвим в інституті правового захисту слід вважати єдність його матеріального змісту і процесуальної форми. Ця єдність полягає в тому, що можливості матеріально – правого характеру, які надаються уповноваженій особі, можуть бути реалізовані шляхом їх здійснення у встановленому законом судовому порядку, який визначається нормами процесуального права.

Щодо примирення сторін в адміністративному судочинстві, то це нове і досить непросте правове явище, яке знаходиться на межі матеріального і процесуального права. Заперечувати наявність у такому примиренні матеріально – правових елементів безпідставно, оскільки публічно-правовий спір, що розв’язується за їх допомогою, виникає і закінчується у сфері саме матеріального права. Однак перенесений у процесуальну площину спір набуває нового, процесуального значення. Врегулювання спору в сфері матеріального права не передбачає

безпосередньо будь – яких процесуальних наслідків. Для цього необхідні відповідні процесуальні дії. Такими діями і є затвердження (визнання) мирової угоди судом і, як наслідок, припинення провадження по справі.

Отже, тільки при наявності цих двох юридичних фактів – правової угоди і ухвали судового органу, що затверджує (визнає) її, можна говорити, що примирення сторін відбулося і на цій підставі провадження у справі є закритим. Це в свою чергу дає підстави говорити про подвійну природу примирення. З одного боку, примирення – це угода між сторонами про завершення публічно-правового спору, з іншого – врегулювання матеріальних (позитивних) публічно-правових відносин. Тому примирення за своєю природою є складним юридичним явищем, зміст якого становить договір як угода у площині матеріального публічного права і ряд елементів процесуального характеру. Можна навіть сказати, що це своєрідний матеріально – правовий спосіб захисту суб'єктивного права (як засіб здійснення прав і інтересів в разі їх порушення або оспорювання), поєднання своєрідної правової угоди і спеціально встановлених законом процесуальних дій.

Підсумовуючи сказане вище, можна виділити декілька ознак, характерних для примирення сторін:

– необхідність в укладенні угоди (договору) примирення виникає тоді, коли має місце факт порушення суб'єктивного права, який вже відбувся. Вчиняючи її, сторони переслідують мету захисту свого права. Таким чином, основною визначальною ознакою виступає правова мета такої угоди – захист суб'єктивного права;
– з урахуванням специфіки мети такої угоди її суб'єктами повинні бути протилежні сторони. Учасником останньої може виступати тільки особа, яка має безпосередній інтерес у її вчиненні;
– для вчинення такої угоди необхідне волевиявлення сторін;
– взаємність поступок: кожна сторона повинна поступитися частиною свого права, розраховуючи на таку ж поступку від іншої сторони. Вважаю, що ця ознака дозволяє говорити про особливу (компромісну) природу договору про примирення;
– невизначеність, спірність права, сумніви у його здійсненні, спонукають і зумовлюють намагання сторін без втручання держави (в особі суду) захистити те, що їм належить шляхом пошуку і погодження взаємовигідного варіанту.

З урахуванням викладеного вище, примирення сторін можна визначити як письмово оформлений договір (угоду), що укладається сторонами публічно-правового спору з метою захисту своїх прав, свобод та інтересів, згідно якого вони зобов'язуються зробити взаємні поступки для врегулювання вже початого між ними спору, який переданий до суду.

В адміністративному судочинстві питання примирення сторін регламентується нормами КАС України. Так у п. 3 ч. 1 ст. 157 КАС України зазначено, що провадження в адміністративній справі може бути закрите у зв'язку з примиренням сторін. Примиренням буде визнаватися повне або часткове врегулювання спору на основі взаємних поступок.

Недоліком законодавчого регулювання є те, що в ст. 113 КАС України, яка закріплює інститут примирення питання сторін в адміністративному судочинстві не зазначено, яким чином оформляється таке примирення (усне чи письмове клопотання, заява, угода тощо) і яким чином сторони повідомляють суд про своє рішення. В Цивільному процесуальному кодексі міститься нормативне закріплення

як поняття мирової угоди, так і порядку повідомлення сторонами суд про досягнення ними примирення (укладення мирової угоди).

Деякі процесуальні можливості сторін випливають з окремих статей КАС України. Так, керуючись ст. 49 КАС України "Права та обов'язки осіб, які беруть участь у справі", сторони можуть заявити клопотання про закриття провадження у зв'язку з мирним врегулюванням спору (примиренням). Крім цього можна послатися на ч. 3 ст. 51 КАС України "Права та обв'язки сторін" де зазначено що сторони можуть (це їх процесуальне право) досягти примирення на будь – якій стадії адміністративного процесу, що є підставою для закриття провадження в адміністративній справі.

Однак аналіз принципів адміністративного судочинства допомагає дійти висновку про те, що самого клопотання (заяви) сторін про закриття справи у зв'язку з примиренням є не достатнім для закінчення справи з такої підстави.

Так, в ст. 11 КАС України закріплено один із принципів адміністративного судочинства, а саме принцип офіційного з'ясування обставин справи. Відповідно до цього принципу суд повинен повно, всебічно та об'єктивно дослідити та перевірити законність закриття провадження у справі з тої чи іншої підстави. В даному випадку суд повинен перевірити умови примирення та визнати їх в ухвалі про закриття провадження в справі. Таким чином стає очевидним, що умови примирення, яких досягли сторони адміністративного процесу, повинні бути матеріально закріпленими у формі угоди (договору). Це випливає також з того, що в такому примиренні містяться істотні умови договору, а саме: сторони примирення, предмет, права та обов'язки сторін, можливі строки виконання взаємних зобов'язань, дата укладення.

Хоча в КАС України відсутнє законодавче закріплення порядку оформлення примирення між сторонами (форма письмово закріплення) на практиці це відбувається, як правило, у формі письмової угоди (договору) про примирення. Наприклад, Ухвалою Франківського районного суду м. Львова від 20.01.2010 року про закриття провадження у справі за позовом фізичної особи до міського голови Львова про зобов'язання надати відповідь на його звернення та накладення адміністративного стягнення, визнано умови примирення між сторонами, викладені в Договорі про примирення від 20.01.2010 року [3]. Ухвалою Львівського окружного адміністративного суду від 08.02.2010 року закрито провадження у справі на підставі подання сторонами та визнання судом угоди про примирення [4].

Процесуальне законодавство зобов'язує суддю (суд) роз'яснити сторонам можливість їх примирення і сприяти такому примиренню сторін. Можливість закінчення спору шляхом примирення має з'ясовуватися суддею ще в процесі підготовки справи до розгляду, тому не випадково стаття 113 КАС України має назву "Примирення сторін під час підготовчого провадження". Врегулювати спір до початку судового розгляду справи є основною метою проведення попереднього судового засідання згідно положень Кодексу. Проте сторони можуть скористатися правом на примирення і до винесення рішення судом по суті спору, в апеляційній чи касаційній інстанції у випадку подання учасниками справи скарги.

При укладенні угоди (договору) про примирення можуть враховуватись загальні правила вчинення правочинів у письмовій формі. В такій угоді доцільно зазначити: найменування документа, місце та дату її укладення, найменування та місце знаходження сторін, їх представників, адміністративну справу, щодо якої укладається угода про примирення, умови угоди, зобов'язання сторін, розмір грошових сум, що мають бути виплачені, строки виконання зобов'язань, підписи сторін.

В положенні ч. 1 ст. 113 Кодексу чітко визначенні межі примирення сторін. Так, примирення сторін може стосуватися лише прав та обов'язків сторін і предмета адміністративного спору. З даного положення випливає, що примирення не може стосуватися чи торкатися прав та обов'язків інших осіб, які не беруть участі у справі чи не є її учасниками. Самі дії сторін (умови угоди про примирення) можуть стосуватися лише тих спірних правовідносин та матеріально – правової вимоги заявника до відповідача, стосовно яких суд повинен винести постанову. Наприклад, особа звернулася до адміністративного суду з адміністративним позовом до військової частини А – 3074, в якому просить поновити її на посаді техніка відділу, стягнути заробітну плату за 11 місяців в розмірі 8939,50 грн. та моральну шкоду в розмірі 2000 грн. У судовому засідання сторони подали клопотання про примирення, відповідно до якого позивачка зобов'язується не стягувати з відповідача заробітну плату за 11 місяців та моральну шкоду, а відповідач – поновити позивачку на посаді діловода у відділі служби захисту інформації з врахуванням стажу за період з червня 2006 року до визначеного часу [5].

Цей приклад правильно оформленої мирової угоди чітко показує, що умови примирення можуть бути сформульовані не лише в межах вимог, що мають кількісний характер. Так, сторони в адміністративній справі можуть домовитися також і про розмір грошового відшкодування заявнику. Умови можуть стосуватися і меж розсуду (дискреції), які закон допускає для суб'єкта владних повноважень. В даному випадку відповідач поновив заявника не на попередній посаді техніка відділу, а за умовами примирення на посаді діловода у відділі служби захисту інформації зі збереженням трудового стажу.

Суд зобов'язаний, керуючись в адміністративному судочинстві принципом офіційного з'ясування всіх обставин у справі перевірити, чи не суперечить угода про примирення законодавству, чи не виходить за межі повноважень відповідача, а також, чи не порушує вона прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб. Тому у випадку, коли предметом адміністративного позову є визнання незаконним (нечинним) та скасування нормативно – правового акта, який порушує права, свободи та законні інтереси заявника чи інших осіб, не завжди можна використати інститут примирення сторін. При примиренні в такій справі обов'язковою умовою для законності угоди про примирення є зміна чи визнання такого акта незаконним (нечинним) та його відміна. Якщо позивач в умовах примирення не наполягає на визнанні такого акта незаконним (нечинним), суд зобов'язаний відмовити у прийнятті та визнання такої угоди про примирення постановивши про це ухвалу і продовжити судовий розгляд.

Суд також не визнає угоди про примирення у справі, в якій одну зі сторін представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє. Дії представника повинні бути об'єктом дослідження та ретельної перевірки з боку суду, оскільки представники не завжди діють добросовісно. Доцільно на законодавчому рівні в КАС України, як це зазначено в ст. 175 ЦПК України ("Мирова угода сторін") закріпити захисне положення про те, що до ухвалення судового рішення у зв'язку з примиренням сторін суд перевіряє, чи не обмежений представник сторони, який висловив намір вчинити ці дії, у повноваженнях на їх вчинення, і чи це не порушує права, свободи та законні інтереси його довірителя.

Аналіз судової практики з розгляду публічно – правових спорів, які завершились примиренням сторін, допомагає певним чином визначити перелік категорій справ, в яких найчастіше використовується цей правовий інститут. Серед

таких спорів можна виділити спори щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування, щодо оскарження нормативно-правових актів органів виконавчої влади, індивідуальних адміністративних актів (зокрема про відмову у видачі дозволів, ліцензій), спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення та поновлення на такій службі, спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у томи числі делегованих повноважень, а також спори, які виникають з приводу укладення та виконання адміністративних договорів [6].

Інколи на практиці зустрічаються випадки не правильного укладення та визнання судом примирення сторін, що пов'язано з помилковим розумінням ознак та правової природи цього інституту. Суть помилки суду зводиться до того, що по конкретній справі підставою для закриття провадження у справі насправді є визнання відповідачем позовних вимог, передбачена ст. 136 КАС України, а не застосування примирення сторін. Пригадаємо, що однією із ознак угоди про примирення сторін є взаємність поступок, тобто кожна сторона має поступитися частиною свого права, розраховуючи на таку ж поступку з протилежного боку. Ця ознака дозволяє говорити про особливу (компромісну) природу договору про примирення.

Тому, у кожному випадку закриття провадження в справі з підстави примирення, суду слід перевіряти, чи в умовах такої угоди вбачається взаємність поступок (зобов'язань обох сторін) чи лише однієї (що буде визнанням відповідачем позову як підстави для ухвалення рішення на користь позивача) і чи таке бажання примиритися висловили обидві сторони, подавши спільне клопотання та угоду про примирення. Подання письмового клопотання про закриття провадження у зв'язку з примиренням, яке надійшло до суду лише від позивача, не можна вважати примиренням та його матеріальним та процесуальним оформленням.

За наявності ухвали про закриття провадження у справі з підстави примирення сторін, повторне звернення тієї ж особи до суду із тотожними позовними вимогами до того самого відповідача із тих самих підстав відповідно до загальної норми, а саме ч. 3 ст. 157 КАС України, не допускається. Така ухвала може бути оскаржена на підставі ч. 3 ст. 157 КАС України в порядку, визначеному ст. 186 КАС України, шляхом подання апеляційної скарги протягом п'яти днів з дня проголошення ухвали. Ухвала суду про невизнання умов примирення сторін і продовження розгляду справи не може бути оскаржена окремо від постанови у справі.

На відміну від ухвали про визнання мирової угоди між сторонами у цивільному процесі, така ухвала не має обов'язкового характеру і не зобов'язує сторони виконувати досягнуті умови примирення, що до певної міри ставить під сумнів дієвість за таких умов цього правового інституту. В адміністративному процесі на сьогоднішній день відсутня реальна можливість та правовий механізм примусового виконання угоди про примирення чи ухвали суду про закриття провадження з підстави примирення сторін. Так ч. 4 ст. 113 КАС України як єдину санкцію за невиконання добровільно угоди про примирення однією із сторін, передбачає право другої сторони подати в суд, який закрив провадження в справі у зв'язку з примиренням сторін, клопотання про поновлення провадження в справі, після чого суд постановляє відповідну ухвалу.

Існування різних підходів до поняття угоди про примирення, спроби правової регламентації її використання в різних видах судочинства, зокрема адміністративного, дають підстави зробити висновок про важливість цього інституту для досягнення найбільшого ефекту при врегулюванні публічно-

правових спорів та захисті прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

Діючий КАС України допускає примирення сторін на будь – якій стадії адміністративного процесу, але не встановлює жодного переліку категорій справ, по яких може або не може відбутися примирення (шляхом укладення угоди про примирення). Як наслідок цього часто на практиці укладаються та визнаються угоди, які за певних умов чи по окремих категоріях справ взагалі укладатись не можуть. Це ще раз свідчить про те, що дуже часто теорія, законодавець та практика йдуть в розріз між собою, і для того, щоб зменшити такі розбіжності необхідним є проведення подальших досліджень в зазначеній сфері та надання детальних роз'яснень з питань, що стосуються інституту примирення сторін в адміністративному судочинстві вищестоящими судами (наприклад, Верховним Судом України, Вищим адміністративним судом України), що допомогло б судам мати єдиний правовий погляд на розуміння та використання переваг цього важливого інституту.

---

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням гр. Дзюби Г.П. щодо офіційного тлумачення ч. 2. ст. 55 Конституції України та ст. 248 – 2 ЦПК України (справа гр. Дзюби Г.П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи) від 25 листопада 1997 року //Офіційний Вісник України – 2003р. – №28 – С. 1377).
2. Енгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1952 (Хрестоматия по гражданскому процессу / Под общ. ред. Треушникова. М.: Городец, 1996. С.134).
3. Архів Львівського окружного адміністративного суду за 2010 рік.
4. Ухвала Франківського районного суду м. Львова від 20.01.2010 року (справа № 2а – 6754/09/1240).Архів Франківського районного суду за 2010р.
5. Ухвала Харківського окружного адміністративного суду від 18 жовтня 2007 року у справі № 2а – 2209/07// Єдиний державний реєстр судових рішень. – № 1178995.
6. "Вирішення публічно – правових спорів" /Практичний посібник/ Центр досліджень місцевого самоврядування/ Сало Л.Б., Сенюта І.Я., Хлібороб Н.Є., Школик А.М. – Дрогобич: Коло, 2009.

ИНСТИТУТ ПРИМИРЕНИЯ СТОРОН В АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Г. Ткач

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
Ул.Университетская 1, 79000, Львов, Украина

Статья посвящена исследованию важного института административного судопроизводства – института примирения сторон. Как один из способов разрешения публично-правовых споров, примирение имеет свои особенности, которые отличают его от института мирового соглашения в гражданском процессе. В исследовании анализируются эти особенности, высказываются предложения по надлежащему правовому урегулированию процедуры использования примирения в административном судопроизводстве.

Ключевые слова: примирения, условия примирения. административное судопроизводство, мировое соглашение(договор), стороны, суд, публично правовой спор, административный процесс.

INSTITUTE OF PARTIES CONCILIATION IN ADMINISTRATIVE JUSTICE

G. Tkach

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article is devoted to the important institute of administrative justice – parties' conciliation institute. Conciliation as a possible method of public-legal dispute resolution has its own peculiarities, which differ it from the institute of amicable settlement in civil process. The author analyzes these peculiarities; makes her own propositions as to the due legal regulation of conciliation procedure application in administrative justice.

Key words: conciliation, conciliation conditions, administrative justice, amicable settlement (agreement), parties, court, public-legal dispute, administrative process.

Стаття надійшла до редколегії: 22.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЗАКОН УКРАЇНИ "ПРО ЗВЕРНЕННЯ ГРОМАДЯН" ТА ПРОЕКТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСУ: ОСНОВНІ ВІДМІННОСТІ

А. Школик

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті порівнюються положення чинного закону України "Про звернення громадян" та проекту Адміністративно-процедурного кодексу. Стверджується, що чинний закон "Про звернення громадян" містить окремі елементи регулювання адміністративної процедури, але не врегульовує її системно. Проаналізовано низку новел Адміністративно-процедурного кодексу, які можуть значно підвищити якість правового забезпечення порядку діяльності органів публічної адміністрації.

Ключові слова: звернення громадян, адміністративна процедура, адміністративне провадження.

Прийнятий у 1996 році закон України "Про звернення громадян" [1] до цього часу залишається єдиним узагальнюючим законодавчим актом, що містить елементи правового регулювання адміністративної процедури, які є актуальними для всіх органів публічної адміністрації, та й не тільки їх. Адже норми цього закону поширюються також на звернення, що розглядаються об'єднаннями громадян, підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності, засобами масової інформації.

У переважній більшості вітчизняних підручників та посібників з адміністративного права, у тому числі в Академічному курсі правове забезпечення порядку розгляду звернень висвітлюється через констатацію чинних норм названого закону [2; с. 378–382]. І лише в розробках окремих науковців, зокрема В.П. Тимощука, низку положень закону "Про звернення громадян" серйозно критикується [3; с. 83–91] і пропонують кардинально оновити законодавство з цього питання.

Наш аналіз розпочнемо із назви закону: словосполучення "звернення громадян" є настільки усталеним у правовому обігу, що без нього важко уявити правове регулювання у цій частині та практику його застосування. Більше того, це словосполучення базується на нормі ст. 40 Конституції України, відповідно до якої "усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк" [4]. Право на звернення розглядається в конституційному праві як одне з важливих політичних прав громадян в Україні [5; с. 195–196], яке характеризує демократичну державу.

Однак, якщо детальніше розглянути норми чинного закону, що конкретизує спосіб реалізації конституційного права на звернення, можна виявити нелогічність багатьох наявних правових конструкцій. По-перше, під терміном "звернення" об'єднано три суттєво відмінні форми реалізації прав громадян: пропозиції (зауваження), заяви (клопотання) та скарги. Перша група – пропозиції (зауваження) – за змістом відрізняється від обох інших, оскільки стосується реалізації та захисту прав конкретних громадян лише опосередковано у майбутньому. У пропозиціях висловлені "порада, рекомендація щодо діяльності органів державної влади і

© Школик А., 2011

місцевого самоврядування" і цей вид звернення є по суті петицією за термінологією зарубіжних держав.

А от другий та третій види звернень громадян забезпечують конкретним громадянам безпосередню реалізацію їхніх прав, свобод та законних інтересів (заява та клопотання) та захист порушених, на їхню думку, прав (скарга). Отже, правова природа цих видів звернень є відмінною від пропозицій (зауважень), об'єднаних з ними в одному законі. До речі, навіть в самому законі "Про звернення громадян" таке розмежування можна побачити у змісті окремих статей. Наприклад, ст. 18 стосується прав громадян під час розгляду заяв чи скарг (але не пропозицій), ст. 19 – обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування щодо розгляду заяв чи скарг.

Однак не лише перша частина законодавчо закріпленого словосполучення "звернення громадян" викликає заперечення через поєднання в ньому відмінних за правовою природою звернень. З другої частини цього словосполучення, а також із положень ст. 1 аналізованого закону робимо висновок, що суб'єктом звернення є лише громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства. Отже, на юридичних осіб норми закону формально не поширюються. Проте зрозумілим для кожного юриста, та й не тільки, є те, що юридичні особи (підприємства, установи, об'єднання громадян) також подають заяви та скарги до органів державної влади і місцевого самоврядування, більше того, є переважним суб'єктом подання заяв та скарг у певних сферах. Для повної картини варто нагадати, що підзаконними нормативно-правовими актами в окремих сферах право юридичних осіб на подання заяв чи скарг таки передбачено. Зокрема, відповідно до Наказу Державної податкової адміністрації України від 23 грудня 2010 р., яким затверджено Положення про порядок подання та розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби [6], скарги подають платники податків, тобто, не лише фізичні, але й юридичні особи.

Висвітливши усталену назви закону "Про звернення громадян", проаналізуємо його зміст. Оскільки закон до певної міри регулює адміністративну процедуру, тобто закріплений у нормативно-правових актах порядок діяльності органів публічної адміністрації, спробуємо з'ясувати, чи належно забезпечують його норми адміністративну процедуру. З цією метою доцільно порівняти приписи чинного закону України із положеннями проекту Адміністративно-процедурного кодексу [7] (надалі – проект АПК).

Цей законопроект, розроблений на основі чинних у багатьох державах законодавчих актів про адміністративну процедуру, охоплює такі групи норм:

- принципи адміністративної процедури;
- суб'єкти адміністративного провадження (учасники та особи, які сприяють розгляду адміністративної справи);
- документування адміністративного провадження;
- докази в адміністративному провадженні;
- адміністративні витрати;
- строки в адміністративному провадженні;
- ініціювання адміністративного провадження;
- відкриття та підготовка адміністративної справи до вирішення;
- підстави зупинення та закриття адміністративного провадження;
- розгляд та вирішення адміністративної справи;
- вимоги до форми та змісту адміністративного акта;
- чинність та припинення дії адміністративного акта;

– адміністративне оскарження (адміністративне провадження за скаргою);
– виконання адміністративного акта (звернення до виконання, добровільне та примусове виконання);
– контроль за адміністративним провадженням та відповідальність його суб’єктів.

Спробуємо висвітлити, чи містить чинний закон України “Про звернення громадян (надалі – Закон) подібні норми.

Принципів адміністративної процедури цей закон окремим переліком не передбачає, хоча варто зазначити, що окремі з принципів фактично закріплені в різних його статтях. Наприклад, принцип рівності учасників адміністративного провадження перед законом грунтується на положенні ч. 2 ст. 7 Закону, згідно з якою “забороняється відмова в прийнятті та розгляді звернення з посиланням на політичні погляди, партійну належність, стать, вік, віросповідання, національність громадянина, незнання мови звернення”. Також передбачений ст. 20 проекту АПК принцип гарантування права особи на участь в адміністративному провадженні частково закріплений у ст. 18 Закону, за якою громадянин, який звернувся із заявою чи скаргою, має право особисто викласти аргументи, бути присутнім під час розгляду заяви чи скарги та ін.

Закон не визначає складу суб’єктів адміністративного провадження, зокрема, на відміну від проекту АПК, не містить їх поділу на учасників (адміністративний орган та особа) та осіб, які сприяють розгляду адміністративної справи (свідки, експерти, спеціалісти, перекладачі). Керуючись положеннями ст. 1 та інших норм Закону суб’єктами є, з одного боку, громадяни, а з іншого – органи державної влади, місцевого самоврядування, об’єднання громадян, підприємства, установи, організації, засоби масової інформації, посадові особи. В цій частині поширення кола суб’єктів, які розглядають звернення громадян, на юридичні особи приватного сектора не можна вважати виправданим. Попри це в Законі немає навіть натяку на визначення окремого правового статусу не лише особи, на права та обов’язки якої спрямовано рішення уповноваженого органу (адресата), але й заінтересованої особи, законні інтереси якої може зачепити таке рішення органу. Відповідна норма проекту АПК (ст. 22), на нашу думку, є найважливішою серед новел глави про учасників адміністративного провадження, поряд із положеннями про самовідвід та відвід посадової чи службової особи адміністративного органу (ст. 28).

Потрібно зазначити, що Закон усе ж таки закріплює окремі елементи правового статусу учасників адміністративного провадження: уже згадувані права громадянина під час розгляду заяви чи скарги (ст. 18) та обов’язки уповноважених органів та інших суб’єктів щодо розгляду скарг (ст. 19). Хоча, звичайно, аналогічні норми в проекті АПК викладені значно детальніше та ґрунтовніше (ст. 24 та 27).

Аналізований Закон містить лише бланкетну норму щодо документування розгляду звернень громадян: відповідно до статті 13 Закону, діловодство ведеться в порядку, який встановлюється Кабінетом Міністрів України. У переважній більшості випадків уповноважені органи керуються Постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 1997 р. (у редакції від 15 грудня 2009 р.) “Про затвердження Примірної інструкції з діловодства у міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, Раді Міністрів АРК, місцевих органах виконавчої влади” [8]. Проект АПК також містить бланкетну норму про “встановлені правила діловодства”, але поряд з цим урегульовує окремі елементи

документування, зокрема, щодо офіційного засвідчення дійсності підпису та вірності копії чи витягу (ст. 40 і 41).

Закон не містить положень щодо доказів та доказування під час розгляду звернень громадян. У проекті ж АПК передбачено основні правила щодо належності та допустимості доказів в адміністративному провадженні (ст. 43) та обов'язку доказування, що покладається на адміністративний орган (ст. 44).

Щодо адміністративних витрат, то ст. 21 Закону передбачає безоплатність розгляду звернень громадян. Таке урегулювання на практиці діє щодо пропозицій (зауважень) та скарг, поданих в адміністративному порядку. Однак, у переважній більшості випадків подання заяви до уповноваженого органу державної влади чи місцевого самоврядування супроводжується відповідною оплатою. Наприклад, Постановою Кабінету Міністрів України від 26 лютого 1993 р. (в редакції від 1 січня 2007 р.) "Про порядок справляння і розміри збору за реєстрацію об'єднань громадян" визначено, яку суму потрібно сплатити до державного бюджету при поданні заяви щодо реєстрації того чи іншого об'єднання громадян. На відміну від Закону, проект АПК не містить подібних норм-декларацій, натомість визначаючи дві групи адміністративних витрат: адміністративний збір та витрати, пов'язані із здійсненням адміністративного провадження. Тут доцільно зазначити, що з огляду на доцільність систематизації нормативно-правових актів у цій частині, зараз розробляють проект закону "Про адміністративний збір".

Строки в адміністративному провадженні, на перший погляд, визначені в Законі та проекті АПК приблизно однаково, зокрема, загальний строк становить тридцять днів. Поряд з цим формулювання ст. 20 Закону про те, що звернення, які не потребують додаткового вивчення, розглядаються і вирішуються невідкладно, - видається надто розмитим для практичного застосування. У цій частині проект АПК (ст. 50) закріплює пріоритет негайного (невідкладного) вирішення справи, якщо таке вирішення не потребує невиправданих витрат часу та інших ресурсів, а також не перешкоджає прийняттю законного й обґрунтованого рішення. Однак для адміністративних проваджень із проведенням слухання строк обґрунтовано визначено більший: сорок п'ять днів. Знову ж таки, у Законі міститься надто довільне формулювання можливості збільшення строку: "якщо в місячний термін вирішити порушені у зверненні питання неможливо". Водночас, проект АПК визначає загальні правила обчислення строків, їх поновлення та продовження.

Урегулювання стадій адміністративного провадження та процедурних дій, що вчиняються на кожній з них, майже відсутнє у чинному Законі. Потрібно нагадати, що положення Закону поширюються лише на адміністративні провадження, що розпочинаються за ініціативою громадян, тобто, переважно у сфері надання адміністративних послуг. Своєю чергою, проект АПК розмежовує адміністративні провадження, що ініціюються за заявою особи та провадження, що ініціюються адміністративним органом, передусім, контрольно-наглядового характеру. Отож, проект АПК забезпечує значно ширше коло адміністративних проваджень.

Аналіз окремих стадій адміністративної процедури та його врегулювання за чинним Законом потребує окремого висвітлення. Тому перелічимо лише деякі новели, що містяться в проекті АПК:

– врегулювання таких процедурних дій адміністративного органу як залишення заяви без руху, зупинення та закриття адміністративного провадження;

– розмежування трьох способів розгляду та вирішення адміністративної справи: в разі особистого звернення особи (невідкладно), у письмовому провадженні та із заслуховуванням учасників адміністративного провадження;
– детальне врегулювання положень про адміністративний акт, в тому числі вимог щодо форми та змісту, порядку доведення до відома, чинності та припинення дії адміністративного акта.

Підсумовуючи, доцільно вкотре ствердити про необхідність прийняття Адміністративно-процедурного кодексу як основоположного законодавчого акта, що забезпечуватиме діяльність органів публічної адміністрації. Положення чинного закону України “Про звернення громадян”, з огляду на наявність окремих елементів врегулювання адміністративної процедури, без сумніву, відіграли позитивну роль для належного функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування, однак не відповідають потребам суспільства, яке хоче, щоб публічна адміністрація функціонувала ефективно та належно забезпечувала реалізацію та захист прав громадян.

1. Закон України “Про звернення громадян” від 12 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – N 47. – ст.256
2. Адміністративне право України. Академічний курс: Підручник: У 2-х томах: Том 1. Загальна частина / Ред. колегія: В.Б. Авер’янов (голова) та ін. – К.: Юридична думка, 2004.
3. Тимощук В.П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії: Монографія. – К.: Конус-Ю, 2010.
4. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України - 1996 р.. – № 30. – ст. 141.
5. Чушенко В.І., Заяць І.Я. Конституційне право України: Підручник. – К.: Видавничий дім Ін Юре, 2007.
6. Офіційний вісник України. – 2011. – № 5. – Ст. 261.
7. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України № 2789 від 19.07.2008 року // Режим доступу: www.gska2.rada.gov.ua
8. Офіційний вісник України. – 1997. – № 43. – Ст.50.

ЗАКОН УКРАИНЫ “ОБ ОБРАЩЕНИИ ГРАЖДАН” И ПРОЕКТЕ АДМИНИСТРАТИВНО ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСА: ОСНОВНЫЕ ОТЛИЧИЯ

А. Школик

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье сравниваются положения действующего закона Украины “Об обращении граждан” и проекта Административно процедурного кодекса. Утверждается, что действующий закон “Об обращении граждан” содержит отдельные элементы регуляции административной процедуры, но не регулирует ее системно. Анализируется ряд новелл Административно процедурного кодекса, которые могут значительно повысить качество правового обеспечения порядка деятельности органов публичной администрации.

Ключевые слова: обращение граждан, административная процедура, административное осуществление.

LAW OF UKRAINE "ON CITIZENS' APPLICATION" AND DRAFT CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE: MAIN DIFFERENCES

A. Shkolyk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

This article deals with provisions of current law of Ukraine "On citizens' application" and draft Code of Administrative Procedure comparison. The author asserts that the current law "On citizens' application" contains some elements of administrative procedure regulation, though doesn't regulate it in system. A set of new provisions of the Code of Administrative Procedure, that shall increase substantively the quality of legal regulation of public administration bodies' activity, are analyzed.

Key words: citizens' application, administrative procedure, administrative proceedings.

Стаття надійшла до редколегії: 16.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

АТЕСТАЦІЯ ПУБЛІЧНИХ СЛУЖБОВЦІВ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У НАЦІОНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Н. Янюк

Львівський національний університет ім.Івана Франка
вул.Університетська, 1,79000, Львів, Україна

У статті проаналізовано теоретико-правові засади атестації публічних службовців. Визначено поняття, сутність і процедуру проведення атестації публічних службовців як способу підвищення професіоналізму публічної служби. Запропоновано внесення змін до національного законодавства з урахуванням позитивного досвіду регулювання питань атестації публічних службовців у зарубіжних країнах.

Ключові слова: атестація, публічні службовці, оцінювання діяльності, атестаційна процедура.

Окремі аспекти проблеми атестації публічних службовців знайшли висвітлення у наукових працях представників української науки, зокрема: В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка, С.Д. Дубенко, Н.Р. Нижник, О.В. Петришина, А.М. Школика та ін. Переважно це відбувалося в рамках дослідження інших питань публічно-службових відносин. У 2004 р. в Одесі В.Р. Кравець захистив кандидатську дисертацію на тему: "Атестація державних службовців в Україні". Але й сьогодні у Законі України "Про державну службу" залишається прогалина щодо регулювання питань проведення періодичної атестації державних службовців, а спеціальні законодавчі акти досить епізодично згадують про існування цієї процедури. Як результат цього – до процедури атестації часто на практиці підходять лише формально. Актуальність цієї теми особливо зростає в умовах адаптації національного законодавства до європейських стандартів публічної служби, що й визначило мету наукового дослідження – з'ясувати особливості правової природи інституту атестації публічних службовців, а відтак – вирішити питання щодо правового закріплення механізму проведення атестації публічних службовців.

Вже ні в кого не виникає жодного сумніву той факт, що лише завдяки існуванню інституту публічної служби в державі можуть на належному рівні забезпечуватися права і законні інтереси громадян, а також відбуватися необхідні реформаційні зміни. Однак і публічна служба як невід'ємний елемент держави, часто сама потребує реформування, аби відповідати вимогам часу та потребам суспільства і держави.

Початок формування інституту публічної служби, зокрема її основної складової – державної служби, був покладений Законом України "Про державну службу" від 16 грудня 1993 р. Безперечно, державна служба існувала й раніше, але не як правове, а як соціальне явище, органічний елемент держави, який забезпечував функціонування державного апарату. Україна стала однією з перших серед країн-членів СНД, яка законодавчо врегулювала державно-службові відносини. Саме необхідність проведення соціально-економічних заходів і політична ситуація в країні зумовили необхідність правового оформлення цього інституту. Але сьогодні склалася зворотна ситуація. За останнє десятиліття в Україні, практично, не відбулося оновлення законодавчої бази у сфері публічної служби. Частина питань залишається поза законодавчим регулюванням або й досі

© Янюк Н., 2011

не усунуті наявні колізії правових норм щодо регулювання окремих питань публічної служби.

За посередництвом інституту публічної служби мають втілюватися в життя завдання, визначені представницькою владою у державі. Найчастіше наголошують саме на практичному значенні складової публічної служби – державної служби. Наприклад, Г.В. Атаманчук зазначив, що державна служба має бути "процесуальним явищем, яке визначає порядок виконання функцій державної влади в управлінні суспільними процесами" [1, с. 115]. Відтак, цілком логічно визначати поняття публічної служби через такі характеристики, як "практичне виконання завдань і функцій держави" та "професійний рівень діяльності публічних службовців". Обидві категорії є динамічними і потребують від публічних службовців постійного удосконалення вміння оперативно виконувати службові завдання і нести відповідальність за це. Без належної професійної підготовки публічний службовець не може забезпечити такої діяльності. Поняттям "публічна служба" доцільно охоплювати лише діяльність тих службовців, які задіяні у *безпосередньому професійному виконанні завдань і функцій державиеиь,* тобто тих, які *забезпечують реалізацію завдань, визначених політичною владою у публічних інтересах.* До складових публічної служби потрібно віднести державну службу і службу в органах місцевого самоврядування, тобто в органах публічної адміністрації, які "підпорядковані політичній владі, забезпечують виконання закону, діють у публічних інтересах і наділені прерогативами публічної влади" [2, с. 32].

Саме від участі цих службовців, зазвичай, залежить отримання адміністративних послуг населенням. Тому питання удосконалення професійно-компетентного рівня публічних службовців має бути в центрі уваги вітчизняного законодавця. Для стимулювання службовців щодо підвищення їхнього професійного рівня є різні важелі оцінювання діяльності публічного службовця. Найчастіше виділяють два з них – періодичну атестацію і щорічне оцінювання. Такі способи оцінювання характерні не лише для публічних службовців, але й інших службовців, зокрема, лікарів, науковців, вчителів та ін.

У першу чергу виділяють атестацію (від лат. *attestatio* – свідчення, підтвердження, доказ), як "форму реалізації моделі професійно-компетентного працівника" [3, с. 515]. Атестація кадрів – це перевірка, визначення відповідності ділової кваліфікації, рівня знань і навичок працівника, інших суспільно значущих якостей займаній публічним службовцем посаді. Атестація публічного службовця – необхідний етап роботи з кадрами, це визначення кваліфікації, рівня знань працівника, відгук про його здібності й інші якості. Або, іншими словами, атестація – це певний закінчений, оформлений, зафіксований результат оцінювання. Удосконалювання й упорядкування проходження державної служби неможливо без періодичної атестації службовців [4, с. 117]. Завдяки результату проведеної атестації можна визначити відповідність публічного службовця вимогам займаної ним посади.

Метою проведення атестації покращення підбору і розстановки управлінських кадрів, підвищення ефективності їхньої діяльності та раціонального використання їхніх професійних навиків в органі публічної адміністрації. Атестація є одним із способів удосконалення та упорядкування проходження публічної служби. Проте її варто розглядати не тільки як невід'ємний атрибут професійної публічної служби, але і як одну з гарантій службової кар'єри. Позитивні результати атестації є умовою для просування по службі. Під час проведення атестації оцінюються

робота, ділові та особисті якості працівника, рівень професійного росту, сумлінне виконання ним службових повноважень. Узагальнені результати службової діяльності публічних службовців окремого органу дають уявлення про діяльність всього органу.

Атестацію розглядають у широкому і вузькому аспектах. У широкому аспекті атестація є однією з умов забезпечення професіоналізму і ефективності публічної служби. У вузькому аспекті – атестація є встановлений законодавцем порядок періодичної перевірки теоретичних знань, практичних навиків, здібностей і реальних можливостей працівників з метою визначення відповідності займаній посаді, переспективи для подальшого переміщення по службі (зарахування до кадрового резерву, стажування на зайняття вищої посади). Атестація полягає в персональній перевірці та оцінці професійних якостей публічного службовця. У цьому випадку можна виділити два головні завдання атестації: 1) встановлення відповідності службовця займаній посаді; 2) присвоєння кваліфікаційного розряду службовця.

Розглядаючи завдання атестації, Ю.М. Старилов виділив: дотримання на практиці принципів служби; забезпечення законності в системі функціонування служби; формування професійного кадрового персоналу державних органів; виявлення потенційних можливостей державного службовця з метою підвищення його по службі; застосування до службовців заходів відповідальності і стимулювання; підвищення дисципліни і законності; підтримання стабільності державної служби; стимулювання підвищення кваліфікації і професіоналізму службовців; забезпечення реального функціонування механізму просування по службовій драбині; попередження і боротьба з правопорушеннями [5, с. 399–401].

Вперше умови і порядок проведення атестації були визначені у Положенні про порядок проведення одноразової атестації працівників органів державної виконавчої влади, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 20 грудня 1993 р. Цей акт був спрямований на виконання Указу Президента України від 15 жовтня 1993 р. “Про заходи щодо підвищення рівня роботи органів державної виконавчої влади”. У згаданому Положенні про порядок проведення одноразової атестації використовувалося узагальнене поняття – “працівники органів державної виконавчої влади”. Однак цей акт стосувався підвищення рівня роботи державних органів виконавчої влади у період формування власної національної системи виконавчої влади і професійної державної служби.

Оскільки Положення мало лише разове застосування, то виникла необхідність прийняття іншого нормативно-правового акта, який би визначав періодичність проведення таких атестацій серед державних службовців надалі. Враховуючи це, було прийнято Положення про порядок проведення атестації державних службовців, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 14 серпня 1996 р. З 1997 р. проводять періодичну атестацію державних службовців. Сьогодні нормативною підставою атестації державних службовців є Положення про порядок проведення атестації державних службовців, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2000 р. №1922. Цей акт відповідає напрямам Стратегії реформування державної служби в Україні. А періодичність проведення атестації державних службовців державних органів від одного разу на п’ять років скоротилася – один раз на три роки. Посадові особи місцевого самоврядування підлягають атестації один раз на

чотири роки. Відповідно до п.3 Положення про порядок проведення атестації державних службовців у період між атестаціями з метою здійснення регулярного контролю за проходженням державної служби та професійними досягненнями державних службовців проводиться щорічне оцінювання виконання державними службовцями покладених на них завдань і обов'язків. У Загальному порядку проведення щорічної оцінки виконання державними службовцями покладених на них обов'язків і завдань, затвердженого наказом Головного управління державної служби України від 31 жовтня 2003 р., щорічну оцінку, на відміну від атестації, проводить безпосередній керівник (керівник структурного підрозділу) у січні-лютому місяці за підсумками минулого року. Ткий захід проводять з метою поліпшення добору й розстановки кадрів, розвитку ініціативи і творчої активності державних службовців, визначення їх потенціалу, потреб у підвищенні кваліфікації та особистому розвитку; планування кар'єри, вдосконалення процесу планування та організації діяльності державного службовця та державного органу загалом, виявленні організаційних проблем та оперативного реагування на них, аналізу виконання посадових інструкцій.

Однак серед народних депутатів України виникли сумніви щодо конституційності Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про порядок проведення атестації державних службовців" від 28 грудня 2000 р. №1922. Зокрема, постало запитання щодо правомочності Кабінету Міністрів України перевіряти фахові та особисті якості державних службовців органів законодавчої, виконавчої, судової влади шляхом проведення їх атестації. У конституційному поданні зазначено, що в разі звільнення державного службовця за результатами атестації буде порушено вимоги положень ч. 6 ст. 43 Конституції України щодо гарантування захисту громадян від незаконного звільнення.

Аргументуючи свою позицію, суддями Конституційного Суду України було наголошено: "Атестація є одним із способів перевірки та оцінки кваліфікації працівника, його знань і навичок. Вона передбачена ч. 6 ст. 96 Кодексу законів про працю України, положення якого поширюються і на державних службовців з урахуванням особливостей, встановлених Законом України "Про державну службу". Згідно з цією нормою атестацію можуть проводити власник або уповноважений ним орган. Такими органами відповідно до законодавства України є, зокрема, всі органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Атестація окремих категорій державних службовців передбачена й іншими законами України, зокрема "Про державну податкову службу в Україні" (ст. 15), "Про прокуратуру" (ст. 46), "Про статус суддів" (глава VII)". Саме це твердження було покладено в основу Рішення Конституційного Суду України про конституційність Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців" (28 грудня 2000 р. N 1922) від 8 липня 2003 р. Однак така позиція Конституційного Суду України не була одностайно підтримана суддями, свідченням чого є окрема думка професора В.М. Шаповала про недостатність обґрунтуваності відповідної позиції Конституційного Суду України.

Висловлені В.М. Шаповалом зауваження є цілком слушними. Відповідно до п. 12 ст. 92 Конституції України виключно законами України визначаються "організація і діяльність органів виконавчої влади, основи державної служби…". Хоча у цьому положенні нічого не сказано про службу в органах місцевого самоврядування, але ч. 2 ст. 19 і ч. 2 ст. 38 Конституції України

вказує на можливість ці два види об'єднати поняттям "публічна служба" і визначити її загальні засади в єдиному законодавчому акті. Проте законодавець не врахував цього моменту і зміни до Закону України "Про державну службу" не внесені.

Прогалину в законодавчому регулюванні питань атестації враховано у Законі України "Про службу в органах місцевого самоврядування". Зокрема, у ст. 17 закону визначено основні положення проведення періодичної атестації посадових осіб органів місцевого самоврядування. Водночас, у частині другій згаданої статті перелічено категорії осіб, що атестації не підлягають. До таких належать: сільські, селищні, міські голови, голови районних у містах, районних і обласних рад, секретарі сільських, селищних, міських рад, працівники патронатної служби, особи, які перебувають на посаді менше одного року, молоді спеціалісти, вагітні жінки чи жінки, які працюють менше одного року після виходу на роботу з відпустки по вагітності і пологах чи догляду за дитиною, особи, прийняті на посаду на визначений строк. У Законі визначено загальний порядок проведення атестації, але окремі питання атестації посадових осіб регулюються положенням про проведення атестації, яке затверджує сільський, селищний, міський голова, голова районної у місті, районної, обласної рад. А Типове положення про проведення атестації посадових осіб місцевого самоврядування було затверджено Кабінетом Міністрів України.

У деяких законах про окремі види державної служби питання атестації лише згадується, але вказано, що порядок проведення атестації визначається Кабінетом Міністрів України, наприклад, такий підхід використано у ст. 410 Митного кодексу України. В актах Кабінету Міністрів України може бути розписано атестаційну процедуру, але для її проведення має бути визначена законодавча підстава.

Вивчення європейського досвіду в регулювання публічно-правових відносин свідчить, що цьому питанню приділяється достатньо серйозна увага, адже проведення атестації спонукає публічних службовців до постійного підвищення свого професійно-кваліфікаційного рівня.

У більшості європейських держав для означення згаданої процедури використовують термін "атестація", а також інші назви цього механізму, наприклад, у Латвії – "оцінка відповідальності", Литві – "оцінювання" тощо. Хоча є певні відмінності щодо назви, однак аналіз зарубіжного законодавства дає підстави стверджувати про максимально близькі заходи. Переважно базові положення проведення атестації публічних службовців закріплюють у відповідних законах, а безпосередні процедури їх проведення регулюються підзаконними нормативно-правовими актами.

Деталізація атестаційної процедури у законодавстві, зазвичай, характерна для країн Центральної та Східної Європи. Наприклад, у ст. 48 Федерального закону Російської Федерації про державну цивільну службу від 27 липня 2004 р. передбачено такі питання як: засади атестації державних службовців, порядок формування атестаційної комісії, види рішень атестаційної комісії. А Положення про проведення атестації державних цивільних службовців затверджується Президентом Російської Федерації [6].

Схожий досвід використано і в Законі про публічну службу Естонії, де питання атестації чиновників публічної служби викладено в окремій його частині – "Атестація чиновника". Закон охоплює дефініцію поняття "атестація", коло осіб,

що підлягають атестації, а також визначає правовий статус конкурсно-атестаційної комісії та процедуру атестації чиновників.

Цікавим видається досвід регулювання порядку проведення оцінювання публічних службовців та їхньої діяльності у законодавстві Литві (ст. 22 Закону про публічну службу). Обов'язковим етапом атестаційної процедури є оцінка наприкінці кожного календарного року, що здійснюється безпосереднім керівником (начальником). У випадку, якщо діяльність службовця оцінено як "бездоганну" або "незадовільну", процедура продовжується і оцінювання здійснює оціночна комісія. Якщо службовця оцінено на "добре", то процедура на цьому завершується [7, с. 437].

У деяких законах європейських держав передбачено додаткову гарантію об'єктивності та неупередженості прийняття рішень атестаційними комісіями. Зокрема, в Естонії законом публічному службовцю надано право вимагати проведення повторної атестації, яка проводиться комісією у новому складі.

Переважно рішення, прийняті атестаційними комісіями, можуть бути як рекомендаційними, так і обов'язковими для керівників органів публічної адміністрації, які приймають рішення про просування публічного службовця по службі. У європейській практиці, зазвичай, конфлікти під час проведення атестацій не виникають. Однак, у більшості законах передбачено можливість оскарження результатів атестації публічного службовця керівникові органу, який приймає на роботу, а його рішення може бути оскаржено у судовому порядку, який уже залежить від законодавства певної країни (за правилами цивільного чи адміністративного судочинства).

В Україні часто атестація стає певним тягарем для публічного службовця, а не гарантією його подальшого кар'єрного росту. Серед експертів були висловленні пропозиції про відмову від проведення атестації публічних службовців в Україні і обмеження лише щорічним оцінюванням діяльності публічних службовців. Але не можна погодитися, щоб наявний суб'єктивізм під час проведення атестації, став причиною відмови від цілого механізму. Більш обґрунтованим було б врегулювати питання атестації в законі. Процедуру атестації та порядок формування складу комісії варто вдосконалити, аби мінімізувати вплив особистих стосунків членів атестаційної комісії на оцінювання діяльності публічного службовця. Механізм атестації доцільно врегулювати актами Кабінету Міністрів України, що надасть їм певної гнучкості, до якої спрямоване законодавство Західної Європи.

---

1. Атаманчук Г.В. Сущность государственной службы: история, теория, закон, практика. – М.: Изд-во РАГС, 2002. – 272 с.
2. Административное прав зарубежных стран: Учебник / Под ред. А.Н. Козырин и М.А. Штатиной. – М.: Спартак, 2003. – 464 с.
3. Государственная служба: теория и организация. Курс лекций. Ростов-на-Дону: "Феникс", 1998. – 640 с.
4. Малиновський В.Я. Державна служба теорія і практика. – К.: Атака 2003.
5. Старилов Ю.Н. Служебное право. Учебник. – М.: БЕК, 1996. – С.399 - 401.
6. Собрание законодательства РФ. М.,.2004, сентябрь, №31, ст.3215 (изм. 06.02.2006, №6, ст. 636; 05.03.2007, №10, ст.1151.
7. Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / За заг. ред. В.П. Тимощука., А.М. Школика – К.: Конус-Ю, 2007. – 735с.

АТТЕСТАЦИЯ ПУБЛИЧНЫХ СЛУЖАЩИХ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В НАЦИОНАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Н. Янюк

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Статья посвящена теоретико-правовых засадам аттестации публичных служащих в Украине. Определено понятие, сущность и процедура проведения аттестации публичных служащих как одного из наиболее эффективных в странах Европы способа повышения профессионально-квалифицированного уровня деятельности публичных служащих. Проанализировано состояние правового регулирования аттестации публичных служащих, на основании чего сделан вывод о существующем пробеле в Законе Украины "О государственной службе" об аттестации.

Сформулирована авторская позиция относительно дальнейшего совершенствования национального законодательства с учётом позитивного опыта регулирования процедуры аттестации публичных служащих у зарубежных странах.

Ключевые слова: аттестация, публичные служащие, оценивание деятельности, аттестационная процедура.

APPRAISAL OF GOVERNMENT OFFICIALS: ISSUES OF LEGAL REGULATION IN NATIONAL LEGISLATION

N. Yanyuk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article is dedicated to the analysis of theoretico-legal basis of government officials appraisal. Notion, essence and procedure of government officials appraisal providing as a method of raising government officials' professionalism, are defined. Amendments to the national legislation, based on the positive experience of appraisal of government officials regulation in foreign countries, are proposed.

Key terms: appraisal, government officials, activity estimation, appraisal procedure.

Стаття надійшла до редколегії: 18.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРІВ ПРО ПЕРЕДАННЯ ПРАВ ЗА ПАЙОВИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ

О. Гнатів

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
gnativ.adv@gmail.com, gnativ_adv@yahoo.com

Дослідженню правове регулювання договорів про передання прав за пайовими цінними паперами. На підставі аналізу чинного законодавства висвітлені суперечності, пов'язані з укладенням договорів про передання прав за пайовими цінними паперами. Сформульовано наукові висновки та пропозиції удосконалення чинного законодавства, яке регулює порядок передання прав за пайовими цінними паперами.

Ключові слова: договори про передання прав за пайовими цінними паперами, пайові цінні папери.

Порядок передання прав за пайовими цінними паперами встановлений чинним законодавством, зокрема, Цивільним, Господарським кодексами України (далі –ЦК та ГК України) та Законом України "Про цінні папери та фондовий ринок". Важливість дослідження цієї наукової проблематики зумовлена необхідністю підвищення ефективності правового регулювання передання прав за пайовими цінними паперами.

У науковій юридичній літературі розгляду таких питань присвятили свої праці такі вчені, як: В.Л. Яроцький, В.М. Коссак та ін.

Метою статті є здійснення детального теоретичного аналізу передання прав за пайовими цінними паперами та визначення перспектив розвитку цивільного законодавства з питань його правового регулювання.

Підставами передання прав за пайовими цінними паперами є договори та інші правочини. Укладенню договору про передання прав за пайовими цінними паперами може передувати інший юридичний факт, наприклад, рішення загальних зборів про внесення цінних паперів до статутного капіталу іншої юридичної особи, рішення органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим (АРК) та місцевого самоврядування про відчуження цінних паперів, що належать державі, АРК або територіальній громаді тощо. Правочини про передання прав за цінними паперами за кількістю сторін поділяють на:

– односторонні – заповіт;
– двосторонні – договір купівлі-продажу прав за пайовими цінними паперами;
– багатосторонні – засновницький договір.

Найпоширенішими підставами передання прав за пайовими цінними паперами є договори. У зв'язку з цим пропонуємо усі договори щодо розпорядження правами за пайовими цінними паперами залежно від мети укладення поділити на дві групи:

1. Цивільно-правові договори, спрямовані на передання прав за пайовими цінними паперами, до яких належать: договір купівлі-продажу, міни, дарування,

© Гнатів О., 2011

довічного утримання (догляду), ренти, спадковий договір, засновницький договір та ін. Цими договорами визначаються умови набуття прав за пайовими цінними паперами [1, с. 17]. Метою укладення цієї групи договорів є передання усього комплексу прав, посвідчених пайовими цінними паперами, іншій особі;

2. Цивільно-правові договори, спрямовані на передання повноважень щодо здійснення прав за пайовими цінними паперами: договір доручення, договір управління майном тощо. Укладаючи ці договори, володілець пайового цінного паперу доручає іншій особі здійснювати права за пайовими цінними паперами (наприклад, брати участь у загальних зборах акціонерного товариства тощо). При цьому, передання прав іншій особі не відбувається.

За загальним правилом договори про передання прав, посвідчених пайовими цінними паперами, будуть двосторонньозобов'язуючими. Договір дарування пайових цінних паперів є одностороннім, за винятком, коли обдаровуваний повинен виконати обов'язок на користь третьої особи вказаної у договорі. Договори про передання прав за пайовими цінними паперами є відплатними, окрім договору дарування.

Договори зазначеної групи, за винятком договору дарування, є консенсуальними, тобто вони вважаються укладеними з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов договору в належній формі. Договір дарування сертифікатів фонду операцій з нерухомістю (далі – ФОН) на пред'явника є реальним, якщо він виконується у момент укладення, тобто, крім випадку, коли він укладається з обов'язком передати дарунок у майбутньому.

Відповідно до ч. 4 ст. 24 Закону України "Про акціонерні товариства" правочини щодо акцій вчиняються у письмовій формі. У ч. 6 ст. 40 Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" зазначено, що договори щодо операцій з сертифікатами ФОН не підлягають нотаріальному посвідченню. Закон України "Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)" не містить вимог відносно форми правочинів про передання прав за пайовими цінними паперами. Відповідно до ч. 1 ст. 206 ЦК України усно вчиняються правочини, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, за винятком тих, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність. Доходимо висновку, що усно можуть вчинятися лише правочини щодо пайових цінних паперів на пред'явника, оскільки здійснення прав за ними не потребує додаткових дій щодо виконання умов договору з боку відчужувача чи інших осіб. Для виникнення прав за цінними паперами на пред'явника достатньо їх вручення. Отож, договори щодо сертифікатів ФОН на пред'явника можуть укладатися в усній формі, якщо інше не встановлено домовленістю між сторонами такого договору.

Спадковий договір, договір ренти та довічного утримання (догляду) підлягають нотаріальному посвідченню, тому моментом їх укладення вважається момент нотаріального посвідчення.

У всіх інших випадках договори про передання прав за пайовими цінними паперами повинні укладатися у письмовій формі. Єдиним правовим наслідком недотримання письмової форми цих договорів є те, що рішення суду в такому випадку не може ґрунтуватися на показаннях свідків. Моментом укладення договору вважатиметься момент підписання сторонами тексту договору чи момент одержання письмової відповіді (акцепту) на оферту. За загальним правилом,

договори про передання прав за пайовими цінними паперами не підлягають нотаріальному посвідченню, якщо сторони не обумовили це у самому договорі. Відповідно до ч. 4 ст. 27 Закону України "Про приватизацію державного майна" від 04 березня 1992 року [2] нотаріальне посвідчення договору є обов'язковим при продажу пакетів акцій, що належать державі, на конкурсних засадах, оскільки такий продаж вважається одним із способів приватизації. В абз. 4 ч. 2 ст. 27 цього ж закону передбачено, що договори про подальше відчуження акцій, обтяжених передбаченими приватизаційними зобов'язаннями, підлягають нотаріальному посвідченню. У такому випадку договір буде укладеним з моменту нотаріального посвідчення.

Порядок укладення договорів про передання прав за пайовими цінними паперами є загальним, тобто включає в себе два етапи – оферту та акцепт, які повинні бути вчинені в письмовій формі. Договори про передання прав за сертифікатами ФОН на пред'явника можуть укладатися в усній формі, отже, у цьому випадку пропозиція укласти договір та її прийняття повинні вчинятися в усній формі.

Укладення договорів про передання прав за пайовими цінними паперами може здійснюватися на конкурентних засадах. Конкурентні способи укладення таких договорів залежно від наявності у законодавстві вимоги щодо обов'язковості їх проведення поділяються на обов'язкові та факультативні. У разі відчуження пакетів акцій, що належать державі, укладення договорів повинно здійснюватися на конкурсних засад (ч. 4 ст. 18 Закону України "Про приватизацію державного майна").

До факультативних конкурентних способів укладення договорів про передання прав за пайовими цінними паперами належать:

– укладення договорів щодо продажу акцій публічного акціонерного товариства, яке здійснюється на фондовій біржі (ч. 1 ст. 24 Закону України "Про акціонерні товариства");
– продаж акцій на аукціонах (ч. 2 ст. 24 Закону України "Про акціонерні товариства").

Для укладення договору купівлі-продажу значного чи контрольного пакета акційнеобхідна згода Антимонопольного комітету України.

У законодавстві України встановлено межі свободи укладення договорів про передання прав за пайовими цінними паперами інститутів спільного інвестування та приватних акціонерних товариств. Забороняється вчиняти правочини з цінними паперами (як інвестиційними сертифікатами, так і акціями) інститутів спільного інвестування інтервального типу протягом інтервалу. Інтервал – це строк, обумовлений у проспекті емісії, протягом якого емітент бере на себе зобов'язання щодо викупу цінних паперів на вимогу інвестора пайового або корпоративного інвестиційного фонду. Винятки з цього правила встановлюються щодо наступних випадків: спадкування, розміщення та викуп емітентом інвестиційних сертифікатів або акцій інститутів спільного інвестування. Інші правочини вважаються нікчемними (ч. 2 ст. 47 Закону України "Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)"). Також забороняється відчуження пайових цінних паперів інститутів спільного інвестування відкритого типу третім особам, крім випадків спадкування та правонаступництва.

За таких обставин викликає сумнів поняття правонаступництва. Те саме питання виникає при здійсненні переважного права придбання акцій приватного акціонерного товариства, що пропонуються їх власником до відчуження третій

особі. Відповідно до ч. 7 ст. 7 Закону України "Про акціонерні товариства" зазначене переважне право акціонерів приватного акціонерного товариства не поширюється на випадки переходу права власності на цінні папери цього акціонерного товариства у порядку спадкування чи правонаступництва. Очевидно, йдеться про припинення юридичної особи з правонаступництвом (власне, саме таке поняття, закріплене у ст. 104 ЦК України, відповідно, його слід використовувати і в інших нормативно-правових актах). Однак застосування терміна "правонаступництво" у цьому випадку є недоцільним, оскільки правонаступництво – це перехід прав та (або) обов'язків від однієї особи до іншої у зв'язку з настанням певних юридичних фактів. Правонаступництво буває двох видів [3, с. 625]:

1. Загальне (універсальне) – коли усі права та обов'язки, за винятком тих, що тісно пов'язані з особою правопопередника, переходять до правонаступника. Прикладом є спадкування.

2. Окреме (сингулярне) – до правонаступника переходять права та обов'язки в межах певного правовідношення. Сингулярне правонаступництво має місце при цесії або при переведенні боргу. Відповідно до ч. 4 ст. 197 ЦК України передання прав за іменними цінними паперами здійснюється у порядку, встановленому для відступлення права вимоги (цесії). Отож, законодавець поширює правове регулювання (правові положення) встановлені для відступлення права вимоги (цесії) на відносини щодо передання прав за іменними цінними паперами, зокрема, норми ст. 519 ЦК України (щодо відповідальності первісного кредитора).

Аналізуючи ст. 7 Закону України "Про акціонерні товариства", доходимо висновку, що законодавець розмежовує переважне право на купівлю акцій, що відчужуються акціонером приватного акціонеру, яке виникає у акціонерів приватного акціонерного товариства у разі відчуження акцій шляхом купівлі-продажу (у тому числі міни), та переважне право акціонерів приватного акціонерного товариства на придбання акцій у разі укладення іншого відплатного договору про передання прав за акціями (придбання можливе лише у разі, коли кожна із сторін має взаємні обов'язки щодо передачі матеріального чи нематеріального оборотоздатного блага, надання послуги, вчинення іншої дії, яка є об'єктом цивільного права [4, с. 54]). Отож, законодавчо розмежовано сферу здійснення кожного із зазначених переважних прав. Однак, ні переважне право купівлі, ні переважне право придбання не поширюються на відносини дарування, спадкування та припинення юридичної особи з правонаступництвом.

У разі порушення переважного права купівлі акцій акціонер приватного акціонерного товариства може вимагати переведення на нього прав сторони – набувача акцій. Переведення прав набувача може вимагати також емітент пайових цінних паперів інститутів спільного інвестування відкритого типу у разі порушення вимог ч. 4 ст. 47 Закону України "Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)". Цю норму можна застосувати лише, якщо укладено договір купівлі-продажу або міни. На останню поширюються норми, які регулюють купівлю-продаж, якщо це не суперечить суті договору. При укладенні зазначених договорів з порушенням вимог ст. 7 Закону України "Про акціонерні товариства" та ст. 47 Закону України "Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)" продавець відповідно до ст. 659 ЦК України повинен попередити покупця про права третіх осіб (права інших акціонерів приватного акціонерного товариства, самого приватного акціонерного товариства чи права емітента цінних паперів інститутів спільного

інвестування відкритого типу) на пайові цінні папери. І у разі пред'явлення позову будь-ким з перелічених осіб до продавця застосовуватимуться положення ст. ст. 660 – 661 ЦК України.

Сторонами договору про передання прав за пайовими цінними паперами можуть бути будь-які учасники цивільних відносин, крім випадків, передбачених законодавством. Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 32 ЦК України неповнолітня особа (особа, яка досягла чотирнадцятирічного віку) має право бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи. У Законі України "Про акціонерні товариства" немає застереження щодо віку, з якого фізична особа може бути засновником (акціонером) акціонерного товариства. Крім цього, згідно ч. 2 ст. 167 ГК України володіння корпоративними правами не вважається підприємництвом. На думку професора В.М. Коссака, неповнолітні можуть здійснювати корпоративне право, якщо немає заборони у законодавстві й передбачено засновницькими документами. Стосовно відчуження корпоративного права (акцій, частки у статутному капіталі) необхідна згода батьків, піклувальників, усиновлювачів [5, с. 23]. Справді, ЦК України надає неповнолітній особі можливість самостійно здійснювати права засновника (учасника), а також корпоративні права. Однак, під час укладення договору про передання прав за пайовими цінними паперами відбувається передання майнових прав, а відповідно до ст. 71 ЦК України та ч. ч. 2, 3 ст. 177 Сімейного кодексу України (далі – СК України) [6] батьки (опікуни) можуть відмовитися від майнових прав дитини, а батьки неповнолітньої дитини, піклувальник – дати згоду на вчинення відповідного правочину лише з дозволу органів опіки та піклування. Отож, доходимо висновку, що неповнолітня особа може укладати договори про передання прав за пайовими цінними паперами лише за наявності згоди батьків (усиновлювачів, піклувальників) та дозволу органу опіки та піклування. Відчужувачем та набувачем у спадковому договорі [7, с. 7] та набувачем у договорі довічного утримання можуть бути лише ті фізичні особи, які є повнолітніми та наділені повною цивільною дієздатністю. До досягнення цього віку дитина може набувати прав, посвідчених пайовими цінними паперами, через законних представників, а також у випадку дарування або спадкування. Відповідно до ст. 65 СК України, якщо придбання прав за пайовими цінними паперами здійснюється за спільні кошти подружжя, для укладення договору необхідна згода іншого з подружжя. Така ж згода необхідна при відчуженні пайових цінних паперів. У такому випадку вважається, що інший з подружжя діє в інтересах сім'ї, тому цей договір створює обов'язки для другого з подружжя.

У випадках, передбачених законодавством та установчими документами акціонерного товариства, встановлюється межа свободи вибору контрагента у договорі про передання прав за пайовими цінними паперами, тобто цією межею є переважне право на придбання та переважне право купівлі акцій приватного акціонерного товариства. У цьому випадку акції, які відчужуються акціонером приватного акціонерного товариства, повинні бути запропоновані іншим акціонерам цього товариства. У разі порушення переважного права акціонер може вимагати у судовому порядку переведення на нього прав та обов'язків покупця акцій.

Зміст договорів про передання прав за пайовими цінними паперами складають його умови. Істотною умовою договору про передання прав, посвідчених пайовими цінними паперами, є предмет. Предметом договору є права, посвідчені пайовим цінним папером, набуття яких має на меті особа, укладаючи договір про передання

прав за цінними паперами, оскільки цінний папір слугує способом фіксації цих прав [8, с. 53]. Предмет правочину може мати додаткові характеристики, які визначатимуть зміст та обсяг відповідних прав. Такими характеристиками є права, які посвідчуються певним типом та класом акцій, кількість (пакет) пайових цінних паперів, наявність інших обставин, що тимчасово унеможливлюють здійснення окремих прав, посвідчених пайовими цінними паперами. Наприклад, п. 3 ч. 4 ст. 30 Закону України "Про акціонерні товариства" передбачає, що у разі відчуження акціонером належних йому акцій після дати складення переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, але раніше дати виплати дивідендів, право на отримання дивідендів залишається в особи, зазначеної у такому переліку . На нашу думку, у договорі про передання прав за пайовими цінними паперами обов'язково повинен зазначатися перелік прав, посвідчених пайовими цінними паперами. Отож, за відсутності паперового носія неможливо відобразити іншим чином зміст прав, які інкорпоровані у цінний папір.

Обов'язкове укладення договору купівлі-продажу акцій можливе у таких випадках:

- якщо йдеться про обов'язковий викуп акціонерним товариством акцій на вимогу акціонера за підстав, зазначених у ч. ч. 1, 2 ст. 68 Закону України "Про акціонерні товариства";
- у разі прийняття акціонерами пропозиції особи (осіб, що діють спільно), яка придбала контрольний пакет акцій, про придбання належних їм акцій (ст. 65 Закону України "Про акціонерні товариства");
- закінчення річного строку з дня прийняття загальними зборами акціонерів рішення про викуп товариством власних акцій, за яким товариство зобов'язалося викупити свої акції (ч. 3 ст. 66 Закону України "Про акціонерні товариства").

При обов'язковому викупі акцій істотною умовою договору буде ціна, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 69 Закону України "Про акціонерні товариства" вона не може бути меншою, ніж ринкова вартість акцій, визначена у порядку, передбаченому ст. 8 зазначеного закону.

Укладення договорів про передання прав за пайовими цінними паперами на конкурсних засадах здійснюється відповідно до Наказу Фонду державного майна (далі – ФДМ) України від 31 серпня 2004 р. [9]. Зазначимо, що на конкурсних засадах може здійснюватися укладення лише договору купівлі-продажу акцій. Договір купівлі-продажу прав за акціями укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню і повинен відповідати типовому договору, рекомендованого ФДМ України. Договір купівлі-продажу акцій є договором приєднання, оскільки ФДМ України визначає остаточний варіант договору і розсилає його потенційним покупцям, які не можуть змінювати зазначені умови договору.

Продаж акцій за конкурсом здійснюється єдиним пакетом акцій відповідно до затвердженого органом приватизації плану. При цьому, строк виконання умов конкурсу не може тривати більше п'яти років із дня підписання договору купівлі-продажу. Проведення конкурсу може здійснюватися за участю радника – юридичної особи (або об'єднання юридичних осіб), яка за договором з державним органом приватизації бере на себе зобов'язання щодо надання послуг з підготовки об'єкта до приватизації, пошуку потенційних покупців та організації продажу пакета акцій. За своєю правовою природою це агентський договір. Публікація оголошення про проведення конкурсу з продажу пакетів акцій, за своєю суттю, є публічним запрошенням до оферти. Наявні два види конкурсів:

1. Звичайний (закритий) – спосіб продажу акцій акціонерного товариства, за яким переможцем визнається учасник, який запропонував найвищу ціну за пакет акцій і взяв зобов'язання виконати всі фіксовані умови конкурсу. Конкурсна комісія на підставі пропозицій учасників конкурсу визначає переможця, а у випадку, коли є кілька осіб, які запропонували однакову ціну, переможцем визнається учасник, який першим подав пропозицію;

2. Конкурс з використанням відкритості пропонування ціни за принципом аукціону (публічний, відкритий) – конкурентний спосіб продажу акцій акціонерного товариства, за яким переможцем визнається учасник, який у процесі відкритого пропонування ціни запропонував найвищу ціну за пакет акцій і взяв зобов'язання виконати всі фіксовані умови конкурсу. Після оголошення конкурсною комісією усіх конкурсних пропозицій ціни конкурс проводиться у вигляді торгів "з голосу" ліцитатором. Початком торгів уважається момент оголошення ліцитатором найвищої ціни, запропонованої учасниками у конкурсній пропозиції ціни, яка вважається початковою ціною торгів. Збільшення ціни здійснюється учасниками згідно з кроком, який установлюється конкурсною комісією, але не може бути меншим за 1% від початкової вартості пакета акцій.

Істотні умови договору купівлі-продажу прав за пайовими цінними паперами чітко визначені законодавством України. До них слід віднести: предмет договору; ціна пакета акцій, яку зобов'язується сплатити покупець; строки оплати пакета акцій (50 відсотків вартості пакета акцій сплачується протягом 30 календарних днів з моменту підписання договору, а залишок – не пізніше 60 календарних днів з моменту підписання договору купівлі-продажу); відповідальність сторін за невиконання обов'язків; правові наслідки невиконання обов'язків; порядок здійснення сторонами контролю дотримання умов договору; порядок вирішення спорів; форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили). Крім цього, до договору купівлі-продажу обов’язково включаються обов'язки продавця та покупця, у тому числі зобов'язання покупця не здійснювати подальшого відчуження окремих частин пакета акцій до повного виконання покупцем умов договору купівлі-продажу об'єкта приватизації (мораторій на часткове відчуження пакета акцій до повного виконання умов договору), а також не здійснювати подальше відчуження об'єкта приватизації без збереження для нового власника зобов'язань, визначених умовами конкурсу.

Продавцем завжди буде держава в особі органу приватизації – ФДМ України. Учасником конкурсу, а у випадку перемоги покупцем, можуть бути фізичні та юридичні особи, які відповідають спеціальним вимогам, передбаченим чинним законодавством України, подали відповідні документи, на підставі чого допущені до участі у конкурсі, та уклали договір про конфіденційність наданої їй інформації про товариство. Перелік вимог до учасників конкурсу та документів, що ними подаються може відрізнятися залежно від пакету акцій, належності акціонерного товариства до товариств, що мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави. Учасник може відмовитись від участі у конкурсі не пізніше останнього дня строку приймання документів. Повторний продаж пакету акцій допускається у разі відсутності пропозицій щодо укладення договору. У такому випадку початкова вартість пакету акцій за рішенням конкурсної комісії може бути зменшена не більше ніж на 30 відсотків від початкової вартості за попереднім конкурсом, який не відбувся.

Договір купівлі-продажу прав за пайовими цінними паперами може укладатися за результатами проведення аукціону. Аукціон – спосіб продажу акцій,

який полягає у переданні прав власності покупцеві, який запропонував у ході торгів найвищу ціну [10]. Відповідно до ч. 2 ст. 24 Закону України "Про акціонерні товариства" акції приватного акціонерного товариства не можуть купуватися та/або продаватися на фондовій біржі, за винятком продажу шляхом проведення на біржі аукціону. Можливість проведення аукціону як способу продажу акцій, що перебувають у державній власності, передбачено п. 2 ч. 1 ст. 15 Закону України "Про приватизацію". У разі купівлі однією особою кількох лотів акцій одного підприємства укладається один договір купівлі-продажу на загальну кількість придбаних акцій. На підставі довіреності від імені продавця договір купівлі-продажу підписує голова аукціонної комісії та скріпляє його печаткою продавця. Договір купівлі-продажу підлягає нотаріальному посвідченню протягом трьох робочих днів з дня проведення аукціону за рахунок покупця.

Продаж акцій публічного акціонерного товариства може здійснюватися на фондовій біржі, на якій це товариство пройшло процедуру включення акцій до біржового списку. Тому на такі договори будуть поширюватися вимоги щодо біржових угод. Біржова угода – зафіксоване фондовою біржею одночасне прийняття учасниками біржових торгів прав і зобов'язань щодо купівлі-продажу за відповідними цінними паперами та іншими фінансовими інструментами, які виникають унаслідок співставлення умов зареєстрованих фондовою біржею заявок на купівлю із заявками на продаж цих учасників торгів [11]. Ознаками біржових угод, спрямованих на передання прав за пайовими цінними паперами, є:

1. Біржова угода є договором купівлі-продажу (міни). На виконання кожної біржової угоди обов’язково укладається біржовий контракт, який повинен бути стандартним. Біржова угода є договором про приєднання та публічним договором в межах конкретної фондової біржі, оскільки учасник біржових торгів бере на себе зобов'язання укласти біржову угоду з будь-яким учасником, який до нього звернеться. Біржова угода не підлягає нотаріальному посвідченню, але повинна бути зареєстрована на фондовій біржі.

2. Біржова угода може бути укладена лише в межах фондової біржі в ході біржових торгів. Біржові торги – організоване укладання на фондовій біржі угод щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів відповідно до законодавства та правил фондової біржі. Заявка учасника біржових торгів є офертою, оскільки містить усі передбачені вимоги до пропозиції укласти договір. Біржова угода не може укладатися за заявками, які подає один учасник біржових торгів, за винятком випадків, коли учасник подає заявки на купівлю та продаж цінних паперів та інших фінансових інструментів в інтересах різних його клієнтів;

3. Біржова угода може укладатися лише серед членів фондової біржі, крім винятків передбачених законодавством України. До таких випадків належить продажу пакетів акцій, що належать державі. У цьому разі право оголошувати заявки та укладати біржові угоди з метою реалізації своїх повноважень надається згідно з правилами фондової біржі іншим особам та державним органам [12]. Членами фондової біржі можуть бути лише торговці цінними паперами, які входять не менш як до однієї саморегулівної організації (неприбуткового об'єднання учасників фондового ринку, які провадять професійну діяльність на фондовому ринку з торгівлі цінними паперами, управління активами інституційних інвесторів, депозитарну діяльність (діяльність реєстраторів та зберігачів), утворене відповідно до критеріїв та вимог, установлених Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку [13]), одержав у встановленому законом порядку ліцензію ДКЦПФР та набув у встановленому порядку статусу члена фондової

біржі. Торговець цінними паперами – це господарські товариства, які мають статутний капітал, не менше визначеного законом мінімального розміру, для яких операції з нерухомістю є виключним видом діяльності, а також банки. Отож, торговці цінними паперами мають спеціальну правоздатність. Торговці цінними паперами беруть участь у біржових торгах лише через уповноважених представників учасників торгів, які мають сертифікат фахівця з торгівлі цінними паперами, отриманий у встановленому законодавством порядку. Акціонер чи акціонерне товариство можуть брати участь у біржових торгах, а також укладати біржові угоди лише шляхом уповноваження торговця цінними паперами на підставі відповідного договору. На нашу думку, у Законі України "Про акціонерні товариства" доцільно закріпити норму, за якою фондовою біржею, на якій публічне акціонерне товариство пройшло процедуру включення акцій до біржового списку, може надаватися право оголошувати заявки та укладати біржові угоди акціонерам цього товариства з метою купівлі або придбання акцій такого товариства;

4. Істотними умовами є предмет та ціна. Предметом договору є лістингові (цінні папери, що пройшли процедуру лістингу на фондовій біржі, внесені до біржового реєстру як такі, що відповідають вимогам відповідного рівня лістингу, відповідно до законодавства України та правилами фондової біржі). Отож, біржові угоди щодо акцій мають свої особливості, які не відображені у спеціальних нормативно-правових актах ДКЦПФР. Тобто предметом є лише ті пайові цінні папери, які допущені до біржових торгів. Ціна договору визначається шляхом котирування цінних паперів – механізм визначення та/або фіксації ринкової вартості цінного паперу.

Продаж при зверненні стягнення на пайові цінні папери здійснюється за рішенням суду без посередництва торговців цінними паперами. У разі виникнення права звернення стягнення на акції приватного акціонерного товариства у зв'язку з їх заставою, відчуження таких акцій здійснюється з дотриманням переважного права акціонерів на придбання цих акцій. Передання прав за пайовими цінними паперами у цьому випадку здійснюється без згоди особи, якій вони належать, спеціалізованими організаціями, які залучаються на тендерній (конкурсній) основі, на підставі договорів між Державною виконавчою службою та спеціалізованими організаціями шляхом його продажу на прилюдних торгах, аукціонах [14]. Відповідно до цього, договір укладатиметься з особою, що в процесі торгів запропонує найвищу ціну, яка вважатиметься істотною умовою.

У законодавстві України передбачено особливості укладення та здійснення окремих видів купівлі-продажу пайових цінних паперів. До різновидів договору купівлі-продажу, на підставі яких здійснюється передання прав за пайовими цінними паперами, належать: договір про конвертацію цінних паперів, дилерський договір та договір на виконання (цей договір укладається на виконання договору про надання послуг торговця цінними паперами).

Відповідно до Положення про депозитарну діяльність, затвердженого ДКЦПФР від 17 жовтня 2006 р., конвертація – обмін емітентом цінних паперів одного випуску на цінні папери іншого випуску згідно з умовами їх випуску [15]. За своєю правовою природою конвертація пайових цінних паперів є договором міни. Конвертація має місце у наступних випадках: конвертація привілейованих акцій одного класу на привілейовані акції іншого класу акціонерного товариства; при консолідації або дробленні акцій; при припиненні акціонерного товариства з правонаступництвом; при виділі акціонерного товариства.

Законодавство України забороняє конвертацію:

– простих акцій товариства у привілейовані акції або інші цінні папери акціонерного товариства;
– акцій товариств, що беруть участь у злитті, приєднанні, поділі, виділі, перетворенні, власниками яких є акціонери, котрі звернулися до акціонерного товариства з вимогою про обов'язковий викуп належних їм акцій та які мають таке право.

При конвертації акції можуть обмінюватися на частки (паї) підприємницького товариства-правонаступника, які розподіляються серед його учасників.

До договорів про передання прав за пайовими цінними паперами належить дилерський договір, який розглядається як різновид купівлі-продажу. Дилерський договір – договір купівлі-продажу (міни) цінних паперів, що укладається торговцем від свого імені та за свій рахунок, крім випадків, передбачених законом [16]. Ознаки:

1. спеціальна мета договору – перепродаж цінних паперів;

2. спеціальний суб'єктний склад – однією із сторін завжди буде торговець цінними паперами;

3. укладається лише у межах організованого ринку цінних паперів – або фондового, або позабіржового. Якщо дилерський договір укладається на біржі, він повинен відповідати ознакам біржової угоди;

4. форма дилерського договору – проста письмова, проте він підлягає реєстрації у журналі внутрішнього обліку, який ведеться торговцем цінними паперами, не пізніше наступного дня після укладення. Крім цього, допускається укладення дилерських договорів в електронній формі за допомогою засобів інформаційних, телекомунікаційних, інформаційно-телекомунікаційних систем або шляхом відправлення електронних носіїв, на яких записано цей документ. Отож, оригіналом електронного документа вважатиметься електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним цифровим підписом автора. Електронний цифровий підпис – вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору або логічно з ним поєднується і дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача (електронний цифровий підпис накладається за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа) [17]. Моментом укладення договору буде час надходження авторові повідомлення в електронній формі від адресата про одержання цього електронного документа автора, якщо інше не передбачено законодавством чи попередньою домовленістю між суб'єктами електронного документообігу [18];

5. укладення договорів може здійснюватися торговцем цінними паперами на всій території України через своїх працівників, які здійснюють операції з цінними паперами, та обов'язково повинні бути сертифікованими в установленому порядку та діяти на підставі відповідної довіреності;

6. торговцям цінними паперами забороняється укладення торговцем договорів щодо перепродажу (міни) цінних паперів власного випуску. Оскільки торговці цінними паперами створюються у формі господарських товариств, не допускається укладення дилерських договорів з метою перепродажу власних акцій;

7. предметом дилерського договору є купівля, продаж або міна цінних паперів. Без участі торговця цінними паперами можуть здійснюватися наступні правочини: дарування, рента, довічне утримання, спадковий договір, спадкування, операції, пов'язані з виконанням рішення суду, придбання акцій відповідно до законодавства про приватизацію;

8. законодавством чітко встановлено обов'язкові реквізити дилерського договору та його істотні умови. До таких умов відносяться: предмет договору; ціна договору; умови і строк оплати цінних паперів; умови, порядок і строк здійснення переходу прав власності на цінні папери; строк дії договору (у разі укладання строкового договору); порядок зміни умов договору; умови дострокового розірвання договору.

Договір на виконання договору про надання послуг торговця цінними паперами – це договір купівлі-продажу (міни) цінних паперів, який укладається торговцем з третьою особою на виконання умов договору (комісії, доручення, андеррайтингу, договору управління) та разового замовлення. Ознаки зазначеного договору є подібними до ознак дилерського договору, відмінність полягає у спеціальній меті укладення договору – реалізація своїх повноважень, наданих довірителем у межах договірних конструкцій про надання послуг (комісія, доручення, андеррайтинг, управління майном) або на підставі разового замовлення. Якщо договір здійснюється на виконання договору доручення торговець цінними паперами буде не стороною у договорі, але буде суб'єктом зазначених відносин як повірений особи.

До договорів про передання прав за пайовими цінними паперами також належить засновницький договір. Засновницький договір – це договір, відповідно до якого засновники юридичної особи беруть на себе зобов'язання щодо її створення. Такий договір повинен бути укладеним у письмовій формі. У випадку, коли він виступає установчим документом, відповідно до ч. 5 ст. 8 Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців", такий договір повинен бути нотаріально посвідченим. У засновницькому договорі повинні визначатися умови передання товариству прав за пайовими цінними паперами засновниками: реквізити ідентифікації цінного папера, кількість цінних паперів; умови, порядок і строк здійснення переходу прав власності на цінні папери. Зокрема, при внесені пайових цінних паперів бездокументарної форми у статутний капітал повинен відкриватися тимчасовий рахунок у цінних паперах, доки не буде відкрито рахунок для новоствореної юридичної особи, за аналогією з внеском у грошових коштах. У законодавстві України містяться обмеження щодо формування статутного капіталу окремих суб'єктів господарювання цінними паперами. Ці обмеження підлягають обов'язковому врахуванню при укладенні засновницького договору.

Момент передання прав за пайовими цінними паперами за договором відрізняється залежно від форми пайових цінних паперів, зокрема:

– вручення сертифікатів ФОН на пред'явника;
– зарахування іменних пайових цінних паперів у бездокументарній формі на рахунок у цінних паперах набувача.

Договори про передання прав, посвідчених пайовими цінними паперами є лише однією із підстав передання цих прав. Договори про передання прав за пайовими цінними паперами мають свої особливості, які обумовлені, насамперед, специфікою предмета договору, яким виступають права, посвідчені цінними паперами. З огляду на це, кожен із договорів, що опосередковує передання прав за пайовими цінними паперами, має особливості порядку укладення та змісту, але для них є характерною ознакою є наявність спільної мети – набуття прав, посвідчених пайовими цінними паперами.

---

1. Назарчук І.Р. Правові основи формування та функціонування ринку цінних паперів в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 "цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / І.Р. Назарчук. – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – 1996. – 30 с.

2. Про приватизацію державного майна: Закон України від 04 березня 1992 року / Відомості Верховної Ради України від 16. 06. 1992 – 1992 р. – № 24. – Ст. 348.
3. Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов / Под общ. ред. акад. РАН, д-ра юрид. наук, проф. В. С. Нерсесянца. – 2-е изд., изм. и доп. / Д. В. Дождев. – М. : Норма, 2006. – 784 с.
4. Бервено С. М. Проблеми договірного права України: : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец. 12.00.03 “цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / С. М. Бервено. – К. : Академія правових наук України; НДІ приватного права і підприємництва. — 2006. — 440 с.
5. Коссак В. М. Особливості захисту корпоративних прав малолітніх і неповнолітніх акціонерів / В. М. Коссак // Проблеми здійснення охорони прав учасників цивільних правовідносин: збірник – Макіївка – Харків, 2007. – С. 20–23.
6. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року. – Офіційний вісник України від 01. 03. 2002 – 2002 р. – № 7. – 1 с., Ст. 273.
1. Шама Н.П. Спадковий договір в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 “цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право” / Н. П. Шама. – Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка. – 2008. – 16 с.
2. Яроцький В. Правовий зв’язок документа і визначеного його змістом майнового права як ознака цінних паперів: ретроспектива і сучасний підхід / В. Яроцький // Право України. – 2004. – № 3. – С. 49 – 55.
3. Наказ Фонду державного майна України “Про затвердження Положення про порядок проведення конкурсів з продажу пакетів акцій акціонерних товариств” від 31 серпня 2004 року. – Офіційний вісник України від 14. 01. 2005 – 2004 р. – № 52, / ОВУ (ДІ), N 11 / Т 2 – 205. – 869 с., Ст. 3494.
4. Наказ Фонду державного майна України “Про затвердження Положення про порядок продажу пакетів акцій відкритих акціонерних товариств за кошти на відкритих грошових регіональних аукціонах через Державну акціонерну компанію “Національна мережа аукціонних центрів” від 08 вересня 2000 року – Офіційний вісник України, 2000. – № 39. – Ст. 1668.
5. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку "Про затвердження Положення про функціонування фондових бірж" від 19 грудня 2006 року. – Офіційний вісник України, 2007. – № 5. – Ст. 186.
6. Наказ Фонду державного майна України "Про затвердження Положення про порядок продажу на фондовій біржі пакетів акцій, що належать державі, ВАТ" від 11 листопада 1996 року. – Офіційний вісник України, 1997. – № 10. – Ст. 203.
7. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку "Про затвердження Положення про саморегулівні організації професійних учасників фондового ринку" від 17 лютого 2009 року. – Офіційний вісник України, 2009. – № 41. – Ст. 1380.
8. Закон України "Про виконавче провадження" від 21 квітня 1999 року. – Офіційний вісник України, 1999. – № 19. – Ст. 194.
9. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку "Про затвердження Положення про депозитарну діяльність" від 17 жовтня 2006 року. – Офіційний вісник України, 2006. – № 49. –Ст. 89.
10. Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку "Про затвердження Правил (умов) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами" від 12 грудня 2006 року. – Офіційний вісник України, 2007. – № 6. – Ст. 235.

11. Закон України "Про електронний цифровий підпис" від 22 травня 2003 року. – Офіційний вісник України, 2003. – № 25. – Ст. 1175.
12. Закон України "Про електронні документи та електронний документообіг" від 22 травня 2003 року. – Офіційний вісник України, 2003. – № 25. – Ст. 1174.

ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРОВ О ПЕРЕДАЧЕ ПРАВ ПО ПАЕВЫМ ЦЕННЫМ БУМАГАМ

О. Гнатив

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
gnativ.adv@gmail.com, gnativ_adv@yahoo.com

Статья посвящена исследованию правового регулирования договоров о передаче прав по паевым ценным бумагам. На основе анализа действующего законодательства освещены противоречия, связанные с заключением договоров о передаче прав по паевым ценным бумагам. У статье сформулированы научные выводы и предложения по совершенствованию действующего законодательства, регулирующего порядок передачи прав по паевым ценным бумагам.

Ключевые слова: договоры о передаче прав по паевым ценным бумагам, паевые ценные бумаги.

PECULIARITIES OF CESSION OF RIGHTS AGREEMENTS UNDER THE PARTIAL SECURITIES

O. Gnativ

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: gnativ.adv@gmail.com; gnativ_adv@yahoo.com

The article is devoted to legal regulation of cession of rights agreements under the partial securities. Following on from current legislation analysis, controversies, connected with making of cession of rights agreements under the partial securities are highlighted. Conclusions and propositions aimed at current legislation improvement on cession of rights agreements under the partial securities are presented.

Key words: agreements of cession of rights agreements under the partial securities, partial securities.

Стаття надійшла до редколегії: 24.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ОСОБЛИВОСТІ ВЧИНЕННЯ НОТАРІАЛЬНИХ ДІЙ ПОСАДОВИМИ ОСОБАМИ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ.

М. Долинська

Головне управління юстиції у Львівський області,
начальник відділу нортаріату

У статті долсліджується особливості вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядування.

Ключові слова: посадова особа органу місцевого самоврядування, вчинення нотаріальних дій, посвідчення заповітів, довіреностей, обмеження у вчиненні нотаріальних дій.

Відповідно до статті 1 Закону України „Про нотаріат” [1] у населених пунктах, де немає нотаріусів, нотаріальні дії вчиняють посадові особи органів місцевого самоврядування.

Компетенцію названих осіб, щодо вчинення ними нотаріальних дій передбачено у статті 37 Закону України „Про нотаріат”.

У населених пунктах, де немає нотаріусів уповноважені на це посадові особи органу місцевого самоврядування вчиняють такі нотаріальні дії:

– вживають заходів щодо охорони спадкового майна;
– посвідчують заповіти (крім секретних);
– видають дублікати посвідчених ними документів;
– засвідчують вірність копій (фотокопій) документів і виписок з них;
– засвідчують справжність підпису на документах.

При цьому наголошуємо на тому, що посадові особи органів місцевого самоврядування не мають права оформляти документи, призначені для використання за межами кордону.

Відповідно до Закону України № 1055-17 від 03 березня 2009 року “Про внесення змін до статті 245 Цивільного кодексу України щодо повноважень посадових осіб органів місцевого самоврядування по вчиненню дій, прирівняних до нотаріальних”, а також пункту четвертого частини другої статті 40 Закону України “Про нотаріат” в редакції Закону N 1054-VI від 03.03.2009 довіреності осіб, які проживають у населених пунктах, де немає нотаріусів, посвідчені уповноваженою на це посадовою особою органу місцевого самоврядування, крім довіреностей на право розпорядження нерухомим майном, довіреності на управління і розпорядження корпоративними правами та довіреностей на користування та розпорядження транспортними засобами.

Звертаємо увагу на те, що посадові особи органів місцевого самоврядування посвідчуються довіреності лише від громадян, які проживають на території сільської чи селищної ради та не мають право посвідчувати довіреності від юридичних осіб.

У відповідності із статтею 7 Закону "Про нотаріат" посадові особи виконавчих комітетів, які вчиняють нотаріальні дії, у своїй діяльності керуються законами України, постановами Верховної Ради України, указами і розпорядженнями Президента України, постановами і розпорядженнями Кабінету Міністрів України, а на території Республіки Крим, крім того, - законодавством Республіки Крим, наказами Міністра юстиції України, нормативними актами обласних, Київської та

© Долинська М., 2011

Севастопольської міських державних адміністрацій, зокрема, Інструкцією про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України, затвердженою наказом Міністретства юстиції України N 22/5 від 25 серпня 1994 року, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 26 жовтня 1994 року N 256/466 [2].

Нотаріальні дії у виконавчих комітетах сільських, селищних, міських Рад вчиняють посадові особи, на яких за рішенням виконавчого комітету відповідної ради покладено вчинення цих дій. Вказані посадові особи виконавчих комітетів, які вчиняють нотаріальні дії, зобов'язані додержувати таємниці цих дій.

Обов'язок додержання таємниці вчинюваних нотаріальних дій поширюється також на осіб, яким про вчинені нотаріальні дії стало відомо у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків. Особи, винні в порушенні таємниці вчинюваних нотаріальних дій, несуть відповідальність у порядку, встановленому законодавством України.

Слід зазначити, що відповідно до статті 9 Закону "Про нотаріат" посадова особа органу місцевого самоврядування, яка вчиняє нотаріальні дії, не вправі вчиняти нотаріальні дії на своє ім'я і від свого імені, на ім'я і від імені свого чоловіка чи своєї дружини, їх та своїх родичів (батьків, дітей, онуків, діда, баби, братів, сестер), а також на ім'я та від імені працівників даного органу місцевого самоврядування. Також посадові особи не вправі вчиняти нотаріальні дії також на ім'я і від імені цього органу місцевого самоврядування. У зазначених випадках нотаріальні дії вчиняються державною нотаріальною конторою, приватним нотаріусом чи у будь-якому органу місцевого самоврядування іншої сільської, селищної, міської ради. Наголошуємо, що нотаріальні і прирівняні до них дії, вчинені з порушенням встановлених правил, є недійсними.

Посадові особи виконавчих комітетів зобов'язані сприяти громадянам, підприємствам установам і організаціям у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів, роз'яснювати права і обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду.

У відповідності із статтею 15 Закону "Про нотаріат" мова нотаріального діловодства визначається статтею 20 Закону "Про мови в Українській РСР". Якщо особа, яка звернулась за вчиненням нотаріальної дії, не знає мови, якою ведеться діловодство, тексти оформлюваних документів мають бути перекладені їй посадовою особою виконавчого комітету, яка вчиняє нотаріальну дію, або перекладачем, про що зазначається в посвідчувальному написі. Особа, що не володіє мовою, якою виготовлений документ, підписується тією мовою, яку вона знає.

Нотаріальні дії вчиняються в приміщенні органу місцевого самоврядування. Однак. в окремих випадках, коли фізична особа не може з'явитися в зазначене приміщення, а також коли того вимагають особливості посвідчуваного заповіту нотаріальні дії можуть бути вчинені поза вказаними приміщеннями, але в межах території діяльності органу місцевого самоврядування.

Якщо нотаріальна дія вчиняється поза приміщенням, то у посвідчувальному написі та в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій записується місце вчинення нотаріальної дії (удома, у лікарні, за місцезнаходженням юридичної особи тощо) із зазначенням адреси, а також причин, з яких нотаріальна дія була вчинена поза вказаними приміщеннями.

Посадова особа органу місцевого самоврядування відмовляє у вчиненні нотаріальної дії у таких випадках:

– вчинення такої дії суперечить законові;
– дія підлягає вчиненню нотаріусом або посадовою особою іншого органу місцевого самоврядування;
– з проханням про вчинення нотаріальної дії звернулася недієздатна особа, особа, цивільна дієздатність якої обмежена або представник, який не має необхідних повноважень;

Також посадова особа, яка вчиняє нотаріальні дії, не приймає для вчинення нотаріальних дій документи, якщо вони не відповідають вимогам законодавства або містять відомості, що паплюжать честь і гідність людини.

За загальним правилом нотаріальні дії вчиняються в день подачі всіх необхідних документів після оплати цієї дії.

Наголошуємо на тому, що згідно з вимогами частини 1 статті 43 Закону України "Про нотаріат", не допускається вчинення нотаріальної дії у разі відсутності осіб - її учасників або їх уповноважених осіб.

Посадові особи при вчиненні нотаріальних дій встановлюють особу учасників цивільних відносин, які особисто звернулися за вчиненням нотаріальних дій, тобто зобов'язані пересвідчитися в тому, що саме ця особа є зацікавленою особою і саме щодо неї вчиняється нотаріальна дія.

Також однією з умов посвідчення правочинів, в тому числі заповітів, є перевірка дієздатності фізичних осіб, а також дієздатності та правоздатності юридичних осіб.

При посвідченні заповітів перевіряється справжність підписів громадян, які звернулись за вчиненням нотаріальної дії.

Нотаріально посвідчувані заповіти підписуються лише у присутності посадової особи, яка вчиняє нотаріальну дію.

Якщо фізична особа внаслідок фізичної вади, хвороби або з інших поважних причин не може власноручно підписати заповіт, довіреність, заяву чи інший документ, то за її дорученням і в її присутності та в присутності посадової особи органу місцевого самоврядування, яка вчиняє нотаріальні дії, заповіт, заяву чи інший документ може підписати інший громадянин. Про причини, з яких фізична особа, зацікавлена у вчиненні нотаріальної дії, не могла підписати документ, зазначається у посвідчувальному написі.

Наголошуємо, що заповіт не може підписувати особа, на користь якої його посвідчено.

Якщо фізична особа, яка звернувся за вчиненням нотаріальної дії, неписьменна або сліпа, посадова особа виконавчого комітету, крім того, зобов'язана прочитати йому текст документа і зробити про це на документі відмітку. Якщо сліпа особа письменна, то вона сама підписує документ.

Якщо глуха, німа або глухоніма особа, що звернулася за вчиненням нотаріальної дії, письменна, то вона сама прочитує документ і власноручно підписує його. Однак, якщо така особа неписьменна, то при вчиненні нотаріальної дії обов'язково повинна бути присутня письменна особа, яка може порозумітися з ним і засвідчити своїм підписом, що зміст заповіту, довіреності, заяви чи іншого документа відповідає волі учасника нотаріального процесу.

Згідно зі статтею 46 Закону "Про нотаріат" нотаріуси або посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, вправі витребувати від підприємств, установ і організацій відомості та документи, необхідні для вчинення нотаріальних дій.

Відповідні відомості і документи повинні бути подані в строк, що не може перевищувати одного місяця.

Слід зазначити, що відповідно до статті 9 Закону "Про нотаріат" посадова особа органу місцевого самоврядування, яка вчиняє нотаріальні дії, не вправі вчиняти нотаріальні дії на своє ім'я і від свого імені, на ім'я і від імені свого чоловіка чи своєї дружини, їх та своїх родичів (батьків, дітей, онуків, діда, баби, братів, сестер), а також на ім'я та від імені працівників даного органу місцевого самоврядування. Також посадові особи не вправі вчиняти нотаріальні дії також на ім'я і від імені цього органу місцевого самоврядування. У зазначених випадках нотаріальні дії вчиняються державною нотаріальною конторою, приватним нотаріусом чи у будь-якому органу місцевого самоврядування іншої сільської, селищної, міської ради. Наголошуємо, що нотаріальні і прирівняні до них дії, вчинені з порушенням встановлених правил, є недійсними.

Звертаємо увагу на необхідності при посвідчені заповітів у текстах обов'язково зазначати ідентифікаційний номер заповідача за даними Державного реєстру фізичних осіб платників податків. На підтвердження наявності ідентифікаційного номера (коду) подається відповідна, завірена уповноваженою особою, довідка або (витяг), фотокопія якої(го) долучається до примірника правочину, який залишається у справах органу місцевого самоврядування. Наявність ідентифікаційного номера заповідача при оформленні спадщини після його смерті дасть можливість спростити пошук. згідно із відомостями Спадкового реєстру, [3] посвідчених заповітів від імені спадкодавця. Адже на практиці зустрічаються випадки, коли на ім'я спадкодавця або його однофамільців згідно даних Спадкового реєстру, отримуються нотаріусом дані про посвідчення по декілька десятків, а той більше двох сотень заповітів. А для оформлення спадщини нотаріусу необхідно зробити запити у всі нотаріальні органи (державні нотаріальні контори, до державних нотаріальних архівів, приватних нотаріусів, а також до органів місцевого самоврядування) щодо посвідчених ними заповітів, щоб виявити, чи заповіт посвідчувався дійсно даним заповідачем. після якого оформляється спадщина, а не іншим однофамільцем).

На нотаріально оформлюваних документах не заповнені до кінця рядки та інші вільні місця прокреслюються, дописки (приписки) і виправлення повинні бути застережені посадовою особою перед підписом заповідача та інших осіб, які підписали заповіт і повторені в кінці посвідчувального напису. Звертамо увагу на те, що виправлення мають бути зроблені так, щоб все помилково написане, а потім закреслене, можна було прочитати. Це виправлення повинно бути підписано заповідачем (або іншою особою, яка на прохання заповідача підписала заповіт) у присутності посадової особи і повторені в кінці посвідчувального напису перед підписом вказаної посадової особи.

У разі, якщо документи, що посвідчуються, видаються або засвідчуються, викладені на двох і більше окремих аркушах, вони повинні бути прошиті або скріплені у спосіб, що унеможливлює їх роз’єднання без порушення їх цілісності, завірений підписом посадової особи з прикладенням гербової печатки відповідного органу місцевого самоврядування та зазначенням кількості скріплених аркушів.

Всі нотаріальні дії, які вчиняються посадовими особами органів місцевого самоврядування, реєструються в реєстрах для реєстрації нотаріальних дій. Кожній нотаріальній дії присвоюється окремий порядковий номер. А номер, під яким нотаріальна дія зареєстрована в реєстрі, позначається в посвідчувальному написі документа, що посвідчується чи засвідчується посадовою особою.

Наголошуємо, що нумерація в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій з початку кожного календарного року ведеться з першого номера.

Реєстри повинні бути прошнуровані, аркуші їх пронумеровані, а кількість аркушів має бути завірена підписом посадової особи районної державної адміністрації з прикладенням гербової печатки.

Запис нотаріальної дії в реєстрі провадиться посадовою особою чорнилом (або кульковою ручкою) і тільки після того, як посвідчувальний напис чи документ, що посвідчується чи засвідчується, підписаний. Запис олівцем і підчистки в реєстрі не допускаються, вільні місця повинні бути прокреслені, а зроблені виправлення застережені за підписом посадової особи.

Слід наголосити, що посадові особи видають виписки з реєстрів для реєстрації нотаріальних дій тільки фізичним особам та юридичним особам, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії. У разі смерті особи чи визнання її померлою такі довідки видаються спадкоємцям померлого. У разі визнання особи безвісно відсутньою опікун, призначений для охорони майна безвісно відсутнього, має право отримувати довідки про вчинені нотаріальні дії, якщо це необхідно для збереження майна, над яким встановлена опіка.

По аналогії з нотаріусами, посадові особи органів місцевого самоврядування, видають довідки про вчинені нотаріальні дії та інші документи надаються нотаріусом протягом десяти робочих днів на обґрунтовану письмову вимогу суду, прокуратури, органів дізнання і досудового слідства у зв'язку з цивільними, господарськими, адміністративними або кримінальними справами, справами про адміністративні правопорушення, що знаходяться в провадженні цих органів, з обов'язковим зазначенням номера справи та прикладенням гербової печатки відповідного органу. Зауважуємо, що довідки про наявність складеного заповіту та витяги із спадкового реєстру за виключенням заповідача видаються тільки після смерті заповідача.

У разі втрати або зіпсування документа, посвідченого або виданого посадовою особою органу місцевого самоврядування, за письмовою заявою осіб, за дорученням яких або щодо яких вчинялася нотаріальна дія, посадовою особою органу місцевого самоврядування видається дублікат утраченого документа.

Довідки про наявність складеного заповіту, за виключенням заповідача, видаються тільки після смерті заповідача.

Дублікати документів, посвідчених або виданих посадовою особою, можуть бути видані за письмовою заявою спадкоємців осіб, за довіреністю яких або щодо яких вчинялася нотаріальна дія, а також виконавця заповіту. У цьому разі посадовій особі, крім свідоцтва про смерть таких осіб, подаються документи, які підтверджують їх родинні стосунки (свідоцтво виконавця заповіту). Дублікат заповіту може бути виданий вказаним у заповіті спадкоємцям, виконавцю заповіту після подачі ними свідоцтва про смерть заповідача. У разі смерті спадкоємців, які були вказані в заповіті, дублікат може бути виданий їх спадкоємцям після подачі ними свідоцтва про смерть заповідача і померлого спадкоємця.

Посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, у разі виявлення під час вчинення нотаріальних дій порушення законодавства негайно повідомляють про це правоохоронним органам для вжиття необхідних заходів. Якщо справжність поданого документа викликає сумнів, то вказані посадові особи, вправі затримати цей документ і направити його до установи (експерта) для проведення експертизи, оплата якої здійснюється в установленому законом порядку.

За вчинення нотаріальних дій посадові особи органів місцевого самоврядування справляють державне мито відповідно до Декрету Кабінету Міністрів України "Про державне мито" №7-93 від 21 січня 1993 року.

Оскільки, чинне українське законодавство, після прийняття 25 серпня 1994 року Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських, селищних, міських Рад народних депутатів України, зазнало істотних змін, тому існує нагальна потреба у розробленні та підготовці Міністерством юстиції України нової Інструкції про вчинення нотаріальних дій посадовими особами органів місцевого самоврядування.

Часто на практиці, новообрані посадові особи органів місцевого самоврядування, на яких покладено обов'язок по вчиненню нотаріальних дій, зустрічаються з браком навиків, недостатком юридичних знань щодо посвідчення заповітів, довіреностей та вчиненню інших нотаріальних дій.

На допомогу їм приходять працівники районний та міськрайонних управлінь юстиції, відділу нотаріату Головного управління юстиції у Львівській області, державні та приватні нотаріуси області, проводячи праворозяснювальну роботу та підготовку методичних рекомендацій зі взірцями документів. [4, с. 209–281]

На нашу думку, всім посадовим особам органів місцевого самоврядування необхідно постійно підвищувати свій професійний рівень, зокрема, по вчиненню нотаріальних дій, шляхом проходження відповідних курсів підвищення кваліфікації. Підвищення професійного рівня повинно завершуватися проведеним підсумковим заліком.

---

1. Закон України "Про нотаріат" від 2 вересня 1993 року № 3425-XII - Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, N 39, ст.383
2. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій посадовими особами виконавчих комітетів сільських. селищних, міських Рад народних депрутатів, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 25 серпня 1994 р. № 22/5, зареєстрована в Міністерстві юстиції України від 26 жовтня 1994 р. за № 256
3. Положення про Спадковий реєстр, затверджено наказом Міністерства юстиції України від 17 жовтня 2000 р. № 51/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 7 квітня 2005 р. № 33/5), зареєстровано в Міністерстві юстиції України 7 квітня 2005 р. за № 373/10653.
4. Долинська М.С. Довідник посадових осіб.-К.: Юстініан. 2007. – 360 с.

ОСОБЕННОСТИ СОВЕРШЕНИЯ НОТАРИАЛЬНЫХ ДЕЙСТВИЙ ДОЛЖНОСТНЫМИ ЛИЦАМИ ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

М. Долинская

Главное управление юстиции во Львовский области,
начальник отдела нортаріату

В статье рассматриваются особенности совершения нотариальных действий должностными лицами органов местного самоуправления.

Ключевые слова: должностное лицо органа местного самоуправления, совершения нотариальных действий, удостоверения завещаний, довіреностей, ограничение в совершении нотариальных действий.

PECULIARITIES OF NOTARIAL ACTS PERFORMANCE BY OFFICIALS OF SELF-GOVERNMENT BODIES

M. Dolyns'ka

Main Department of Justice of Lviv region,
Head of the Notary Division

The article deals with peculiarities of notary acts performance by officials of self-government bodies.

Key words: official of self-government body, notarial acts performance, wills and proxies certification, limits of notarial acts performance.

Стаття надійшла до редколегії: 28.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

КОНЦЕПЦІЯ ВІДПЛАТНОСТІ ПОЗИКИ ГРОШЕЙ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2003 РОКУ

С. Лепех

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті висвітлюються проблемні положення правового регулювання зобов'язань з надання процентних грошових позик, законодавчі колізії щодо суб'єктного складу цих договірних зобов'язань, засад застосування презумпції відплатності грошових позик, обґрунтовується доцільність застосування обмежень лихварства, пропонуються концептуально нові підходи регулювання позикових відносин законодавством України.

Ключові слова: грошова позика, проценти, лихварство

Однією із найбільш поширених договірних форм, які опосередковують перерозподіл вільних грошових коштів між суб'єктами цивільних відносин, є позикові зобов'язання. Конкуренція сфер застосування, особливостей суб'єктного складу, договірних умов функціонування механізмів позики та кредиту на тлі останньої фінансової кризи привернули увагу науковців та практиків, акцентували гостроту проблем правового регулювання цього виду договірних зобов'язань, обумовили потребу наукового обґрунтування концептуальних засад законодавчих змін чинного цивільного законодавства.

Проблеми правового регулювання позикових відносин були предметом досліджень зокрема таких науковців як І.А. Безклубий, В.В. Вітрянський, О.В. Кривенда, Р.А. Майданик, В.П. Янишен Однак, окремі аспекти законодавчих положень в цій сфері залишаються дискусійними, допускають відмінності в тлумаченні певних приписів і викликають значні труднощі в практиці їх застосування. Одним із таких актуальних питань, яке викликало неабиякий інтерес, є умова про проценти за договором позики грошей.

Згадки про винагороду за надання грошей у позику містять пам'ятки правової культури багатьох країн. Метою їх часткового врегулювання державою було встановлення обмежень щодо розміру відсотків Зокрема, у Стародавньому Римі за часів Цицерона граничними були 12% річних, а "Юстиніан вирішив диференціювати ставку відсотку залежно від суспільного становища позичальника: до 4% річних, якщо він високопоставлена особа, до 8%, якщо він власник майстерні або купець, у решті випадків – 6%"[1, с. 199]. У Стародавній Індії такі обмеження містили Закону Ману II ст. до н.е.: "Лихвар може отримати процент, який збільшує багатство, встановлений Васіштхою, – брати восьмидесяту частину зі ста в місяць" [2, с. 29]. Спеціальні норми про відсотки містила і Руська Правда: "50. О резе. А же кто даеть куны в рез.., како ся будеть рядня, тако ему имати" [3, с. 33]. Розрізнялись три види відсотків: місячні, третні, річні, розмір яких зменшувався відповідно до вказаної послідовності. Застосування відсотків знайшло своє відображення і у подальшому правовому регулюванні позикових відносин на Україні. Зокрема, у Правах, за якими судиться малоросійський народ 1743 року максимально дозволялося стягувати 8 % з позиченої суми, а вища ставка вважалася лихвою і була заборонена [4]. Тривалий час на законодавчому рівні велась боротьба із явищем лихварства, яке спричиняло розорення дрібних господарств, окремих фізичних осіб. В Росії до 1879 року законодавством визначався граничний розмір процентів ("указні проценти"), який ні при яких

© Лепех С., 2011

умовах не міг бути перевищений сторонами договору позики, – 6 процентів річних. Стягнення процентів вище граничного розміру (проценти, які перевищували норму, називались "лихвою") тягло для позикодавця накладення штрафу або навіть притягнення до кримінальної відповідальності [5, с. 161–162]. З 1879 року законодавець надав сторонам договору право на власний розсуд вирішувати питання щодо розміру процентів. Однак незабаром (у 1893 р.) життя заставило законодавця прийняти законоположення, спрямовані на боротьбу із досить характерним явищем того часу – лихварством, коли позикодавці, користуючись тяжким матеріальним становищем позичальників, видавали їм позики під надто високі проценти. Згідно із новими законоположеннями позики при певних обставинах визнавались лихварськими і оголошувались недійсними в частині стягуваних за ними процентів [5, с. 162–163]. Обумовлені такими ж проблемами практики змінювались приписи щодо відплатності грошових позик і в європейському законодавстві.

Із встановленням Радянської влади на території України серед заходів, спрямованих на спростування відплатності небанківських позикових договорів, була заборона лихварства, комерційного кредиту, тощо. І якщо за Цивільним кодексом УРСР 1922 року договір позики грошей міг бути як безвідплатним, так і відплатним, то безвідплатність як характерна риса позики уже була закріплена в статті 170 Цивільного кодексу УРСР 1963 року, згідно із якою проценти по грошових зобов'язаннях не допускалися, крім винятків, встановлених законом. Саме таким винятком було кредитування як один із видів діяльності професійних позикодавців – кредитних установ.

В процесі розробки проекту Цивільного кодексу України 2003 року (далі – ЦК України) окремими науковцями зверталась увага на доцільність обрання більш виваженого законодавчого підходу щодо окреслення концепції відплатного характеру позикових зобов'язань. Зокрема, О.В. Кривенда пропонував встановити норми щодо недопущення лихварства і пропонував лихварською вважати угоду, в якій сума процентів перевищує її у 1,5 рази [6, с. 4]. Однак, ані застереження щодо доцільності обмеження можливостей зловживання лихварством, ані пропозиції щодо необхідності обмеження суб'єктного складу на боці позикодавців не були враховані у параграфі 1 глави 71 ЦК України, який набрав чинності з 01.01.2004 року. Одним із важливих аспектів стало й те, що відносини процентної позики грошей в Україні на той час уже регулювались Законом України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" від 12.07.2001 року. Однак, недоліки законодавчого регулювання процентної грошової позики стали очевидними дещо пізніше, а особливої гостроти та актуальності набули під час останньої фінансової кризи. Суть проблеми полягає в тому, що ці нормативні акти дещо по-різному концептуально визначають засади функціонування механізму надання процентних грошових позик.

Відповідно до статті 1046 ЦК України за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості. Отже, у самому визначенні поняття цього правочину умова про відсотки не вказана як істотна. Однак, частина 1 статті 1048 ЦК України надає позикодавцю право на одержання від позичальника процентів від суми позики, якщо інше не встановлено договором або законом. Розмір і порядок одержання процентів встановлюються договором. Якщо

договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України. У разі відсутності іншої домовленості сторін проценти виплачуються щомісяця до дня повернення позики. В той же час, відповідно до п. 2 ч. 2 цієї ж статті договір позики вважається безпроцентним, якщо позичальникові передані речі, визначені родовими ознаками. Безперечно, гроші теж є речами, визначеними родовими ознаками, а тому ч. 1 ст. 1048 ЦК України містить вказівку щодо презумпції відплатності договору грошової позики, а ч. 2 цієї ж статті – щодо безвідплатності цього ж договору. Отже, презумпція відплатності грошової позики не може безспірно застосовуватись на практиці, бо колізія з цього приводу закладена уже в самому ЦК України.

Наступним ключовим аспектом проблеми є невизначеність суб'єктного складу цих зобов'язальних відносин, насамперед, щодо особи самого позикодавця. Це дало поштовх для заповнення цього сегмента позикового ринку лихварством. В умовах фінансової кризи, коли тимчасово призупинили кредитування банки, кредитні спілки, ломбарди і в той же час як у суб'єктів господарювання, так і в споживачів, виникли фінансові проблеми і потреби у залученні готівкових коштів, з'явилось досить багато фізичних осіб-"добродіїв", які пропонували грошові позики (кредити) з кабальними умовами: під 5-12% за місяць (в середньому) на всю суму позики, а не на залишок заборгованості; під заставу нерухомості, авто, дорогоцінностей (позика надавалась на суму не більше 30-40% їхньої вартості), іноді з укладенням одразу договору купівлі-продажу чи дарування замість застави, з іншими односторонньо вигідними умовами. Перспективи окремих таких договірних положень часто усвідомлювались позичальниками занадто пізно. Безперечно, що погоджуватись на такі "унікальні" домовленості могли змусити лише скрутне матеріальне становище або певна нерозсудливість позичальника. Певна частина таких домовленостей стали предметом судових спорів і поточна судова практика переповнена такими справами. Усе це нагадує, що надто ліберальне законодавство стосовно лихварства з часом, за найменших несприятливих обставин розвитку ринку фінансових послуг, створить можливості для значних фінансових зловживань, шахрайств, абсолютного заперечення принципів справедливості, розумності та добросовісності в цивільному обороті будь-якої країни. Свобода договору є одним із пріоритетних і вагомих принципів договірного регулювання найрізноманітніших відносин цивільного обороту. Однак, належний рівень розвитку, вдалого функціонування ринку фінансових послуг, грошового ринку обумовлюють насамперед певні закони економіки, які іноді потребують встановлення обмежень свободи підприємницької діяльності, свободи договорів тощо. До певної міри ситуація на ринку грошових позик мала бути відкоригована нормативними приписами Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", оскільки відповідно до пункту 6 частини 1 статті 4 цього нормативного акта "надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту" є фінансовою послугою. Відповідно до статті 5 цього ж Закону право на здійснення операцій з надання фінансових послуг мають фінансові установи, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності, натомість надавати фінансові кредити за рахунок залучених коштів має право на підставі відповідної ліцензії лише кредитна установа. Можливість та порядок надання окремих фінансових послуг юридичними особами, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, визначаються законами та нормативно-правовими актами державних

органів, що здійснюють регулювання діяльності фінансових установ та ринків фінансових послуг, виданими в межах їх компетенції.

Із врахуванням пункту 3 частини 1 статті 1 зазначеного Закону про те, що фінансовий кредит – це кошти, які надаються у позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під процент, та керуючись Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 31.03.2006 № 5555 "Про можливість надання юридичними особами – суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, фінансових послуг з надання коштів у позику та надання поручительств", відповідно до якого юридичні особи – суб'єкти господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, надають фінансові послуги з надання коштів у позику (крім на умовах фінансового кредиту) та поручительств відповідно до вимог цивільного законодавства та з урахуванням вимог законодавства України щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, логічним є висновок, що юридична особа, яка не є фінансовою установою не має права надавати у строкову процентну позику юридичній чи фізичній особі грошові кошти, оскільки це фінансовий кредит, однак це положення сприймається неоднозначно. Проблема полягає в тому, що даний Закон процентну строкову грошову позику називає фінансовим кредитом, а ЦК України сферу застосування цих категорій розмежовує за суб'єктним складом, хоч мав би розрізняти, насамперед, за такою конститутивною ознакою як правовий режим грошей, які передаються в процесі надання кредитної та позикової послуги. Акцент в нормах ЦК України та названого Закону на тому, що предметом позики є власні кошти позикодавця, а предметом кредиту є, насамперед, залучені кошти кредитодавцем від інших осіб, дозволяє тлумачити законодавство наступним чином: юридична особа – суб'єкт господарювання, яка не має статусу фінансової установи, має право надавати таку фінансову послугу як процентна грошова позика за рахунок власних коштів, а кредитна установа – і за рахунок власних, і за рахунок залучених.

Крім того, Державна комісія з регулювання ринків фінансових послуг України у Листі № 2944/11-11 від 14.03.2008 року "Щодо надання поворотної фінансової допомоги" зазначає: "якщо послуга з надання коштів у позику є систематичною, то фізичній особі потрібно зареєструватись як фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності. Фінансові послуги, згідно з частиною першою статті 5 Закону, надаються фінансовими установами, а також, якщо це прямо передбачено законом, фізичними особами – суб'єктами підприємницької діяльності. Право надавати фізичним особам – суб'єктам підприємницької діяльності фінансові послуги з надання коштів у позику законом прямо не передбачено". Отже, і це роз'яснення Держфінпослуг не менш суперечливе, ніж попереднє і не дає однозначних відповідей щодо суб'єктного складу даного виду позикового зобов'язання.

Аналізуючи суперечності між відповідними положеннями зазначених законодавчих актів та констатуючи необхідність приведення у відповідність з нормами ЦК України Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", фахівці Міністерства юстиції України пропонують керуватися нижченаведеним: "Відносини, що виникають при укладенні, виконанні, припиненні договору позики, укладеного з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості активів, юридичною особою або

фізичною особою – суб'єктом підприємницької діяльності, які діють в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, регулюються ЦК України та ЗУ "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг". У разі ж передання фізичною особою (позикодавцем) у власність другій стороні (позичальникові) грошових коштів або інших речей, визначених родовими ознаками, слід керуватися положеннями ЦК України"[7]. Така позиція є лише відтворенням окремих законодавчих норм, знову ж таки є підґрунтям її полярного сприйняття і не містить чітких однозначних тлумачень, відповідей на питання щодо суб'єктного складу позикового грошового відплатного зобов'язання, насамперед, визначеності щодо позикодавця. Не викликає сумнівів і суперечок лише той факт, що "проблема надання позик (і в першу чергу, процентних) з урахуванням положень як ЦК, так і Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг" потребує додаткового врегулювання на законодавчому рівні…" [8, с. 62].

Проблеми договірного регулювання позикових грошових зобов'язань, безперечно, потребують ґрунтовного переосмислення концептуальних засад грошової позики, її місця в системі зобов'язань, чіткого окреслення суб'єктного складу, конститутивних ознак, істотних умов договору позики грошей тощо. Норми статей 1046–1051 ЦК України є спробою повернення до засад правового регулювання цих відносин дорадянського періоду і це, безумовно, позитивно. Однак, не має потреби "змушувати історію повторюватись, щоб ми не забували її уроків". В різних країнах на різних етапах становлення законодавства спроби застосувати повну свободу договору до врегулювання позикових зобов'язань закінчувались настанням настільки негативних наслідків від лихварства, що законодавець змушений був оперативно вносити зміни до законів і встановлювати гранично допустимі відсотки, коректувати відмінності в наданні позикових послуг як професійної діяльності та одноразово, для споживчих потреб.

Отже, в контексті становлення концепції договірного регулювання зобов'язань з надання грошових позик пропонується змінити наступні законодавчі підходи:

– чіткіше розмежувати особливості правового регулювання позики грошей та позики інших речей, визначених родовими ознаками, оскільки статті 1047, 1048 ЦК України не адаптовані до особливостей позики інших речей, визначених родовими ознаками, крім грошей;
– уточнити в ЦК України як критерій розмежування договору позики грошей та кредитного договору правовий режим коштів, які передаються: предметом позики є власні кошти позикодавця, а предметом кредиту є, насамперед, залучені кошти від інших осіб, і відповідно визначити можливість надання такої фінансової послуги як процентна грошова позика за рахунок власних коштів, а кредитної послуги – і за рахунок власних, і за рахунок залучених;
– визначитись в цілому із презумпцією відплатності чи безвідплатності грошової позики, конкретизувати граничну процентну ставку залежно від статусу позикодавця, а не будь-якої зі сторін цього правочину, як передбачено наразі пунктом 1 частини 2 статті 1048 ЦК України;
– повернутись до законодавчої практики встановлення граничних ставок процентів залежно від правового статусу позикодавця – професійного чи непрофесійного і порушення в договорі такого обмеження відкрито чи прихованням в якості міри цивільно-правової відповідальності або

недостовірності визначення суми основного боргу визначити як ймовірну підставу недійсності цього договору в цілому чи в частині щодо процентів;
- встановити критерій систематичності укладення договорів позики грошей як ознаки підприємницької діяльності і визначити правові наслідки, пов'язані з недотриманням вимоги щодо статусу позикодавця;
- узгодити співвідношення окремих видів відсотків як плати за надану фінансову послугу та міри цивільно-правової відповідальності в разі прострочки виконання боргового зобов'язання;
- заборонити нарахування процентів на проценти (анатоцизм);
- визначити в законі право на дострокове повернення позичених коштів не лише залежно від процентного чи безпроцентного характеру позики, але й від статусу позикодавця, рівня процентної ставки;
- вдосконалити законодавчі вимоги щодо письмової форми цього правочину, а також особливостей форми самої розписки, тощо.

1. Макарчук В.С. Основи римського приватного права: навч. пос. – Вид. друге, доп. – К.: Атіка, 2003. – 256 с.
2. Хрестоматия по Всеобщей истории государства и права. Том 1/ Под ред. К.И. Батыра и Е.В. Поликарповой. – М.: Юристь, 1996.
3. Хрестоматія з історії держави і права України. Том 1. З найдавніших часів до початку XX ст.: навчальний посібник для юрид. вищих навч. закладів і факультетів: у 2т. / В.Д.Гончаренко, А.Й.Рогожин, О.Д.Святоцький / За ред. В.Д.Гончаренка. – К.: Ін Юре, 1997.
4. Права, за якими судиться малоросійський народ 1743р. – К., 1997. – Гл. XVI. – Арт. 14.
5. Витрянский В.В. Проценты по займу в кн.: Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3. К 80-летию С.С.Алексеева. – М.: Статут, Екатеринбург, 2004. – С. 155-189
6. Кривенда О. В. Цивільно-правове регулювання позикових відносин в Україні: Автореферат дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03/ – К. :Київ. нац. ун-т., 2003. – 22 с.
7. До питання про особливості надання фінансових послуг: позика та кредит // minjust.gov.ua
8. Янишен В.П. Процентна позика в системі фінансових послуг// Проблеми законності. – 2010/108. – С. 53–63

КОНЦЕПЦИЯ ОПЛАТНОСТИ ССУДЫ ДЕНЕГ ЗА ГРАЖДАНСКИМ КОДЕКСОМ УКРАИНЫ 2003 ГОДА

С. Лепех

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье освещаются проблемные положения правового регулирования обязательств по предоставлению процентных денежных займов, законодательные коллизии субъектного состава этих договорных обязательств, основ применения презумпции платности денежных займов, обосновывается необходимость применения ограничений ростовщичества, предлагаются концептуально новые подходы регулирования заемных отношений законодательством Украины.

Ключевые слова: денежный заем, проценты, ростовщичество.

CONCEPTION OF MONEY LOAN RETRIBUTION UNDER THE 2003 CIVIL CODE OF UKRAINE

S. Lepeh

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

Legal regulation issues on obligations of interest money loan advancing, as well as legislative conflicts as to subjective composition of these contractual obligations, application basis of presumption of money loan retribution are highlighted. Admissibility of usury limits application is substantiated. Conceptually new attitudes to loan relation regulation by legislation of Ukraine are proposed.

Key words: money loan, interest (money), usury.

Стаття надійшла до редколегії: 10.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА ІНФОРМУВАННЯ ЧЕРЕЗ ПРЕСУ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Ю. Навроцька

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: unavr@yahoo.com

Досліджено процесуальний порядок та особливості інформування через пресу в цивільному судочинстві. Проаналізовано правову природу витрат, пов'язаних із публікацією в пресі оголошення про виклик відповідача. Визначено, як потрібно повідомляти про ухвалене у справі рішення відповідача, місце проживання якого невідоме.

Ключові слова: засоби масової інформації, повідомлення, виклик в суд, відповідач, цивільне судочинство.

Однією із процесуальних форм інформування про час та місце розгляду справи в цивільному судочинстві є виклик через оголошення в пресі. Законом України "Про судоустрій та статус суддів" від 07.07.2010 р. внесено зміни до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), які стосуються також і цього процесуального інституту. Процесуальна форма інформування через пресу в цивільному судочинстві охоплює не лише виклик у суд через оголошення в засобах масової інформації (як традиційно її тлумачать), а також, на мою думку, і можливість повідомлення про ухвалене судове рішення таким самим способом, а також питання судових витрат, змісту позовної заяви тощо. Всі ці питання і стануть предметом даного дослідження.

Аналіз юридичної літератури свідчить про те, що така процесуальна форма інформування в цивільному процесі, як виклик через оголошення в пресі, не була самостійним об'єктом цивільно-процесуального дослідження. Це питання розглядають лише на рівні науково-практичних коментарів до ЦПК України, однак аналізують досить загально, здебільшого просто констатують передбачену ЦПК можливість такого способу інформування, а поза увагою залишається вирішення законодавчих прогалин у регулюванні нового процесуального інституту.

Відомі процесуалісти по-різному вирішували і вирішують питання доцільності і можливості повідомлення відповідача про час та місце судового розгляду в такий спосіб. Ще наприкінці XIX ст. вчені висловлювали сумніви щодо можливості ухвалення заочного рішення, якщо відповідач, який викликався через публікацію, згодом не з'явився в судове засідання, мотивуючи свою позицію тим, що публікації зазвичай ніхто не читає [5, с. 10–11; 6, с. 223; 13, с. 18; 14, с. 588]. Проти судових викликів та повідомлень шляхом публікації в пресі виступають і сучасні дослідники, вказуючи, що такий спосіб на сьогодні застарів і не може бути застосований [11, с. 26–27; 12, с. 98–99]. Враховуючи, що імовірність того, що оголошення про виклик у пресі прочитає відповідач, є дуже низькою, окремі науковці пропонують, як альтернативу, запровадити електронний реєстр осіб, котрих викликають до суду, на сайті Верховного Суду України [4, с. 231].

На мою думку, виклик відповідача через оголошення у пресі виступатиме виключним засобом, коли немає можливості вдатися до звичайних способів повідомлення. В цьому випадку ми матимемо справу з правовою фікцією: суд

© Навроцька Ю., 2011

керується тим, що сторона повідомлена належно, хоча насправді судова повістка не дійшла до адресата, і це відомо судді. Це виняток із загального правила, який є об'єктивно необхідним, інакше неможливим буде вирішення спору про право [3, с. 35–36].

Водночас, ЦПК України запропонував варіант вирішення проблемної ситуації, пов'язаної із повідомленням відповідача, місце проживання якого невідоме: "Відповідач, зареєстроване місце проживання (перебування), місцезнаходження чи місце роботи якого невідоме викликається в суд через оголошення у пресі. З опублікуванням оголошення про виклик відповідач вважається повідомленим про час і місце розгляду справи" (ч. 9 ст. 74 ЦПК України). Треба звернути увагу на те, що зі змінами у ЦПК від 07.07.2010 р. пов'язано покладення обов'язку на суд перевіряти вказане позивачем у позовній заяві місце проживання, перебування чи роботи відповідача. Зараз можливість виклику через пресу пов'язують не з тим, що позивачеві невідоме місце проживання відповідача навіть після його звернення до адресного бюро чи органів внутрішніх справ. Відповідно до ст. 122 ЦПК у разі, якщо відповідачем у позовній заяві вказана фізична особа, яка не є суб'єктом підприємницької діяльності, суд не пізніше двох днів з дня надходження позовної заяви до суду звертається до відповідного органу реєстрації місця перебування та місця проживання особи щодо надання інформації про зареєстроване місце проживання (перебування) такої фізичної особи. Інформація про місце проживання (перебування) фізичної особи має бути надана протягом трьох днів з моменту отримання відповідним органом реєстрації місця проживання та перебування особи відповідного звернення суду. У разі, якщо отримана судом інформація не дає можливості встановити зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи, суд вирішує питання про відкриття провадження у справі. Подальший виклик такої особи як відповідача у справі здійснюється через оголошення у пресі.

З аналізу положень процесуального закону можна зробити висновок, що *на суд покладається обов'язок перевіряти зазначене у позовній заяві місце перебування чи проживання особи, але не встановлення такого*. Такий підхід, на мою думку, може призвести до невиправданих зловживань позивачів та збільшення викликів відповідачів через пресу, адже відповідно до ч. 3 ст. 122 ЦПК у разі, якщо отримана судом інформація не дає можливості встановити зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання (перебування) фізичної особи, суд вирішує питання про відкриття провадження і подальший виклик такої особи як відповідача у справі відбувається через оголошення у пресі.

Відповідно до ст. 11 Закону України "Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні" реєстрація місця проживання та місця перебування особи здійснюється відповідним органом спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань реєстрації в Автономній Республіці Крим, областях, містах, районах, районах у містах, а також у містах Києві та Севастополі. На практиці направлення таких запитів здійснюється до адресного бюро за місцем проживання відповідача, зазначеним у позовній заяві. З метою пришвидшення отримання відповіді на запит щодо місця проживання відповідача, практикують давати такий запит на руки позивачеві, аби він самостійно відніс його до адресного бюро. Даючи відповідь на такий запит суду, адресне бюро може вказати справжню зареєстровану у встановленому законом порядку адресу місця проживання відповідача, але якщо така інформація є наявна в даному адресному бюро. Якщо відповідач зареєстрований, наприклад, в іншій

області, то, очевидно, що суд у відповідь на запит отримає підставу для виклику такого відповідача через оголошення у пресі.

Відповідно до ЦПК України друкований орган, в якому розміщуються оголошення про виклик відповідача протягом наступного року, повинен визначатися не пізніше 1 грудня поточного року в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Зокрема, останнє таке розпорядження, на диво, було прийняте своєчасно, – Розпорядження КМУ від 1 грудня 2010 р. № 2171-р "Про друковані засоби масової інформації загальнодержавної та місцевої сфери розповсюдження, в яких у 2011 році розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме". Ним, зокрема, для Львівської області розширено перелік джерел виклику через пресу – це газети "Експрес" та "Високий замок".

Також звертаю увагу на те, що ЦПК України передбачає можливість виклику через публікацію у пресі лише відповідача, місце проживання якого невідоме (ч. 9 ст. 74), а у відповідному розпорядженні КМУ від 1.12.2010 р., як і в попередніх, йдеться про виклик не лише відповідача, а й третіх осіб та свідків. Очевидно, в цій частині Розпорядження КМУ є нечинним, оскільки суперечить ЦПК України, а останній має вищу юридичну силу та не допускає застосування цього способу інформування щодо інших учасників процесу, окрім відповідача.

Як свідчить аналіз судової практики, після систематичних неявок судді часто вдаються до такого способу інформування відповідача, як виклик через пресу, тоді, коли місце проживання відповідача відоме, вказуючи навіть адресу відповідача у самому повідомленні (публікації). Таку практику не можна визнати правильною. Адже вірогіднішим є те, що відповідач прочитає отриману поштою судову повістку, ніж оголошення в газеті. Саме тому законодавець і передбачив такий спосіб інформування про час та місце судового засідання як виняток із загальних правил про судові виклики та повідомлення, коли місце проживання відповідача неможливо встановити.

Верховний Суд України також наголошує, що належним повідомленням вважатиметься таке, яке здійснене через друкований орган, визначений Кабінетом Міністрів України, і лише у разі, якщо місце проживання або місцезнаходження відповідача невідоме, а не в разі його неявки в судове засідання, коли відоме його місце проживання, оскільки явка до суду є правом, а не обов'язком сторони у справі [9].

З огляду на нововведення в цивільному процесі щодо виклику відповідача, місце проживання (перебування чи роботи) якого позивачеві невідоме, *потребують певних уточнень положення процесуального закону щодо змісту позовної заяви*. Так, відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 119 ЦПК України, позивач у позовній заяві повинен чітко зазначити відповідача, його місце проживання або місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку. Відсутність цих даних є підставою для залишення позовної заяви без руху з наданням строку для усунення вказаних недоліків, або ж повернення позовної заяви, якщо протягом наданого строку позивач не усуне їх. Варто звернути увагу, що змінами до ЦПК України від 07.07.2010 р. п. 2 ч. 2 ст. 119 ЦПК доповнено словами "якщо такі відомі". Виникає запитання, як тлумачити таке законодавче формулювання – чи це стосується загалом всіх даних щодо відповідача, чи "якщо такі відомі" – лише останньої частини п. 2 ч. 2 ст. 119 ЦПК – номерів засобів зв'язку? На мою думку, доцільно тлумачити в даному випадку процесуальний закон широко, хоч серед практиків є й інша позиція. Адже системний аналіз ЦПК України дозволяє

зробити висновок, що розгляд справи в разі, якщо місце проживання чи місцезнаходження відповідача невідоме, все ж таки можливий [7]. Тому, якщо позивач на момент подання позовної заяви не може конкретизувати адресні дані відповідача, він мав би зазначити про це після вказівки на відповідача. В такому разі, відповідно до ч. 3 ст. 122 ЦПК України, суд все-одно мав би надсилати запит до адресного бюро щодо інформування про зареєстроване у встановленому законом порядку місце проживання відповідача (принаймні, в межах територіальної підсудності суду, що розглядатиме справу). Однак, наскільки мені відомо, єдиної централізованої системи реєстрації місця проживання в Україні немає, а тому визначити, чи дійсно місце проживання відповідача зовсім невідоме, на практиці важко.

Окремо доцільно звернути увагу на те, що *витрати, пов'язані із викликом відповідача через пресу*, тепер виділені як самостійний вид судових витрат. З цього можна зробити висновок, що ці витрати повинен нести позивач як зацікавлена сторона у процесі, а вже за результатами судового розгляду вони підлягають розподілу між сторонами. До законодавчого віднесення цих затрат до судових витрат вони все-одно на практиці покладалися на позивачів, однак їх не можна було стягнути як судові витрати. Зараз же це буде зробити простіше.

Однак, на мою думку, неправильно покладати витрати щодо виклику відповідача через оголошення в пресі на позивача. Так само, як можна визнати неправомірними часті випадки, коли судді зобов'язують позивачів за власний кошт відправляти судові повістки рекомендованими листами з повідомленням про вручення. Така практика видається недопустимою, особливо у зв'язку із введенням з 1 вересня 2005 р. до цивільного процесу України збору на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи. Адже одна зі складових витрат на інформаційно-технічне забезпечення – це витрати, пов'язані з інформуванням учасників процесу про хід розгляду справи. Тому, видається, що витрати на виклик відповідача через пресу мали б покриватися за рахунок витрат на інформаційно-технічне забезпечення, що сплачуються при зверненні в суд практично по кожній цивільній справі.

Наявність процесуальної форми інформування через пресу в цивільному судочинстві ставить також питання, як інформувати про судове рішення, якщо використовувався такий спосіб інформування про час та місце розгляду справи, як оголошення в засобах масової інформації? Законодавство не вирішує такої ситуації. Жодної вказівки, як же повідомляти про ухвалене рішення відповідача, який на судове засідання викликався шляхом публікації у пресі, ні ЦПК України, ні інші нормативно-правові акти [8; 10] не містять. Більше того, є пряма вказівка ст. 227 ЦПК України, що копія заочного рішення направляється рекомендованим листом із повідомленням. Таке ж положення є і в загальній ст. 222 ЦПК щодо направлення копій судового рішення особам, які брали участь у справі, але не були присутні у судовому засіданні. А на яку ж адресу потрібно направляти копію рішення, якщо зареєстроване місце проживання (перебування) або місцезнаходження чи місце роботи відповідача невідоме? Очевидно, запитання риторичне.

На мою думку, якщо до порядку повідомлення про заочне рішення застосовувати загальні вимоги щодо судових викликів та повідомлень, то, керуючись ч. 9 ст. 74 ЦПК України, повідомляти про заочне рішення відповідача, зареєстроване місце проживання або місцезнаходження якого невідоме, варто

через публікацію в пресі. Хоча фактично важко буде реалізувати це на практиці (зважаючи на ту масу оголошень про судові засідання, що публікуються з моменту набрання законної сили ЦПК України). В такому разі день опублікування заочного рішення у пресі буде моментом початку перебігу строку на подання заяви про перегляд заочного рішення, адже саме з цього моменту відповідач, місце проживання якого невідоме, вважатиметься повідомленим про заочне рішення.

Варто зробити ще одне застереження, що доцільність інформування відповідача про ухвалене заочне рішення шляхом публікації вбачається не у всіх випадках, коли відповідача викликали в судове засідання через публікацію в пресі, а лише тоді, коли його місце проживання не з'ясується в ході розгляду справи. Адже не виключено, що відповідач, якого про час та місце судового розгляду інформували через публікацію, згодом з'явився в судове засідання, або ж позивачеві під час провадження по справі стало відоме місце проживання відповідача.

Зроблений висновок про необхідність у зазначених випадках публікувати заочне рішення (принаймні його резолютивну частину) у пресі ґрунтується на ч. 7 ст. 8 ЦПК України щодо допустимості застосування аналогії закону в цивільному процесі та теоретичних розробках щодо проявів принципу розумності [2, с. 161–163].

В літературі висловлювали й іншу, доволі раціональну позицію, щодо цього питання. Так, М.І. Балюк та Д.Д. Луспеник вважають, що якщо місце проживання відповідача невідоме, він повідомлявся про дату судового засідання через оголошення у пресі, то слід складати довідку про це і підшивати після проголошення заочного рішення, тобто йому копію заочного рішення не направляють [1, с. 398]. Однак при цьому відкритим залишається питання щодо визначення моменту набрання таким заочним рішенням законної сили.

Отже, можна констатувати, що законодавче закріплення такої форми інформування в цивільному судочинстві, як публікація в пресі, не вирішило на практиці багатьох проблемних питань. Зокрема, не зовсім чітко визначені підстави застосування виклику через пресу, простежуємо законодавчу прогалину щодо інформування про ухвалене судове рішення, якщо відповідача викликали в судове засідання через пресу. Вище були запропоновані шляхи їх вирішення, необхідні для судової практики за умови збереження цього способу інформування в законодавстві України.

---

1. Балюк М.І., Луспеник Д.Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції. Серія "Судова практика" / М.І. Балюк, Д.Д. Луспеник. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 708 с.
2. Волосатова Л.В Принцип разумности в реализации субъективных гражданских прав : дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Л.В. Волосатова. – М., 2005. – 195 с.
3. Зайцев И.М. Правовые фикции в гражданском судопроизводстве / И.М. Зайцев // Российская юстиция. – 1997. – №1. – С. 35 – 36.
4. Кравчук В.М., Угриновська О.І. Науково-практичний коментар до Цивільного процесуального кодексу України. – 2-ге вид., перероб. і доп. / В.М. Кравчук, О.І. Угриновська. – Х.: Фактор, 2010. – 800 с.

5. Малышев К. Курс гражданского судопроизводства / К. Малышев. – СПб.: Типография М.М.Стасюлевича, 1875. – Т. 2. – 356 с.
6. Муллов П. Бібліографія: Курсъ гражданскаго судопроизводства Кр.Малышева / П. Муллов // Журнал гражданского и уголовного права. – 1876. – Кн.6. – С. 220 – 264.
7. Навроцька Ю. Особливості здійснення цивільного судочинства, якщо місце проживання відповідача невідоме / Ю.В. Навроцька // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали XV регіональної науково-практичної конференції. 4-5 лютого 2009 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2009. – С. 209 – 212.
8. Про друковані засоби масової інформації загальнодержавної та місцевої сфери розповсюдження, в яких у 2011 році розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме : Розпорядження Кабінету Міністрів України, 01.12.2010 р., № 2171-р // Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua
9. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції: Постанова Пленуму Верховного Суду України №2 від 12.06.2009 р. // Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua
10. Про затвердження Порядку визначення друкованого засобу масової інформації, у якому розміщуються оголошення про виклик до суду відповідача, третіх осіб, свідків, місце фактичного проживання (перебування) яких невідоме : Постанова Кабінету Міністрів України, 25.01.2006 р., №52 // Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua
11. Решетняк В.И., Черных И.И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процессе : пособие / В.И. Решетняк, И.И. Черных. – М.: Юридическое бюро “Городец”, 1997. – 86 с.
12. Уткина И.В. Заочное решение в гражданском процессе / И.В. Уткина. – М.: ООО “Городец-издат”, 2003. – 192 с.
13. Цуханов Н.И. Причины медленности нашего гражданского процесса / Н.И. Цуханов // Журнал Министерства юстиции. – 1894/1895. – №7. – С.1 – 28.
14. Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства / И.Е. Энгельман. – Юрьев, 1912 // Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. проф. М.К.Треушникова. – М.: ОАО “Издательский Дом “Городец”, 2005. – С.585 – 591.

ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ФОРМА ИНФОРМИРОВАНИЯ ЧЕРЕЗ ПРЕССУ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Ю. Навроцкая

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: unavr@yahoo.com

Исследовано процессуальный порядок и особенности информирования через прессу в гражданском судопроизводстве. Проанализирована правовая природа расходов, связанных с публикацией в прессе объявления о вызове ответчика. Определенно, как следует сообщать о принятом по делу решения ответчика, местожительство которого неизвестно.

Ключевые слова: средства массовой информации, сообщения, вызов в суд, ответчик, гражданское судопроизводство

PROCEDURAL FORM OF INFORMING THROUGH THE PRESS IN CIVIL PROCEEDINGS

Ju. Navrots'ka

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: unavr@yahoo.com

Procedural order and peculiarities of informing through the press in civil proceedings are elucidated. Legal nature of the expenses for the announcement publication of the defendant's appearance in court is analyzed. The author defines the way of court decision notification of the defendant with unknown place of habitation.

Key words: mass media, notification, summons, defendant, civil proceedings.

Стаття надійшла до редколегії: 09.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ВІДМОВА У ВІДКРИТТІ ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ

С. Сеник

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Стаття присвячена аналізу підстав для відмови у відкритті провадження у цивільній справі. Зокрема, автор стверджує, що така процесуальна дія, як відкриття провадження у справі, завжди пов'язана з передумовами права на пред'явлення позову, яке, своєю чергою, охоплює обставини, з якими закон пов'язує виникнення та здійснення права на пред'явлення позову. Акцентовано увагу на вичерпності переліку підстав для відмови у відкритті провадження у справі. Конкретизовано питання щодо перебігу процесуального строку для відкриття провадження у справі.

Ключові слова: юрисдикція, заінтересованість, ухвала.

У ч. 1 ст. 122 ЦПК України зазначено, що суддя відкриває провадження у цивільній справі не інакше, як на підставі заяви, поданої і оформленої в порядку, встановленому ЦПК України. З огляду на це, звернення заінтересованого суб'єкта до суду зобов'язує суддю до вчинення необхідних процесуальних дій з метою з'ясування можливості відкриття провадження у цивільній справі. Зокрема, з'ясовано чи немає підстав для залишення позовної заяви без руху, для повернення позовної заяви, для відмови у відкритті провадження у справі.

Після вирішення питань про те, чи немає підстав для залишення позовної заяви без руху або повернення позовної заяви, суддя переходить до розгляду питання про відкриття провадження у справі. Така процесуальна дія як відкриття провадження у справі завжди пов'язана із передумовами права на пред'явлення позову, яке, своєю чергою, охоплює обставини, з якими закон пов'язує виникнення і здійснення права на пред'явлення позову. Питання про право на пред'явлення позову вирішують перед відкриттям провадження у справі. Закон пов'язує виникнення права на пред'явлення позову з наявністю або навпаки відсутністю певних обставин. Перелік підстав для відмови у відкритті провадження у цивільній справі вичерпний.

Відповідно до ч. 2 ст. 122 ЦПК України суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо:

1. заява не підлягає розгляду в судах у порядку цивільного судочинства. Ця підстава охоплює декілька обставин, що є підставою для відмови у відкритті провадження у справі.

По-перше, право на судовий захист в порядку цивільного судочинства може бути реалізовано, якщо розгляд та вирішення конкретної справи віднесено до компетенції суду загальної юрисдикції (справа є юрисдикційною (підвідомчою) місцевому загальному суду). Застосування цієї підстави пов'язано із розмежуванням компетенції між різними ланками судів (Конституційний Суд України, суди загальної юрисдикції). Слушною з цього приводу є наукова думка, що зі змісту ч. 1 ст. 15 ЦПК випливає універсальний характер компетенції загальних судів, який полягає в тому, що ці суди можуть розглядати не лише справи, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а й інші справи, які не підпадають під юрисдикцію спеціалізованих. Керуючись цим, вирішуючи питання про цивільну юрисдикцію загальних судів,

© Сеник С., 2011

необхідно, передусім, з'ясувати, чи не підлягає справа розгляду за правилами іншого судочинства [1, с. 183–184]. Отже, якщо вимога, що пред'явлена на вирішення до місцевого загального суду, є йому неюрисдикційною, суд відмовляє у відкритті провадження у справі.

По-друге, крім вищезазначеної, підставою для відмови у відкритті провадження у справі є також неправовий характер вимоги. Зокрема, в юридичній літературі є твердження, що відмовляти у відкритті провадження у справі за цією підставою можна тільки тоді, коли захист права законом прямо заборонений, а якщо вимоги не мають правового характеру, то такі вимоги треба приймати та відмовляти у задоволенні позову. Є й інша позиція, яка полягає у тому, що така поведінка суду суперечитиме принципу процесуальної економії. Більше того, прийняття таких вимог до розгляду суду суперечить змісту ст. 15 ЦПК України, яка відносить до юрисдикції суду правові спори, правові вимоги.

Проте, вбачається, що тут потрібно враховувати й інші чинники. Вимога, яка виникає із врегульованих правом відносин, але позбавлена судового захисту, стає незаконною в силу його прямої заборони, неправовою в розумінні відсутності права на її пред'явлення та вирішення. Своєю чергою, вимога, яка виникла із відношення, не передбаченого правом, як фактична, неправова, у випадку застосування до неї аналогії закону чи права стає правовою, законною у розумінні її вирішення та визнання з боку держави в особі суду чи іншого юрисдикційного органу. І як зазначено у доктрині, вимоги другого виду можуть набути якості правових, тому необхідно в умовах сучасної правової системи визнати існування так званих неправових вимог як факультативної (спеціальної) передумови. При цьому як негативну передумову потрібно використовувати відсутність спеціальної заборони на розгляд та вирішення вимоги в порядку цивільного судочинства. Вимоги, розгляд і вирішення яких прямо не заборонено законом, за наявності інших передумов права на пред'явлення позову, повинні бути розглянуті по суті з ухваленням відповідного судового акта [2, с. 273].

По-третє, у науці цивільного процесуального права виділяють ще такі передумови, які належать до цієї підстави для відмови у відкритті провадження у справі, як цивільна процесуальна правоздатність та заінтересованість особи, яка звертається за судовим захистом.

Цивільна процесуальна правоздатність – це встановлена законом здатність мати цивільні процесуальні права та обов'язки. Закон наділяє цивільною процесуальною правоздатністю у рівною мірою всіх фізичних та юридичних осіб. Цивільне процесуальне законодавство не допускає будь-яких обмежень процесуальної правоздатності. Водночас, як слушно зазначає В.Ю. Мамницький, ця передумова може стосуватись тільки сторін-організацій, оскільки сторонами можуть виступати тільки ті організації, які наділені правами юридичної особи [3, с. 240-241]. Тобто суддя, вирішуючи питання про відкриття провадження у справі, має перевірити наявність правоздатності у суб'єкта звернення – організації. Оскільки, якщо організація немає статусу юридичної особи - вона не може бути суб'єктом звернення до суду, а отже, у відкритті провадження у справі за поданою нею позовною заявою потрібно відмовити.

Заінтересованість є передумовою права на пред'явлення позову з огляду на те, що згідно ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом *своїх* порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Частина 2 цієї статті ЦПК України передбачає, що у випадках, встановлених законом, до суду можуть звертатися

органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, або державні чи суспільні інтереси (слід зазначити, що у цьому випадку ці суб'єкти повинні у позовній заяві зазначити підстави такого звернення, обґрунтувати право на звернення в інтересах фізичної особи, держави чи суспільних інтересах). Тобто юридична заінтересованість означає, що звернутися до суду можна за захистом *свого* права у всіх випадках, коли воно підлягає судовому захисту, а за захистом *чужого* – лише у випадках і в порядку, передбаченому законом.

Водночас багато науковців не визнають юридичної заінтересованості як передумови права на пред'явлення позову до суду, бо таке визнання має негативні наслідки, оскільки в цьому випадку для з'ясування заінтересованості необхідно встановити наявність суб'єктивного права, яке і входить до предмета захисту. А зробити це до прийняття заяви неможливо. Підтримуючи загалом зазначену вище позицію, вважаю, що встановити відсутність у особи суб'єктивного матеріального права, яке вона захищає, або охоронюваного законом інтересу, суд має можливість лише на стадії судового розгляду, тому в таких випадках правильним є ухвалювати рішення про відмову у задоволенні позову (заяви) і тим самим дати відповідь по суті заявлених вимог.

2. є таке, що набрало законної сили, рішення чи ухвала суду про закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову або укладенням мирової угоди сторін у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав. Відмова від позову не позбавляє другу сторону права пред'явити такий самий позов до особи, яка відмовилася від позову.

Передусім цей пункт потрібно розділяти на декілька підстав для відмови у відкритті провадження у цивільній справі.

Перша з них – це наявність рішення, яке набрало законної сили, ухваленого у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав.

Друга – наявність ухвали суду, яка набрала законної сили, про закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав. Варто пам'ятати, що відмова від позову не позбавляє другу сторону права пред'явити такий самий позов до особи, яка відмовилась від позову.

Третя – наявність ухвали суду, яка набрала законної сили, про закриття провадження у справі у зв'язку з укладенням мирової угоди у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав.

Цей пункт ст. 122 ЦПК України виходить із загального правила про те, що з однією і тою ж вимогою можна звертатися до суду лише один раз. Судове рішення (і рішення суду, і ухвала суду), яке набрало законної сили, набуває якості виключності та обов'язковості для усіх без винятку суб'єктів. Наявність судового рішення, яке набрало законної сили, унеможливлює звернення до суду з аналогічною (тотожною) позовною заявою. Під тотожним позовом розуміють збіг усіх елементів позову та сторін. Ті позови, які збігаються за предметом та підставою, але пред'явлені із зміною суб'єктного складу, не вважаються тотожними.

У цивільній процесуальній літературі було зазначено, що тотожність зберігається у разі правонаступництва, оскільки правонаступник замінює правопопередника і всі процесуальні дії, вчинені правопопередником, для нього є обов'язковими. Розповсюдження виключності на правонаступників осіб, які беруть участь у справі, обумовлено нерозривним зв'язком між матеріальними правами, які захищаються, та

процесуальними правами й обов'язками, які виникають у процесі такого захисту. Тотожність предмету зберігається при зміні розміру позовних вимог, так як при цьому залишаються незмінними предмет та підстава позову. Тотожність зберігається при пред'явленні зустрічного позову. Тотожність зберігається при пред'явленні позову органами державної влади, органами місцевого самоврядування, прокурором, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, фізичними та юридичними особами на захист прав, свобод та інтересів інших осіб, якщо уже є рішення за вимогою самого суб'єкта спірного правовідношення. Зміна однієї альтернативної вимоги не виключає тотожності предмета позову [Див., напр.: 4, с. 254–255].

3. у провадженні цього чи іншого суду є справа зі спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав.

Аналізуючи цю підставу для відмови у відкритті провадження у справі, передусім варто звернути увагу на те, що законодавець прив'язує розгляд тотожного позову до конкретного органу – у цьому або іншому суді. Це зрозуміло, оскільки, як було зазначено, з однією і тою ж вимогою можна звертатися до суду лише один раз. З огляду на це, керуючись загальними засадами здійснення правосуддя, неможливим є одночасний розгляд тотожного позову в декількох судах.

Водночас, ця підстава викликає і друге запитання - як під час вирішення питання про відкриття провадження у справі суддя виявить те, що тотожна справа є у провадженні цього чи, тим більше, іншого суду. Видається, на практиці, це зробити майже нереально. Наявність у провадженні цього чи іншого суду тотожної справи, фактично, може бути виявлена лише після відкриття провадження у справі та й то лише, якщо хтось із учасників цивільної справи заявить про це. Погоджуюся із науковцями, які вказують на те, що про наявність тотожної справи суд найчастіше дізнається під час попереднього судового засідання або на стадії судового розгляду та у разі підтвердження цього факту залишає заяву без розгляду.

4. є рішення третейського суду, прийняте у межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справи в тому ж третейському суді виявився неможливим. Відповідно до ст. 17 ЦПК України сторони мають право передати спір на розгляд третейського суду, крім випадків, встановлених законом. Згідно зі ст. 5 Закону України "Про третейські суди" юридичні та/або фізичні особи мають право передати на розгляд третейського суду будь-який спір, який виникає з цивільних чи господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом.

У випадку, якщо третейський суд ухвалив рішення і воно набрало законної сили, особа не може повторно звертатися із тотожним позовом до суду. Водночас, звернення для вирішення спору у судовому порядку буде можливим, якщо суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справи в тому ж третейському суді виявився неможливим. Зокрема, згідно ст. 56 Закону України "Про третейські суди" заява про видачу виконавчого документа може бути подана до компетентного суду протягом трьох років з дня прийняття рішення третейським судом. Така заява підлягає розгляду компетентним судом протягом 15 днів з дня її надходження до суду. Про час та місце розгляду заяви повідомляються сторони, проте неявка сторін чи однієї зі сторін не є перешкодою для судового розгляду заяви.

При розгляді заяви про видачу виконавчого документа компетентний суд повинен витребувати справу з постійно діючого третейського суду, в якому

зберігається справа, котра має бути направлена до компетентного суду протягом п'яти днів від дня надходження вимоги. У такому випадку строк вирішення заяви про видачу виконавчого документа продовжується до одного місяця.

Ухвала про видачу виконавчого документа направляється сторонам протягом п'яти днів з дня її прийняття. Сторона, на користь якої виданий виконавчий документ, одержує його безпосередньо у компетентному суді.

Після розгляду компетентним судом заяви про видачу виконавчого документа справа підлягає поверненню до постійно діючого третейського суду.

Компетентний суд відмовляє в задоволенні заяви про видачу виконавчого документа, якщо:

- на день прийняття рішення за заявою про видачу виконавчого документа рішення третейського суду скасовано компетентним судом;
- справа, по якій прийнято рішення третейського суду, не підвідомча третейському суду відповідно до закону;
- пропущено встановлений цією статтею строк для звернення за видачею виконавчого документа, а причини його пропуску не визнані судом поважними;
- рішення третейського суду прийнято у спорі, не передбаченому третейською угодою, або цим рішенням вирішені питання, які виходять за межі третейської угоди. Якщо рішенням третейського суду вирішені питання, які виходять за межі третейської угоди, то скасовано може бути лише ту частину рішення, що стосується питань, які виходять за межі третейської угоди;
- третейська угода визнана недійсною компетентним судом;
- склад третейського суду, яким прийнято рішення, не відповідав вимогам, які передбачені цим Законом;
- рішення третейського суду містить способи захисту прав та охоронюваних інтересів, які не передбачені законами України;
- постійно діючий третейський суд не надав на вимогу компетентного суду відповідну справу;
- третейський суд вирішив питання про права і обов'язки осіб, які не брали участь у справі.

Ухвала компетентного суду про відмову у видачі виконавчого документа, якщо вона не була оскаржена в апеляційному порядку, набирає законної сили після закінчення строку на апеляційне оскарження. У разі подання апеляції ухвала компетентного суду набирає законної сили після розгляду справи судом апеляційної інстанції.

Сторони мають право протягом 15-ти днів після винесення компетентним судом ухвали про відмову у видачі виконавчого документа оскаржити цю ухвалу в апеляційному порядку. Після набрання законної сили ухвалою про відмову у видачі виконавчого документа спір між сторонами може бути вирішений компетентним судом у загальному порядку.

5. після смерті фізичної особи, а також у зв'язку з припиненням юридичної особи, які є однією із сторін у справі, спірні правовідносини не допускають правонаступництва.

Ця підстава зобов'язує суддю до вчинення певних процесуальних дій. Зокрема, суддя, у разі смерті фізичної особи, а також у зв'язку з припиненням юридичної особи (під припиненням юридичної особи, у цьому випадку варто розуміти ліквідацію юридичної особи), які є однією із сторін у справі, повинен перевірити чи спірні правовідносини допускають правонаступництво. Наприклад, право вимагати відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням

здоров'я, пов'язано з особою потерпілого та носить особистісний характер. Це право, відповідно до п. 3 ст. 1219 ЦК України, не входить до складу спадщини, тому не може переходити як спадщина, а отже, не виникає правонаступництва. У разі, якщо фізична особа подала позовну заяву про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, але до відкриття провадження у справі померла, суддя повинен відмовити у відкритті провадження у справі за поданою позовною заявою.

За загальним правилом, питання про відкриття провадження у справі або про відмову у відкритті провадження у справі повинно бути вирішено суддею не пізніше трьох днів з дня надходження заяви до суду (ч. 4 ст. 122 ЦПК України).

Із загального правила щодо перебігу строку на вирішення питання про відкриття провадження у справі законодавець встановлює виняток. Зокрема, перебіг трьохденного строку на відкриття провадження у справі може починатися із моменту закінчення строку, встановленого для усунення недоліків позовної заяви, та не пізніше наступного дня після отримання судом у порядку, передбаченому ч. 3 ст. 122 ЦПК України, інформації про місце проживання (перебування) фізичної особи.

Про відкриття провадження у цивільній справі або про відмову у відкритті провадження у цивільній справі суддя постановляє відповідну ухвалу.

В ухвалі про відмову у відкритті провадження у справі суддя повинен зазначити підстави відмови у відкритті провадження, роз'яснити право на апеляційне оскарження ухвали та зазначити правові наслідки відмови у відкритті провадження за поданою позовною заявою. Якщо суддя відмовляє у відкритті провадження в цивільній справі, відповідна ухвала повинна бути невідкладно (у той же або на наступний, після постановлення, день) надіслана позивачеві разом із заявою та усіма доданими до неї документами. Відмова у відкритті провадження у справі перешкоджає повторному зверненню до суду з тотожним позовом.

В ухвалі про відкриття провадження у справі суддя зазначає: 1) найменування суду, прізвище, ініціали судді, який відкрив провадження у справі, номер справи; 2) ким та до кого пред'явлено позов; 3) зміст позовних вимог; 4) час та місце попереднього судового засідання, якщо суддя вирішив, що його проведення є необхідним, або час і місце судового розгляду справи, якщо суддя вирішив, що проведення попереднього судового засідання у справі не є необхідним; 5) пропозиція відповідачеві подати у зазначений строк письмові заперечення проти позову та посилання на докази, якими вони обґрунтовуються. За загальним правилом, ухвала про відкриття провадження у цивільній справі апеляційному оскарженню не підлягає, крім випадку, передбаченому п. 5 ч. 1 ст. 293 ЦПК України, - відкриття провадження у справі з недотриманням правил підсудності.

---

1. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: Монографія / В.В. Комаров, В.І. Тертишніков, В.В. Баранкова та ін.; За заг. ред. професора В.В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 928 с.
2. Гражданское процессуальное право: учеб. / Под общ. ред. проф. Л.В.Тумановой. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 608 с.
3. Цивільне процесуальне право України: [Підручник для юрид.вузів і фак. / В.В. Комаров, В.І. Тертишніков, Є.Г. Пушкар та ін.]; За ред. В.В. Комарова. – Харків: Право, 1999. – 592 с.
4. М.І. Балюк, Д.Д. Луспеник. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарії, рекомендації, пропозиції. Серія "Судова практика". – Х.: Харків юридичний, 2008. – 708с.

ОТКАЗ В ОТКРЫТИИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ДЕЛУ

С. Сеник

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Статья посвящена анализу оснований для отказа в открытии производства в гражданском деле. Автор утверждает, что такое процессуальное действие как открытие производства в деле всегда связано условиями права на предъявление иска, которое, в свою очередь, включает обстоятельства, с которыми закон связывает возникновение и реализацию права на предъявление иска. Внимание акцентировано на исключительности перечня оснований для отказа в открытии производства в деле. Конкретизировано вопрос о течении процессуального строка для открытия производства в деле.

Ключевые слова: юрисдикция, заинтересованность, определение.

DENIAL OF INSTITUTING THE PROCEEDINGS IN THE CIVIL CASE

S. Senyk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article concerns the analysis of the reasons for denial of instituting the proceedings in the civil case. The author asserts that such a procedural act is always connected with prerequisites of the right of action, which in its turn includes legal circumstances of the right of action arising and realization. A list of reasons for denial of instituting the proceedings is presented.

Key words: jurisdiction, interest, determination.

Стаття надійшла до редколегії: 04.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

МАЙНОВІ ПРАВА ЯК ОБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ

О. Яворська

Львівський національний університет ім. Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів,Україна

Стаття присвячена аналізу цивільної оборотоздатності майнових прав. Досліджено поняття та види майнових прав за цивільним законодавством України. Проаналізовано можливість майнових прав бути предметами договорів купівлі-продажу, міни. Досліджено застосування правових норм, що регулюють купівлю-продаж товарів, до купівлі-продажу майнових прав.

Ключові слова: зобов'язальні права. речові права, купівдя-продаж.

За ст. 190 Цивільного кодексу України (далі ЦКУ) [1] майнові права та обов'язки є майном. Законом України від 15 грудня 2005 р. цю статтю доповнено нормою, у якій зазначено, що майнові права є неспоживною річчю та є речовими правами. Майнові права та обов'язки визначаються через поняття "рухоме майно" і у Законі України від 18 листопада 2003 р. "Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень" [2].

До майнових прав належать речові, зобов'язальні права, виключні права, які з'явилися в цивілістиці у зв'язку з виокремленням інтелектуальної власності. У наукових джерелах по-різному оцінюють природу корпоративних прав. Принаймні можливо виділити три концепції: представники першої концепції обґрунтовують речово-правову природу корпоративних прав. Більш поширеною є концепція, представники якої обґрунтовують зобов'язально-правову природу корпоративних прав [напр. 3, с. 14]. Представники третьої концепції пояснюють специфіку корпоративних відносин та відводять їм окреме місце в предметі цивільно-правового регулювання поряд з речовими та зобов'язальними відносинами. Найпослідовніше цю позицію обстоює І. В. Спасибо-Фатєєва [4, с. 23–38].

Питання про суть речових та зобов'язальних прав також належить до дискусійних. Речове право надає своєму носієві можливість вчиняти будь-які дії щодо речі (у межах, встановлених законом), а також вимагати від інших осіб, коло яких є невизначеним, не порушувати його права. Змістом речового права, як суб'єктивного, є юридично забезпечена можливість його носія здійснювати будь-які дії щодо належного йому майна у межах, визначених законом. Таке право є абсолютним за своїм змістом, таким, що не залежить від волі інших осіб. Об'єктом речового права може бути лише річ. Саме за цією ознакою речові права вирізняються з-поміж інших цивільних прав, що теж характеризуються як абсолютні. Інші цивільні права, які хоч і здійснюються щодо речі, не мають абсолютного характеру. Їх реалізація прямо залежить від дій зобов'язаних осіб.

Правовому регулюванню речових прав присвячена глава третя ЦКУ. Основоположним в системі речових прав є право власності. У визначенні права власності (ст. 316 ЦКУ) власне і підкреслюється об'єкт права – річ та його абсолютний характер – здійснення за своєю волею незалежно від волі інших осіб. Право власності задовольняє потреби суб'єкта за допомогою юридично забезпеченої можливості вчиняти щодо належної йому речі будь-які власні активні дії (ч. 2 ст. 319 ЦКУ). Гарантією здійснення права є загальна заборона для всіх і кожного не порушувати право (конституційний принцип непорушності права приватної власності, ст. 321 ЦКУ). Види речових прав, підстави їх виникнення,

© Яворська О., 2011

зміни та припинення визначені законом і не можуть конструюватися суб'єктами на власний розсуд (ст. ст. 328, 395 ЦКУ).

Ще за часів римського приватного права виникли та розвинулися речові права на чуже майно, правове регулювання яких здійснюється нормами глави 30 ЦКУ. У найзагальнішому вираженні змістом права на чуже майно є можливість уповноваженої особи у визначених межах використовувати майно, що є об'єктом права власності іншої особи. Це покладає обов'язок на власника та на третіх осіб не вчиняти дій, що можуть створювати перешкоди для здійснення конкретного речового права на чуже майно. Речові права на чуже майно виникають на основі права власності, без якого їх існування немисливе. А отже, їм властиві ті самі характеристики, що і праву власності, зокрема, властивість слідувати за річчю, щодо якої вони установлені. За змістом повноважень речові права на чуже майно можуть бути настільки широкими, що статус носія цього права і статус власника будуть дуже схожими. Зокрема, особа, яка має речове право на чуже майно, має право на захист цього права, у тому числі й від власника майна (ст. 396 ЦКУ) тими способами та засобами, що установлені для захисту права власності. Тому спостерігаємо певну колізію права власності як суб'єктивного речового права і права на чуже майно, що його обтяжує. Право на чуже майно виявляється "сильнішим", оскільки суб'єкт права власності не може обмежити обсяг повноважень чи припинити його своєю волею. Тому види речових прав на чуже майно встановлюються виняткова законом. Речове право на чуже майно обмежує права власника майна (обтяжує майно), а не самого власника. Хоча речові права на чуже майно можуть виникати з договору, проте вони не є договірними. Види речових прав на чуже майно визначені у ст. 395 ЦКУ. Цей перелік не є вичерпним, оскільки законом можуть бути встановлені інші їх види. Речові права на чуже майно (як "безтілесні речі" за римським правом) можуть відчужуватися, за винятком особистих сервітутів. Допустимість їх відчуження на підставі цивільних договорів зумовлена тією обставиною, що вони, на відміну від права власності, обтяжують чуже майно, слідують за ним і не мають тісного нерозривного зв'язку з суб'єктом.

Зобов'язальне право предбачає можливість його носія вимагати від інших осіб, коло яких завжди визначене (контрагент за договором, заподіювач шкоди в деліктному зобов'язанні тощо), вчинення певних дій, що визначені суттю цивільного зобов'язання. Якщо підстави набуття речових прав визначені законом, то зобов'язальні права можуть виникати на підставах, що законом прямо не передбачені. Зокрема, зобов'язальні права можуть виникати з договору, який не передбачений актами цивільного законодавства, чи сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства – ст. 6 ЦКУ. Для речових прав характерним є право слідування – речове право завжди слідує за річчю. Зі знищенням речі чи її переробкою відповідно припиняється речове право або виникає нове, чого не можна сказати про зобов'язальні права.

Майнове право – це самостійна категорія і не може визначатися через інші поняття. Майнові права не можуть ототожнюватися з річчю, тому їх визначення через неспоживну річ, як це зазначено у ст. 190 ЦКУ, є некоректним. У самому ж ЦКУ неодноразово розмежовуються речі як вид майна та майнових прав. Наприклад, норми ст. 656 ЦКУ, у яких зазначено, що предметом договору купівлі–продажу може бути товар у розумінні матеріально існуючої речі (ч. 1 ст. 656) та майнові права (ч. 2 цієї ж статті). Схожий підхід відображено у ст. 718 ЦКУ, в якій визначено предмет договору дарування. Зведення майнових прав до прав речових,

як це простежено у нормах ст. 190 ЦКУ, є неправильним. Тому ст. 190 ЦКУ в першому її варіанті без доповнення частиною другою мала більш логічний та завершений характер.

Конструкція "право на право" з'явилася в німецькій юриспруденції. У законодавстві багатьох зарубіжних країн майнові права вважають до об'єктами, що можуть продаватися, купуватися. Наприклад, у Цивільному уложенні Німеччини передбачено, що правила про купівлю–продаж, відповідно, застосовуються до купівлі–продажу прав та інших предметів. Продавець несе витрати з обґрунтування і передання права. Якщо продано право, яке уповноважує на володіння річчю, то продавець зобов'язаний передати покупцеві річ, вільну від недоліків і обтяжень правом (§ 453) [5, с. 108]. Так, за правом Франції, Швейцарії, об'єктами права власності можуть бути як матеріальні та нематеріальні речі, зокрема, права [6, с. 118]. За ст. 529 Цивільного кодексу Франції рухомими за визначенням закону є зобов'язання і позови, які мають предметом вимогу грошових сум або рухомих речей, акцій або часток у фінансових, торгових або промислових організаціях [7, с. 249].

Така важлива ознака майнових прав, як їх відчужуваність, тобто відсутність безпосереднього, нерозривного зв'язку цих прав з особою носія, дає змогу говорити про них як про об'єкти цивільного обороту. Але чи всі майнові права, як об'єкт цивільних прав, можуть бути об'єктами цивільних, зокрема, зобов'язальних правовідносин? Наведені та інші відмінності є важливими для оцінки, які ж права можуть бути об'єктами цивільного обороту, точніше об'єктами договорів. У наукових джерелах немає сумнівів щодо зобов'язальних прав та їх можливості бути самостійними об'єктами цивільного обороту. Наприклад, А.С. Яковлєв зазначає: "очевидно, що зобов'язальні права на сьогодні є одним з реальних об'єктів цивільних правовідносин" [8, с. 62]. В. А. Бєлов заперечує за зобов'язальними правами режим об'єктів цивільних правовідносин: суб'єктивне право є самостійною категорією і не може бути об'єктом правовідносин, оскільки в такій ситуації суб'єктивне право стає об'єктом іншого права, що веде до появи конструкції "право на право" [9, с. 16–17].

Римське право визнавало зобов'язання як особистий зв'язок, а відтак, неможливість передання зобов'язального права іншій особі. Сучасне ж право знає різні форми передання зобов'язальних прав – у формі уступки права вимоги, на підставі договорів про відчуження права, опосередковано через застосування боргових (векселів, облігацій, заставних тощо), товаророзпорядчих цінних паперів. Однозначно, що не всі зобов'язальні права можуть передаватися іншим особам. Зокрема, у ст. 515 ЦКУ зазначено, що заміна кредитора не допускається у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю. Отже, такі зобов'язальні права не можуть самостійно передаватися за договорами.

Натомість більшість науковців вилучають речові права з числа об'єктів цивільних правовідносин. Речові права не можуть розглядатися як самостійний об'єкт цивільних правовідносин, у сфері цивільного обороту вони перебувають у нерозривному зв'язку з речами [8, с. 69]. Законодавче регулювання та реалії практики свідчать, що у цивільний оборот вводяться усе нові види об'єктів, у тому числі і "безтілесні" речі, якими є майнові права. Наукова дискусія щодо їх оборотоздатності триває. Уже нині однозначно можна стверджувати про допустимість укладення договорів щодо відчуження зобов'язальних прав.

Предметом відчуження можуть бути і речові права на чуже майно. Суб'єктивне право власності як абсолютне речове право, що тісно пов'язане зі своїм носієм, оскільки він своєю волею відповідно до закону здійснює це право, не може розглядатися як самостійний об'єкт цивільного обороту у відриві від речі. Це право – єдине і унікальне. Право на чуже майно, хоч і іменують речовим, є похідним від права власності, вторинним, не може існувати самостійно. Тому право власності, "відірвавшись" від речі, стає фікцією. Практичні потреби цивільного обороту потребують чіткості та визначеності. Запровадження конструкції "право власності на право власності" унеможливлюють таку визначеність.

У ч. 2 ст. 656 ЦКУ передбачено, що предметом договору купівлі–продажу можуть бути майнові права. У визначенні за ст. 655 ЦКУ договору купівлі–продажу, в якому йдеться про передання у власність майна (товару), прямо не зазначено, що майнові права можуть теж передаватися за цим договором. Майнові права не є товаром і у власність передаватися не можуть. До договору купівлі–продажу майнових прав застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не пов'язані зі змістом або характером цих прав. Про майнові права як предмет договору дарування йдеться у ст. 718 ЦКУ.

У працях вчених-цивілістів дореволюційного періоду чітко простежується позиція, що предметом купівлі–продажу (як і інших договорів про передання майна у власність) можуть бути виняткова речі. Таке твердження знаходимо, зокрема, у роботах В.І. Сінайського: "предметом купівлі-продажу можуть бути виключно речі, а не права" [10, с. 373]; Г.Ф. Шершенєвіча: "продавати і купувати можливо тільки речі в розумінні частин фізичного світу. Купівля–продаж майнових прав втрачає свої відмінні риси, зливаючись, певною мірою з уступкою прав за зобов'язаннями, а з точки зору юридичної така заміна точного поняття, пов'язаного з відомими наслідками, обширними і невизначеними поняттями, дає мало переваг" [11, с. 414]; Д.І. Мейєра: "купівля–продаж має предметом відчуження права власності на речі. Відповідно, коло її дії обмежується речами фізичними, які тільки і можуть належати на праві власності. Купівля–продаж не охоплює речей абстрактних, прав на чужі дії. У нас, правда, нерідко говорять про купівлю або продаж векселя, боргового листа тощо. Але з юридичної точки зору тут немає купівлі або продажу, а є тільки передання, уступка права" [12, с. 575].

Така новела правового регулювання неоднозначно сприймають у сучасній правовій літературі. Зокрема, І.М. Кучеренко зазначає, що предметом купівлі–продажу можуть бути також відчужувані майнові права, і як приклад наводить емфітевзис, право користування земельною ділянкою для забудови [13, с. 116–117]. Обстоюючи позицію про те, що предметом купівлі–продажу можуть бути тільки зобов'язальні права вимоги, А.С. Яковлєв, як виняток, наводить приклад відчуження частки у праві власності [8, с. 125]. О.О. Терлецький зазначає, що таке (за ст. 656 ЦКУ) широке тлумачення предмета договору купівлі–продажу, з одного боку, безперечно, відповідає принципу свободи договору як фундаментальній основі цивільного права, але, з іншого боку, породжує на практиці низку неузгодженостей [14, с. 191].

Законом України від 16 вересня 2008 р. "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву" [15] внесено низку змін і доповнень до Земельного кодексу України. Зокрема, ст. 93 ЗК доповнено новою частиною такого змісту: право оренди земельної ділянки може відчужуватися, у тому числі продаватися на земельних торгах, а також передаватися у заставу, спадщину, вноситися до статутного фонду власником земельної ділянки – на строк до 50 років,

крім випадків, визначених законом. Нормою ч. 5 ст. 102-1 ЗК встановлено заборону на відчуження землекористувачем права користування земельною ділянкою державної або комунальної власності. Пряма заборона встановлена на відчуження прав користування земельною ділянкою державної або комунальної власності для сільськогосподарських потреб (ч. 3 ст. 407 ЗК) та для забудови (ч. 3 ст. 413 ЗК). Органи державної влади та органи місцевого самоврядування відповідно до їхніх повноважень здійснюють продаж земельних ділянок державної або комунальної власності або прав на них (оренди, суперфіцію, емфітевзису) громадянам, юридичним особам, іноземним державам на підставах та в порядку, визначених ЗК (ст. 127 ЗК). Отже, в цивільний оборот вводяться зобов'язальні (право оренди) та речові права на чуже майно (суперфіцій, емфітевзис).

Дослідник В.В. Вітрянський зазначає: "необхідно визнати, що будь-яка оплатна уступка майнових прав (цесія) є продажем цих прав, а правила, що регулюють перехід прав кредитора, зокрема уступку вимоги, відображають зміст і характер відповідних майнових прав, а тому підлягають пріоритетному (відносно загальних положень про купівлю-продаж товарів) застосуванню" [16, с. 17].

Щодо міни майнових прав, то в наукових джерелах обґрунтовуються прямо протилежні погляди. В.В. Вітрянський, з посиланням на російське законодавство (аналогічні підходи передбачені й у ЦКУ), обґрунтовує неможливість міни майнових прав, оскільки положення ЦК РФ про договір міни не включають норму, що поширює їх дію на договори, за якими сторони взаємно уступають одна одній майнові права, аналогічну до норми загальних положень про договір купівлі–продажу. "З формально-юридичних позицій об'єктами міни є товари. Майнові права як самостійні об'єкти цивільних прав не є товаром за договором купівлі-продажу, а тому і не є товаром, обмін якого здійснюється на підставі договору міни. За договором міни кожна з сторін передає товар в обмін на інший у власність. Майнові права в самостійному вигляді не можуть належати кому-небудь на праві власності чи на іншому речовому праві" [16, с. 265–266]. Інші автори зазначають, що конструкція міни майнових прав незвична для вітчизняної цивілістики. Зі змісту правових норм, що регулюють договір міни, неможливо побачити пряму заборону договорів міни майнових прав. Сама собою міна майнових прав не суперечить природі договору міни. Можливо зробити висновок і про допустимість міни речі на майнове право.

Переконливішою є друга позиція. А якщо врахувати договірну свободу і можливість укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає його загальним засадам, то і договір міни майнових прав є можливим, так само, як і міна права на річ, чи навпаки.

Вбачається, що основна проблема практичного характеру полягає в пошуках відповіді на запитання: застосування яких саме положень про купівлю–продаж можливий, якщо предметом договору є майнове право. Насамперед, майнове право має бути ідентифіковане для мети договору. Продавець (це стосується і дарувальника) такого права має зазначити основне зобов'язання, підставу його виникнення, боржника, зміст права. У ст. 517 ЦКУ зазначено, що первісний кредитор у зобов'язанні (він же продавець чи дарувальник права) має передати новому кредиторові (покупцеві майнового права) документи, які засвідчують права, що передаються, та інформацію, яка важлива для їх здійснення. Про обов'язок продавця передати разом з товаром приналежності та документи йдеться у ст. 662 ЦКУ. Підлягає застосуванню ст. 517 ЦКУ, відповідно, відпадає потреба у застосуванні норм ст. 662 ЦКУ. Оскільки для заміни кредитора в зобов'язанні не

встановлено іншого, то підлягає застосування ст. 659 ЦКУ, якою регламентовано обов'язок продавця попередити покупця про права третіх осіб на товар. Адже право, яке передається, може бути предметом застави чи мати інші обтяження. Цей обов'язок варто встановити і для дарувальника – як в разі дарування майна, так і під час дарування майнових прав. Враховуючи суть зобов'язання з передання майнового права, не підлягають застосуванню ті статті гл. 54 ЦКУ, якими регламентовано правила про строк, місце та момент виконання обов'язку продавцем. Право, що є предметом купівлі–продажу, міни чи дарування набувається у момент укладення договору. Таке правило варто закріпити як законодавчу норму.

Оскільки йдеться про купівлю–продаж права, то обов'язок покупця – оплатити встановлену договором ціну, а відтак, можливо застосувати норми ст. ст. 691–695 ЦКУ. Оплата передання права покупцеві може бути проведена з відстроченням або розстроченням платежу, може бути передоплата, хоча, враховуючи специфіку зобов'язальних відносин, передоплата не буде вигідною для покупця.

Доцільно встановити правило про письмову форму договору купівлі–продажу майнового права. Загалом норми про форму правочинів, предметом яких є майнові права, мають розміщуватися у гл. 16 ЦКУ. Для цієї мети доцільно доповнити ст. 208 ЦКУ пунктом 4 такого змісту: *"правочини з майновими правами"*, а пункт 4 цієї статті, відповідно, вважати пунктом 5.

У ст. 679 ЦКУ визначено, що продавець відповідає за недоліки товару, якщо покупець доведе, що вони виникли до передання товару покупцеві або з причин, які існували до цього моменту. Право, що передається за договором, не може само собою мати недоліки. Але може йтися про недоліки документів, переданих на підтвердження права. Тому норми ст. 679 ЦКУ можуть застосовуватися за аналогією. Що ж до строків виявлення недоліків і пред'явлення вимог у зв'язку з недоліками проданого товару, то стосовно передання майнового права треба керуватися оцінювальним поняттям "розумний строк". Встановлення конкретних строків на такі випадки вбачається неможливим. Потрібне і спеціальне правило про застосування позовної давності на випадок вимог про недоліки переданих документів. Однак потрібно врахувати і специфіку самого права, що передається. Зобов'язальне право не може існувати як завгодно довго в часі, на відміну від права речового. Чи можна говорити про страхування ризику невиконання обов'язку боржником, право вимоги до якого продане? Відповідь може бути ствердною, однак умова про страхування має бути виключно договірною.

---

1. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.
2. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень: Закон України від 18 листопада 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 11. – Ст. 140.
3. Луць В. В. Акціонерне право: Навчальний посібник. Сивий Р. Б., Яворська О. С. – К. : Концепн Видавничий Дім "Ін Юре", 2004.
4. Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: Корпоративные правоотношения. – Харьков: Право, 1998.
5. Гражданское уложение Германии. Науч. ред. А. Л. Маковский и др. – 2-е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006.
6. Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. В.П. Мозолина, М. И. Кулагина. – М., 1980.
7. Французский гражданский кодекс : учеб.-практич. комментарий. – М. : Проспект, 2008.

8. Яковлев В. Ф. К проблеме гражданско-правового метода регулирования общественных отношений / В. Ф. Яковлев // Антология уральской цивилистики (1925–1989) : сборник статей. – М. : Статут, 2001.
9. Белов В. А. Сингулярное правоприемство в обязательстве: опыт исторического исследования теоретической и догматической конструкции и обобщения российской судебной практики / В. А. Белов. – М. : ЮрИнфоР, 2000.
10. Синайский В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. – М. : Статут, 2002.
11. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула : Автограф, 2001.
12. Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. / Д. И. Мейер. – По испр. и доп. 8-му изд., 1902.– М., 1997. – Ч. 1. – 719 с. – (Серия : Классика российской цивилистики).
13. Цивільне право України : академічний курс : підруч. : у 2 т. Т. 2. Особлива частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — К. : Концерн Видавничий Дім „Ін Юре", 2003.
14. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Т.ІІ.
15. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву : Закон України від 16 вересня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 48.
16. Брагинский М. И. Договорное право. Книга вторая: договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 4-е изд., стереотипное. – М. : Статут, 2002.

ИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПРАВА КАК ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

О. Яворская

Львовский национальный университет им. Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Статья посвящена анализу гражданской оборотоздатності имущественных прав. Исследовано понятие и виды имущественных прав по гражданскому законодательству Украины. Проанализирована возможность имущественных прав быть предметами договоров покупки-продажи, мины. Исследовано применение правовых норм, которые регулируют покупку-продажу товаров, к покупке-продажи имущественных прав.

Ключевые слова: обязательственные права. вещественные права, купівдя-продаж.

PROPERTY RIGHTS AS OBJECTS OF CIVIL CIRCULATION

O. Javors'ka

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article addresses the analysis of civil circulation capacity of property rights. Notion and kinds of property rights under the civil legislation of Ukraine are researched. Property rights possibility to be a subject-matter of purchase and sale and exchange agreements is analyzed. Application of legal norms on purchase and sale of goods as to purchase and sale of property rights is elucidated.

Key words: obligation rights, real rights, purchase and sale.

Стаття надійшла до редколегії: 14.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДЕРЖАВНОЇ ІНСПЕКЦІЇ ПРАЦІ В УКРАЇНІ

Д. Лещух

Львівский національний університет імені Івана Франка
Вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Статтю присвячено теоретичним проблемам визначення адміністративно-правового статусу державної інспекції праці в Україні як спеціалізованого органу контролю державної виконавчої влади з надвідомчою компетенцією. Досліджено поняття та структуру адміністративно-правового статусу згаданих державних інспекцій, їх місце як органів контролю в системі виконавчої влади, систему функцій та адміністративно-правових повноважень, форми та методи їх контрольної діяльності, повноваження державних інспекцій щодо попередження та припинення правопорушень, Сформульовано пропозиції щодо оптимізації адміністративно-правового статусу державних інспекцій шляхом внесення змін і доповнень до чинного законодавства.

Ключові слова: державна інспекція, адміністративно-правовий статус, виконавча влада, контроль, компетенція, повноваження, форми, методи.

Державна інспекція праці виконує важливу соціальну функцію, здійснюючи державний контроль за дотриманням підприємствами, установами, організаціями та фізичними особами, які використовують найману працю, законодавства про працю та загальнообов'язкового державного соціального страхування. Результати цієї діяльності безпосередньо впливають на вирішення таких проблем, як виплата заборгованої заробітної плати, дотримання мінімальних гарантій оплати праці та реалізації найманими працівниками своїх трудових прав.

Серед вітчизняних вчених окремі проблеми правового статусу державної інспекції праці аналізувались у дисертаціях на здобуття вченого ступеня кандидата юридичних наук у межах. дослідження нагляду та контролю за дотриманням законодавства про працю [1]. Теоретичну базу дослідження становлять також праці представників науки адміністративного права і науки управління в галузі організації та діяльності контрольно-наглядових органів [2].

Держнаглядпраці та його територіальні державні інспекції праці є органами, уповноваженими здійснювати державний нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю на підставі наступних положень законів України. Так, статтею 259 Кодексу законів про працю України визначено, що нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю здійснюють спеціально уповноважені на те органи та інспекції, які не залежать у своїй діяльності від власника або уповноваженого ним органу. У статті 35 Закону України „Про оплату праці" зазначено, що контроль за додержанням законодавства про оплату праці здійснюють Міністерство праці та його органи. Статтею 27 Закону України „Про відпустки" також зазначено, що нагляд за додержанням законодавства про відпустки здійснюють спеціально

© Лещух Д., 2011

уповноважені на те органи та інспекції, які не залежать у своїй діяльності від власника або уповноваженого ним органу.

На виконання вищеназваних законодавчих норм постановою Кабінету Міністрів України від 30.08.2000 № 1351 у складі Міністерства праці та соціальної політики було утворено Державний департамент нагляду за додержанням законодавства про працю як урядовий орган державного управління в межах коштів, передбачених на утримання Міністерства праці та соціальної політики. Постановою Кабінету Міністрів України від 18.01.03 № 50 було затверджено чинне на сьогодні Положення про Державний департамент нагляду за додержанням законодавства про працю, яким визначені повноваження, права та обов'язки державних інспекторів праці [3].

Також повноваження, права та обов'язки державних інспекторів праці Держнаглядпраці та територіальних державних інспекцій праці визначені, крім загальних законів, Кодексом України про адміністративні правопорушення та конвенціями Міжнародної організації праці (далі – МОП), ратифікованих законами України „Про ратифікацію Конвенції міжнародної організації праці № 81 1947 року про інспекцію праці у промисловості й торгівлі" від 08.09.04 № 1985-IV[4] та „Про ратифікацію Конвенції міжнародної організації праці № 129 1969 року про інспекцію праці в сільському господарстві" від 08.09.04 № 1986-IУ[5].

Щодо застосування Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності"[6] (далі закон № 877) стосовно реалізації Держнаглядпраці та територіальних державних інспекцій праці своїх повноважень, слід відзначити наступне.

Держнаглядпраці входить до числа уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, зазначених у ст. 1 Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності". Дія цього Закону поширюється на діяльність Державного департаменту нагляду за додержанням законодавства про працю. В той же час, ряд положень Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" певним чином обмежують повноваження Держнаглядпраці, надані Конвенцією 1947 року №81 про інспекцію праці у промисловості та торгівлі і Конвенцією 1969 року №129 про інспекцію праці в сільському господарстві, які ратифіковані Україною та набули законної сили з 10 листопада 2005 року.

Враховуючи вищевикладене, деякі положення Закону 877 не можуть застосовуватись державними інспекторами праці у їх практичній роботі як такі, що не відповідають наступним нормам вищеназваних ратифікованих конвенцій Міжнародної організації праці. Так у листі Державного департаменту нагляду за додержанням законодавства про працю від 25 жовтня 2007 року № 013-1636-32, Методичних вказівках щодо порядку здійснення державного нагляду (контролю) від 19 грудня 2007 року № 013-1878-01 та листі Мінпраці та соціальної політики від 11.07.2008р. № 2906/0/10-08/013 міститься ряд застережень.

Частина третя статті 4 Закону 877 щодо здійснення контрольних заходів лише у робочий час, встановлений правилами внутрішнього трудового розпорядку, не відповідає вимогам підпункту "а" пункту 1 статті 12 Конвенції № 81, яким надається державним інспекторам праці право проходити на підприємство у будь-яку годину доби.

Зазначене право пов'язане із необхідністю здійснення контролю за дотриманням роботодавцем законодавства про працю щодо залучення працівників до надурочних робіт, виявлення фактів виконання трудових обов'язків громадянами, трудові відносини з якими не оформлені, та з інших відповідних питань трудового законодавства.

Крім того, правилами внутрішнього трудового розпорядку встановлюється виключно режим роботи працівників, який при застосуванні змінної роботи є відмінним від режиму роботи підприємства, тобто суб'єкта господарювання. Дотримання роботодавцем встановленого для працівників правилами внутрішнього трудового розпорядку режиму роботи та відпочинку має контролюватись державними інспекторами праці у будь-який час доби.

Частина одинадцята статті 4 Закону 877 щодо здійснення контрольного заходу у присутності керівника чи уповноваженої ним особи не відповідає пункту 2 статті 12 Конвенції № 81, яка дозволяє інспекторам праці не повідомляти роботодавця або його представника про свою присутність на підприємстві, якщо вони вважатимуть, що таке повідомлення може завдати шкоди виконанню їх обов'язків, тобто ефективності здійснення контрольних заходів.

Частина дванадцята статті 4 Закону 877 щодо внесення перед початком перевірки запису до відповідного журналу не відповідає підпункту "а" пункту 1 та пункту 2 статті 12 Конвенції № 81, які надають право інспектору праці безперешкодно проходити на підприємство та у разі потреби не повідомляти роботодавця або його представника про свою присутність на підприємстві.

Частини перша та друга статті 5, частина третя статті 22 Закону 877 щодо формування плану контрольних заходів залежно від ступеня ризику господарської діяльності об'єкта перевірки для безпеки життя і здоров'я населення не відповідають вимогам статті 16 Конвенції № 81, відповідно до якої контрольні заходи проводяться так часто і так ретельно, як це необхідно для забезпечення ефективного застосування відповідних положень законодавства. При цьому, названою нормою міжнародного права не передбачено врахування рівня впливу господарської діяльності об'єкта перевірки на життєдіяльність населення чи працівників, або будь-яких інших критеріїв.

Частина четверта статті 5 Закону 877 щодо попереднього повідомлення суб'єкта господарювання про проведення контрольного заходу не відповідає підпункту "а" пункту 1 статті 12 Конвенції № 81, яким встановлено що відвідування проводиться без попереднього повідомлення.

Абзац другий частини першої та частина третя статті 6 Закону 877 щодо обов'язкової наявності у державного інспектора праці посвідчення (направлення) на проведення перевірки та необхідності надання суб'єкту господарювання копії документа, який є підставою для проведення перевірки, не відповідають вимогам підпункту "а" пункту 1 статті 12 Конвенції № 81 щодо права інспектора праці безперешкодно проходити на підприємство. Необхідність оформлення посвідчення (направлення) на проведення перевірки, ознайомлення суб'єкта господарювання з підставою проведення перевірки не дозволить йому оперативно реагувати на порушення законодавства про працю.

Крім того, пункт "с" статті 15 Конвенції № 81 зобов'язує інспектора праці вважати абсолютно конфіденційним джерело будь-якої скарги чи інформації на недоліки або порушення правових норм і утримуватись від повідомлення роботодавцю або його представнику інформації про те, що перевірка проводиться у зв'язку з отриманням такої скарги чи інформації.

Таким чином, інспектору праці заборонено повідомляти представнику суб'єкта господарювання про те, що перевірка проводиться на виконання доручення керівництва перевірити факти, викладені у скарзі певного громадянина чи у будь-якому іншому джерелі інформації про можливе порушення законодавства про працю.

Частина перша–п'ята статті 7 Закону 877 щодо необхідності оформлення наказу та посвідчення (направлення) на проведення перевірки, абзац третій статті 10 Закону 877 щодо права суб'єкта господарювання під час здійснення державного нагляду (контролю) одержувати від державних інспекторів праці копії посвідчення (направлення) на проведення планового або позапланового заходу, а також частина третя абзацу четвертого цієї ж статті щодо права не допускати державного інспектора праці до здійснення державного нагляду (контролю) у разі ненадання ним копії посвідчення (направлення) на проведення планового або позапланового заходу не відповідають вимогам абзацу першого пункту 1 статті 12 Конвенції № 81, яким встановлено, що інспектор праці має бути забезпечений лише документами, що засвідчують його повноваження. Такими документами можуть бути службове посвідчення та копії нормативно-правових актів, які встановлюють повноваження, права та обов'язки державного інспектора праці. Оформлення всіх інших документів створює перешкоду інспектору праці негайно відвідати об'єкт перевірки та забезпечити дотримання роботодавцем вимог законодавства про працю.

Аналогічні норми викладені й у статтях 16, 20, 21 Конвенції Міжнародної організації праці № 129 1969 року про інспекцію праці в сільському господарстві.

Слід зазначити, що відповідно до ст. 3 Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" державний нагляд (контроль) здійснюється за принципами дотримання умов міжнародних договорів України. Відповідно до Закону України "Про дію міжнародних договорів на території України" ратифікація Конвенції надає її положенням силу національного закону.

Поряд з цим існує цілком протилежна думка Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, який у листі від 10.07.2008 р. №5811 вважає що закон № 877 поширюється на діяльність Держнаглядпраці без будь-яких застережень[7].

Така невизначеність не сприяє підвищенню ефективності реалізації органами Держнаглядпраці та територіальних державних інспекцій праці своїх повноважень. Саме тому варто погодитись із думкою Мінпраці, що усунення протирічних положень між згаданими національним та міжнародними актами можливе шляхом внесення змін у частину 2 статті 2 Закону № 877 у вигляді виключення із сфери його дії вказаного виду контролю.

Оскільки повноваження, права та обовязки державних інспекторів детально визначені у Конвенціях МОП, Мінпраці створило проект Закону Уряїни *"Про внесення змін до статті* 2 Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності", який на сьогодні перебуває на погодженні у центральних органах державної виконавчої влади та обєднаннях роботодавців та профспілок.

На підставі аналізу нормативно-правових актів, які визначають адміністративно-правовий статус державних інспекцій праці можна зробити висновок, що на сьогодні мають місце певні неточності як у визначенні статусу згаданих інспекцій, так і їх організації. У зв'язку з цим слід прийняти окреме

положення, у якому доцільно розширити повноваження державних інспекцій праці щодо попередження та припинення правопорушень, а саме :

– надати у виключних випадках право самостійно припиняти роботи, що ведуться з порушенням встановлених правил і норм;
– закріпити право державних інспекторів праці ставити перед відповідними органами питання про припинення чи скасування актів управління, які суперечать трудовому законодавству та право відсторонювати від роботи осіб, винних у вчиненні правопорушень;
– закріпити в положеннях про державну інспекцію праці чітко сформульоване основне їх завдання – попередження правопорушень.

Наприкінці варто зазначити, що відповідно до Указу Президента України №1085 / 2010 "Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади" від від 9 грудня 2010 року [8] утворено Державну інспекцію з питань праці. шляхом реорганізації Міністерства праці і соціальної політики України. Цю інспекцію включено у систему центральних органів виконавчої влади, а її діяльність координується Віце-прем'єр-міністром України – Міністром соціальної політики. Хочеться вірити що у новому положенні, яке визначатиме правовий статус Державної інспекції питань праці, буде враховано всі зауваження щодо невизначеності повноважень діючої Державної інспекції праці.

---

1. Попович Є.М. Нагляд і контроль за дотриманням трудового законодавства України. – Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення. – Національний університет внутрішніх справ, Україна, Харків, 2003.Замченко Г.О. Принципи нагляду та контролю за дотриманням законодавства про працю України.Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення. – Харківський національний університет внутрішніх справ, Україна, Харків, 2008.
2. Лебідь Н.В. Адміністративно-правовий статус державних інспекцій в Україні. – Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.07 – теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. – Національний університет внутрішніх справ, Україна, Харків, 2004. Костилев В.В. Організаційно-правові засади контрольної діяльності державних інспекцій в соціальній сфері. –Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата наук з державного управління за спеціальністю 25.00.01 – теорія та історія державного управління. - Харківський регіональний інститут державного управління Української Академії державного управління при Президентові України. - Харків, 2003 р.
3. Офіційний вісник України від 07.02.2003 – 2003 р., № 4, стор. 230, стаття 111, код акту 24193/2003.
4. Офіційний вісник України від 15.10.2004 – 2004 р., № 39, стор. 9, стаття 2570, код акту 30213/2004.
5. Офіційний вісник України від 15.10.2004 – 2004 р., № 39, стор. 9, стаття 2571, код акту 30214/2004.
6. Відомості Верховної Ради України від 20.07.2007 – 2007 р., № 29, стор. 1001, стаття 389.
7. "Бухгалтерія" №35 01.верес. 2008.
8. Офіційний вісник України від 17.12.2010 – 2010 р., № 94, стор. 15, стаття 3334, код акту 53839/2010.

ПРАВОВОЙ СТАТУС ГОСУДАРСТВЕННЫХ ИНСПЕКЦИЙ ТРУДА В УКРАИНЕ

Д. Лещух

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская 1, Львов, Украина

Исследование посвящено теоретическим проблемам определения административно-правового статуса государственных инспекций труда в Украине как специализированных органов контроля исполнительной власти с вневедомственной компетенцией.

Определены понятие и структура административно-правового статуса государственных инспекций труда, их место как органов контроля в системе исполнительной власти, система функций и административно-правовых полномочий государственных инспекций, формы и методы их контрольной деятельности, полномочия государственных инспекций по предупреждению и пресечению правонарушений. Комплексному анализу подвергнуты функции и полномочия государственных инспекций труда. Обоснован вывод о необходимости комплексного применения государственными инспекциями административно-юрисдикционных и профилактических полномочий с целью обеспечения соответствия их организационно-правового положения в системе органов исполнительной власти тем задачам, которые поставлены перед госинспекциями, практическим потребностям осуществления государственного контроля.

Ключевые слова: государственная инспекция, административно-правовой статус, контроль, компетенция, полномочия, формы, методы, взаимодействие, оптимизация.

LEGAL STATUS OF STATE LABOUR INSPECTION IN UKRAINE

D. Leshchuh

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article is devoted to the theoretical issues of administrative-legal status definition of state labour inspection in Ukraine as specialized control body of the state executive power with above-departmental discretion. Notion and structure of administrative-legal status of the mentioned state inspections, as well as their place as control bodies in the executive power system, their functions system and administrative-legal authority, forms and methods of control activity, authority in respect of offence prevention and suppression, are elucidated. The author lists a number of propositions concerning improvement of administrative-legal status of state inspections by current legislation amending.

Key words: state inspection, administrative-legal status, executive power, control, discretion, authority, forms, methods.

Стаття надійшла до редколегії: 24.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ КОНКУРЕНЦІЇ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

О. Рим

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул.Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail:olenamakar@yahoo.com

Вивчено поняття конкуренції у трудових правовідносинах та характеризовано його зміст. Запропоновано визначення поняття "конкуренція у трудових правовідносинах".

Ключові слова: трудові правовідносини, нечесна конкуренція, конкуренція у трудових правовідносинах, форми нечесної конкуренції, угода про неконкуренцію.

Важливою ознакою ринкових відносин, що виражає їхню сутність, вважається конкуренція суб'єктів підприємництва. Вона, зазвичай, стимулює підвищення продуктивності праці, посилення темпів науково-технічного прогресу, зумовлює організаційні й структурні зміни в економіці.

Та на відміну від комерційної конкуренції, таке явище у трудових правовідносинах є небажаним. Зокрема, використання працівником комерційної таємниці чи конфіденційних відомостей роботодавця з метою отримання переваг над іншими учасниками ринкових відносин у переважній більшості розвинутих країн або ж обмежується, або взагалі заборонено.

Вітчизняне трудове законодавство дотепер не містить спеціальних норм, які б визначали правила взаємовідносин працівників і роботодавців у сфері конкурентної діяльності. Тому об'єктивно існує необхідність здійснення наукових досліджень з метою встановлення ефективних правових механізмів запобігання конкуренції у трудових правовідносинах, а також вироблення рекомендацій щодо внесення до чинного трудового законодавства відповідних правових норм.

Переважно проблеми конкуренції у трудових правовідносинах були об'єктом дослідження правників у країнах з розвиненою економікою (Л. Мельвіль, Ю. Стенцель, Р. Тазьбір). Деякі аспекти правового регулювання конкуренції у трудових правовідносинах та її запобігання відображені у працях представників науки трудового права (І.Я. Кісєльов, Т.В. Парпан, П.Д. Пилипенко). Та найбільше відносини конкуренції досліджувала наука цивільного права (Г.А. Андрощук, Л. Гальперін, П.П. Крайнєв, А.Е. Кузьмін, С.А. Паращук, К.Ю. Тотьєв, Т.Г. Удалов). Однак проблема конкуренції у трудових правовідносинах, характеристика способів запобігання такій конкуренції та її форми залишаються все ще не дослідженими. За цих обставин існує нагальна потреба визначити це правове поняття та охарактеризувати його сутність.

Відразу зауважимо, що поняття конкуренції є одним з важливих понять, що виражає сутність ринкових відносин. Вона достатньо вагомий чинник всієї системи ринкового господарства. Однак не будь-яка конкуренція схвалюється, підтримується і захищається на державному рівні. Чинне законодавство багатьох країн забороняє і припиняє ті її форми, які ґрунтуються на нечесних методах здійснення підприємницької діяльності. У юридичній літературі вони так і називаються – нечесною конкуренцією (unfair competition (англ.), unlautered Wettbewerb (нім.)).

Не зовсім чесні методи економічного суперництва з'явилися за довго до зародження капіталістичного способу виробництва і були відомі ще

© Рим О., 2011

рабовласницькому і феодальному суспільствам. Вони також були простежені і в період капіталізму вільної конкуренції (тобто до процесу концентрації капіталу і утворення великих монополістичних структур). Але у зазначені періоди розвитку світової економіки нечесні конкурентні дії не отримали широкого розповсюдження та не могли суттєво вплинути на економіку й інтереси суспільства загалом [1, с. 181].

Науково-технічний прогрес і, як наслідок, розвиток підприємництва та конкуренції, посилили негативний вплив різноманітних форм нечесної конкуренції на розвиток економіки. А це призвело до збільшення порушень прав та законних інтересів суб'єктів підприємництва.

Суть проблеми полягала у тому, що здійснення конкурентних дій об'єктивно пов'язане зі створенням конкретних "перешкод" іншим суб'єктам підприємництва (конкурентам). І таке створення "перешкод" не завжди можна було назвати протиправним. Адже якщо підприємець у процесі конкурентної боротьби завдає шкоди конкурентам шляхом використання досягнень науки і техніки, умінням вести справи, тобто чесною конкуренцією, то таке заподіяння шкоди не є протиправним, оскільки ґрунтується на використанні ним права вільної конкуренції. Натомість свобода здійснення конкурентної діяльності не є абсолютною. Вона має певні межі, що визначаються з урахуванням дотримання аналогічного права іншого суб'єкта.

Порушення прав конкурентів, нечесне, неправомірне ведення підприємницької діяльності є основою нечесної конкуренції. Саме собою це поняття має негативне значення, однак часто його використовують для визначення меж правомірності поведінки конкурентів і, відповідно, протиправності дій, які виходять за ці межі.

Аналізуючи чинні вітчизняні нормативно-правові акти, в яких міститься визначення поняття „недобросовісна конкуренція", можна переконатись, що будь-яка поведінка чи методи конкурентної боротьби можуть бути визнані нечесними (недобросовісними) у двох випадках:

по – перше, якщо такі дії простежуються у відносинах між конкуруючими у певній місцевості суб'єктами господарювання;

по-друге, якщо вони суперечать правилам, торговельним та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності [2, с. 45].

Неважко здогадатися, що конкуренція, у тому числі і нечесна, як це випливає із наведеного, може мати місце тільки у відносинах між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність. Тобто, необхідним і первинним є факт здійснення самої конкурентної діяльності між господарюючими суб'єктами. Однак світовій практиці відомі випадки конкурентної діяльності, що можуть мати інший суб'єктний склад. Йдеться про конкуренцію у трудових правовідносинах.

Зазначимо, що конкуренція як певне явище в економічному обороті, у ринкових відносинах загалом дозволена, більше того, вона стимулюється і заохочується як позитивна річ. Однак у трудових правовідносинах вона неприйнятна, оскільки конкурентна діяльність працівника щодо роботодавця може мати негативні наслідки для останнього, адже порушує його права та законні інтереси. Тому трудове законодавство мало б запобігати будь-якій конкуренції, якщо вона має місце у відносинах між працівником і роботодавцем.

При цьому потрібно звернути увагу на те, що відносини конкуренції можуть поставати саме між суб'єктами індивідуальних трудових правовідносин. Наприклад, отримавши інформацію, що складає зміст комерційної таємниці, для виконання трудових обов'язків, найманий працівник потенційно може вчинити дії, у результаті яких роботодавець втратить переваги у конкурентній боротьбі щодо

інших учасників ринку, котрими він володів у силу того, що цінна комерційна інформація перебувала у його монопольному розпорядженні. Натомість учасники правовідносин з працевлаштування, соціального партнерства, навчання і перекваліфікації на виробництві, нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства та вирішення трудових спорів не можуть вчиняти дій, що кваліфікуватимуться як конкуренція з огляду на їх суб'єктний склад та специфіку юридичних фактів, що є підставами для їхнього виникнення.

Отже суб'єктами конкурентних дій у трудових правовідносинах можуть бути лише працівник та роботодавець. При цьому форми прояву самої конкуренції цих суб'єктів є досить різноманітними.

Світовий досвід, зокрема, засвідчує, що найбільш розповсюдженими формами конкуренції у трудових правовідносинах, тобто зовнішнім виразом сутності цієї правової категорії, вважаються розголошення комерційної таємниці роботодавця та самовільне використання працівником конфіденційних відомостей останнього в особистих інтересах або на користь третьої особи. При цьому, як слушно зазначає Ю. Стенцель, використовувати термін "конкурентна діяльність" до трудових правовідносин ми можемо лише умовно, оскільки відсутній сам факт економічних конкурентних відносин між сторонами трудового договору. Виняток становить лише використання комерційної таємниці роботодавця працівником під час здійснення ним підприємницької діяльності, адже в такому разі він сам перетворюється на конкурента роботодавця [3, с. 98]. Попри це, використання саме цього терміна є слушним, адже відповідні заборони і обмеження спрямовані на недопущення порушення прав роботодавця саме як учасника економічної конкурентної боротьби.

Нагадаємо, що економічна конкуренція, тобто змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, усіляко на державному рівні підтримується і захищається, оскільки зумовлює подальший розвиток економіки. Зокрема, за порушення законодавства про захист економічної конкуренції можуть застосовуватись заходи юридичної відповідальності щодо винних осіб. Підстави для застосування таких заходів визначаються спеціальним Законом України "Про захист від недобросовісної конкуренції" від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР.

Зважаючи на зміст та спрямованість конкурентних дій, цей закон дає змогу не лише вказати на форми економічної конкурентної діяльності, що вважаються нечесними і підлягають обмеженню, але й певним чином їх згрупувати. Зокрема, до першої групи належать неправомірні дії, що спрямовані на отримання певних переваг над конкурентами за рахунок їхньої інтелектуальної діяльності та ділової репутації. Другу групу формують неправомірні дії, які мають на меті дезорганізацію виробничого процесу конкурента, створення йому перешкод у процесі конкурентної боротьби та досягнення неправомірних переваг у конкуренції. І нарешті, останню групу виражають дії, які пов'язані з неправомірним збиранням, розголошенням (схиленням до розголошення) та використанням комерційної таємниці [4, с. 72–79].

Неважко переконатися з наведеного, що економічна конкуренція дозволяється у тих формах, які не заборонені на законодавчому рівні. При цьому, звертаємо увагу на третю групу форм нечесної економічної конкуренції, а саме, – неправомірне розголошення та використання комерційної таємниці. Очевидно, розголошення комерційної таємниці роботодавця працівником як форма конкуренції у трудових правовідносинах фактично формує об'єктивну сторону

правопорушення "нечесна економічна конкуренція". Так само, як і неправомірне використання цих відомостей найманим працівником під час здійснення власної підприємницької діяльності.

З урахуванням наведеного доходимо висновку, що форми конкурентної діяльності у трудових правовідносинах тотожні нечесним формам економічної конкуренції третьої групи поділу, який пропонується вище. Але так може видатися лише на перший погляд. І для того, щоб спростувати це припущення, спробуємо детальніше з'ясувати характер тих дій, за допомогою яких вчиняється конкуренція у трудових правовідносинах. Зазначимо, що у зарубіжній юридичній літературі їх вважають способами вчинення конкурентної діяльності, що, вочевидь, є цілком закономірно. До них, зокрема, належать:

- здійснення працівником господарської діяльності аналогічної з діяльністю теперішнього чи колишнього роботодавця;
- виконання роботи за сумісництвом на конкурента роботодавця;
- виконання роботи за трудовим договором на конкурента колишнього роботодавця;
- виконання роботи чи надання послуг за цивільно-правовими договорами на користь конкурента роботодавця;
- участь у створенні та діяльності господарських товариств – конкурентів роботодавця;
- доведення до відома сторонніх осіб конфіденційних комерційних відомостей роботодавця, у тому числі повідомлення цієї інформації його конкурентам, та інші способи.

Як бачимо, не усі перелічені вище дії можна вважати проявами нечесної економічної конкуренції з огляду на те, що вчиняються вони фізичними особами (найманими працівниками чи колишніми найманими працівниками), а не суб'єктами підприємницької діяльності. Такими є передусім робота за сумісництвом на конкурента роботодавця, а також надання послуг за цивільно-правовими договорами на користь конкурента роботодавця.

Тим самим, згідно з чинним вітчизняним законодавством лише доведення до відома сторонніх осіб конфіденційних комерційних відомостей роботодавця, у тому числі повідомлення цієї інформації його конкурентам, а також здійснення працівником господарської діяльності аналогічної з діяльністю теперішнього чи колишнього роботодавця, можуть бути визнані формами прояву нечесної економічної конкурентної діяльності, що забороняються.

Усі інші способи вчинення конкуренції у трудових правовідносинах не можна вважати різновидами чесної чи нечесної економічної конкуренції, адже як зазначено у ст. 19 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР, відповідні нечесні конкурентні дії мають бути вчинені під час здійснення господарської діяльності.

Решта ж форм нечесної економічної конкуренції, які передбачені у Законі України "Про захист від недобросовісної конкуренції" від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР, не можуть вчинятись найманими працівниками. Щоправда, останні можуть сприяти та допомагати третім особам у вчиненні таких дій. Наприклад, здійснюючи підкуп працівника постачальника, третя особа розраховує, що найманий працівник неналежно виконуватиме чи взагалі не буде виконувати свої посадові обов'язки і це призведе до отримання конкурентом покупця певних переваг. У цьому випадку дії чи бездіяльність працівника можна кваліфікувати як невиконання чи неналежне виконання ним трудових обов'язків, що в результаті

призвело до нечесної конкуренції. Однак суб'єктом нечесної конкуренції тут буде третя особа, а працівник може нести відповідальність згідно з нормами трудового права, наприклад, як за порушення трудової дисципліни. Фактично, у цьому разі має місце використання працівника як "знаряддя" чи "засобу" у нечесній конкурентній боротьбі. Вести мову про його участь як суб'єкта конкурентної діяльності за таких обставин, гадаємо, немає підстав. Тому такі дії працівника не можна розглядати як конкурентні.

Наведене дає підстави для висновку про те, що форми конкурентної діяльності у трудових правовідносинах і форми економічної конкуренції є взаємообумовленими, але аж ніяк не тотожними правовими категоріями за своїм змістом. І якщо економічна конкуренція дозволяється і заохочується у тих формах, що не заборонені законом, то у трудових правовідносинах конкурентна діяльність у будь-яких формах її прояву підлягає обмеженням.

При цьому звертаємо ще раз увагу на те, що основним проявом конкуренції у відносинах між роботодавцем і працівником є розголошення та використання останнім правомірно отриманих відомостей, що становлять комерційну таємницю. Роботодавець з огляду на об'єктивні обставини надає працівникові відомості, що складають зміст комерційної таємниці саме для того, щоб він належно виконав свої трудові обов'язки. Відтак, працівник стає потенційним конкурентном роботодавця, адже володіє інформацією, таємність якої дозволяє роботодавцеві отримати переваги у конкурентній боротьбі з іншими суб'єктами господарювання.

Неправомірні дії найманого працівника, спрямовані на заволодіння інформацією, яка складає комерційну таємницю роботодавця з метою подальшого її розголошення чи використання залежно від наслідків, що настали, повинні регулюватись нормами цивільного, адміністративного чи кримінального права. Тут, як не важко здогадатись, мають місце правові відносини, що виходять за межі трудових. Працівник лише використовує своє службове становище для отримання секретних відомостей. А отже, йтиметься про заподіяння шкоди не при виконанні трудових обов'язків. Тому вона мала б відшкодовуватись згідно з правилами, визначеними цивільним законодавством.

Наведене дає підстави зробити висновок про те, що предметом посягання з боку найманого працівника вважатиметься встановлений режим комерційної таємниці, що є власністю роботодавця. А здійснення працівником підприємницької діяльності, робота за сумісництвом тощо – це способи посягання, зовнішні форми прояву конкурентної поведінки.

В Україні, незважаючи на прогресивний поступ законодавства у сфері регулювання нечесної конкуренції, на законодавчому рівні відносини конкуренції працівника і роботодавця й досі залишаються нечітко врегульованими. Вважаємо, що основна мета правового забезпечення відповідних суспільних відносин має полягати у запобіганні конкурентній діяльності працівника щодо роботодавця, адже у результаті неправомірного розголошення чи використання працівником комерційної таємниці роботодавця, останньому заподіюється шкода саме як учасникові конкурентної боротьби.

Варто зазначити, що інформація, яка охороняється в режимі комерційної таємниці, становить невелику, але найбільш цінну частину інформації комерційного характеру. Адже як свідчать результати вітчизняних опитувань 25 % працівників готові продати таємниці підприємства будь-кому, 50 % – підуть на це залежно від обставин і лише 25 % залишаються патріотами своїх підприємств.

Багато компаній переманюють до себе працівників конкурентів саме з метою отримання від них конфіденційних відомостей попередніх роботодавців [5].

Зрозуміло, що роботодавець має право вимагати не використовувати комерційну таємницю, що стала відома його конкурентові чи потенційному конкурентові – працівнику, з метою захисту свого становища у конкурентній боротьбі. Відтак існує об'єктивна необхідність встановлення правових механізмів запобігання конкуренції у трудових правовідносинах. Адже діяльність працівника, що здійснюється з використанням правомірно здобутих комерційних таємниць чи інших конфіденційних відомостей роботодавця, та має на меті отримання переваг над іншими учасниками ринкових відносин, і при цьому може завдати шкоди роботодавцеві, у більшості розвинутих країн визнається конкуренцією і забороняється. Йдеться, наприклад, про те, що сам факт здійснення працівником правомірної підприємницької (і, як наслідок, конкурентної) діяльності, аналогічної з діяльністю роботодавця, вважається порушенням чесних звичаїв у промислових і торгових справах. Безпосередню загрозу використання відомостей, що належать роботодавцеві, становить також робота працівника за сумісництвом на його конкурента чи перехід на роботу до конкурента роботодавця вже після припинення трудового договору. Адже крім теплих спогадів і отриманого досвіду, працівник забирає з собою і комерційні таємниці підприємства.

Тобто, за трудовим правом правомірна діяльність працівника (наприклад, праця за сумісництвом, надання послуг чи виконання робіт за цивільно-правовими договорами тощо) за певних умов вважається конкуренцією і така діяльність у багатьох іноземних державах[1] забороняється, оскільки порушує права та законні інтереси роботодавців.

Чимало зарубіжних країн ефективно використовують встановлення заборони чи обмеження конкуренції сторін трудового договору для охорони права суб'єкта господарювання на чесну конкуренцію. Залежно від підстав виникнення зобов'язань щодо конкуренції працівника з роботодавцем розрізняють законну та договірну заборону конкуренції. До числа країн, законодавство яких містить безумовну заборону для працівників на здійснення конкурентної діяльності щодо роботодавців, належить, наприклад, Італія [6] та Угорщина. Законодавець Угорщини, зокрема, встановивши на законодавчому рівні обмеження у здійсненні конкурентної діяльності, надав, при цьому, можливість роботодавцеві звільнити працівника від зобов'язання не конкурувати з ним [7].

Підставою виникнення відносин неконкуренції між працівником і роботодавцем може бути також і договір. У багатьох зарубіжних країнах, наприклад у Польщі [8] та Латвії [9], поширеною є практика встановлення обмежень на здійснення конкуренної діяльності у трудовому договорі чи у спеціальній угоді про неконкуренцію. Положення таких угод зазвичай неможуть використовуватися для повного обмеження конкуренції. Вони спрямовані на захист законних інтересів роботодавця як власника майна, не зважаючи на те, що працівник, у деяких випадках, долучився до створення цієї власності.

На жаль, у зарубіжній юридичній літературі так і не було зроблено спроб визначити саме поняття конкуренції у трудових правовідносинах. Переважна більшість науковців обмежується лише характеристикою цього правового явища та

[1] У Польщі, Німеччині, Італії, Естонії, Латвії, Іспанії та деяких інших державах конкуренція найманого працівника щодо роботодавця (в тому числі і колишнього) заборонена.

з'ясуванням його ознак. Саме поняття відсутнє також і в законодавстві тих зарубіжних країн, які вдалися до регулювання відповідних відносин[1].

Беручи до уваги досвід таких країн та результати наукових досліджень з питань запобігання конкуренції у трудових правовідносинах, гадаємо, що конкуренцією у трудових правовідносинах вважатиметься будь-яка діяльність працівника (в тому числі і колишнього), внаслідок якої відбулося розголошення комерційної таємниці роботодавця, яка стала відома працівникові у зв'язку з виконанням трудових обов'язків, або ж мало місце використання відомостей, що становлять її зміст, без дозволу роботодавця.

Наведене визначення поняття конкуренції у трудових правовідносинах дозволяє виділити напрями подальшого дослідження цієї проблеми. Зокрема, з'ясування потребують питання правосуб'єктності сторін цих відносин, форм здійснення конкурентної діяльності, відповідальності за порушення учасниками правовідносин своїх зобов'язань тощо.

Завершуючи, дозволимо собі наголосити, що виникнення конкуренції у трудових правовідносинах є наслідком існування права на вільну конкуренцію, суть якого полягає у тому, що кожен підприємець вправі вільно займатися господарською діяльністю і, при цьому, складати конкуренцію своїм контрагентам. Право на вільну конкуренцію ґрунтується на праві вільного вибору як невід'ємного права кожної людини. Свобода вибору для підприємців полягає у тому, що власники матеріальних і нематеріальних ресурсів, а також грошового капіталу, можуть використовувати їх на власний розсуд. Однак для права вільної конкуренції необхідна також наявність вільного вибору для працівників, що мають право займатися будь-яким видом діяльності [10, с. 370 – 390]. Саме досягнення балансу інтересів працівника і роботодавця у процесі здійснення першим конкурентної діяльності стосовно останнього є основною проблемою, що потребує вирішення.

Зважаючи на суб'єктний склад відносин конкуренції між сторонами трудового договору, переважна більшість країн з ринковою економікою, серед яких Німеччина, Польща, Болгарія, Угорщина та інші, регулюють їх за допомогою норм трудового права. Такий підхід є безперечно правильним, оскільки за допомогою соціально спрямованих норм трудового права, що враховують специфіку трудових правовідносин, можна забезпечити ефективний захист інтересів не тільки працівника, але й роботодавця. Він відкриває широкі можливості для організації захисту приватних інтересів у рамках трудового законодавства. Вважаємо, що і в Україні доцільно було б правове регулювання конкуренції працівника щодо роботодавця здійснювати з допомогою трудового права. Тим більше, що внесення відповідних змін до чинного законодавства, зумовить необхідність нових досліджень, що, на нашу думку, сприятиме удосконаленню правового регулювання цих суспільних відносин.

1. Паращук С.А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии) / Паращук С.А. – М.: Городец-издат, 2002. – 416 с.
2. Харченко П.Г. До питання про поняття недобросовісної конкуренції/ П.Г. Харченко // Правова держава. – 2002. – № 5. – С. 45 – 49.
3. Stencel J. Zakaz konkurencji w prawie pracy/ J. Stencel. – Warszawa: Wydawn. prawn., 2001. – 351 c.

[1] Трудовий кодекс Угорщини [7], Цивільний кодекс Італії [7], Кодекс праці Польщі [8], Закон про працю Латвійської республіки [9] та інші нормативно-правові акти, які здійснюють правове регулювання конкуренції між працівником і роботодавцем, не містять визначення цього поняття.

4. Удалов Т.Г. Коментар до окремих положень Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”/ Т.Г. Удалов // Законодавство України: Науково-практичні коментарі. – 2004. – № 4. – С. 71 – 83.
5. Богданович Ю. Ваш секрет хотелось бы похитить… [Електронний ресурс]/ Ю. Богданович // Деловая Одесса. – 2005. – № 38. – Режим доступу: http://www.delod.odessa.net/des/header.txt' for inclusion (include_path='.:/usr/local/lib/php')
6. Il Codice Civile Italiano (R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile-Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942) [Електронний ресурс] // Режим доступу: www.jus.unitn.it/cardozo/
7. Hungary Labour Code. Act No. 22 of 1992 (Magyar Közlöny, 4 May 1992, pp.1613-1642.).- [Електронний ресурс]// Режим доступу: www.ilo.org/dyn/natlex/docs/
8. Kodeks pracy: ze skorowidzem (stan prawny na 15 marca 2005 r.). – Krakow: Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE, 2005. – 287 s.
9. Закон о труде Латвийской Республики (Закон принят 20 июня 2001 г., провозглашен 06 июля 2001 г., вступает в силу 01 июня 2002 г.) [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://www.zakon.lv/otrude_ru.htm.-
10. Melville L. Towards a British Law of Unfair Trading?/ L. Melville// The Trademark Reporter. –1971. – V.61. – № 5. – C.370 – 390.

ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ КОНКУРЕНЦИИ В ТРУДОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

О. Рым

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетська, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail:olenamakar@mail.ru

Статья посвящена изучению понятия конкуренции в трудовых правоотношениях и характеристике его содержания. В статье предлагается определение понятия “конкуренция в трудовых правоотношениях”.

Ключевые слова: трудовые правоотношения, нечестная конкуренция, конкуренция в трудовых правоотношениях, формы недобросовестной конкуренции, соглашение о неконкуренции.

NOTION AND ESSENCE OF COMPETITION IN LABOUR LEGAL RELATIONS

O. Rym

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: olenamakar@yahoo.com

The article intends to highlight the notion of competition in labour legal relations and its content characteristics. The definition of the notion “competition in labour legal relations” is proposed.

Key words: labour legal relations, unfair competition, competition in labour legal relations, unfair competition forms, agreement of no competition.

Стаття надійшла до редколегії: 21.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОБҐРУНТУВАННЯ СФЕРИ СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ВІДНОСИН

С. Синчук

Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: name @ name. com

У статті теоретично обґрунтовано сферу відносин соціального забезпечення. Автор обстоює тезу, що сучасна теорія соціального ризику, хоча змістовно модифікується, однак продовжує залишатися базовою для відмежування соціально-забезпечувальних відносин від інших видів соціально-захисних відносин.

Ключові слова: соціальний ризик, соціальне зобов'язання, соціально-забезпечувальні відносини.

Уявлення про право соціального забезпечення як самостійної галузі права сформоване ще у XX ст., однак дотепер актуальними є наукові дискусії щодо визначення сфери тих суспільних відносин, які є об'єктом регулювання відповідних правових норм. Пошуки об'єктивного мірила у предметі права соціального забезпечення та належне обґрунтування концепції відносин соціального забезпечення має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки дозволяє знайти аргументи побудови юридичного механізму забезпечення права людини на соціальне забезпечення в Україні.

Питання визначення сфери соціально-забезпечувальних відносин є одним із найпопулярніших серед проблем загальної частини права соціального забезпечення. Йому присвячена чимала кількість наукових досліджень радянського та сучасного періоду. У науці права соціального забезпечення було зроблено спроби довести правову підставу, що була б єдиною в разі обґрунтування відносин соціального забезпечення. Однак сьогодні у галузевій літературі триває полеміка з питання, що саме є тим визначальним чинником, за допомогою якого відбувається відмежування соціально-забезпечувальних відносин від інших, дещо подібних, однак не тотожних видів відносин соціального захисту.

Питання предмета вітчизняного права соціального забезпечення залишається важливим напрямом наукового дослідження. В сучасних умовах воно може бути доповнене, зважаючи на необхідні та прогнозовані реформи у вітчизняній сфері соціального забезпечення. Автор статті висловить власні аргументи із обраної проблеми.

Відносинам соціального забезпечення характерні ознаки, які визначають їхню юридичну своєрідність та є фундаментальними в обґрунтуванні галузевої природи. Ті ознаки, які доводять однорідність, типовість, стійкість відносин та приналежність до сфери соціально-забезпечувальних відносин неодноразово ставали об'єктом наукових досліджень. Ознаками, що притаманні соціально-забезпечувальним відносинам, називають: розподільчий характер; виникнення їх з метою надання соціальних благ; безперечна участь держави як суб'єкта чи гаранта; особливий зміст соціальних зобов'язань тощо [1, с.548–554; 2 с.72; 3 с.85–95; 5, с. 131–138]. Про існування відносин та їх правову природу можна говорити лише тоді, коли належно визначений соціальний факт, з яким пов'язано виникнення, зміна чи припинення цих відносин.

Визначаючи соціальний факт, що породжує право на соціальне забезпечення вчені послуговуються різними термінами. Використовують узагальнювальні

© Синчук С., 2011

терміни: “складна життєва обставина” [2, с.72], “соціально-значуща обставина” [10, с.55−59], “об’єктивна правова підстава правової аліментації” [3, с.61], “соціальний ризик” [2, с.72, 11, с.13; 12, с.192; 13, с.6; 23, с.6]; “факти, що мають значення підстав” [4, с.88] або називають юридичний факт, з яким пов’язане виникнення права на соціальне забезпечення конкретного виду (досягнення пенсійного віку, настання інвалідності, втрата роботи тощо).

Зрештою і вітчизняне законодавство не є універсальним у визначенні об’єктивної обставини, яка дає змогу реалізації особою права на соціальне забезпечення конкретного виду. Загальноприйнятою є законодавча практика визначати у кожному законі перелік юридичних фактів, що зумовлюють право особи отримати конкретний вид соціального надання.

У науці права соціального забезпечення було зроблено спроби довести правову підставу, що була б єдиною при обґрунтуванні відносин соціального забезпечення. Відомо чимало теоретичних концепцій [10, с.55−59]. Однак лише дві з них доводять коло суспільних відносин, що об’єктивно стали об’єктом правового впливу норм права соціального забезпечення з урахуванням юридичного факту. Вважаємо, що саме юридичний факт, що породжує можливість виникнення відносин і є тим визначальним чинником, який безперечно встановить їхню юридичну природу. Всі інші ознаки лише доповнюють теорію таких відносин та характеризують їхню галузеву юридичну своєрідність.

Першою, з якою історично пов’язане обґрунтування самостійності права соціального забезпечення, є концепція непрацездатності (фундаторами її стали відомі вчені В.С. Андрєєв [6, с.21], Я.М. Фогель [4, с.88]). Відповідно до її змісту, соціально-забезпечувальними відносинами є лише ті, які стосуються надання соціальних благ непрацездатній особі. При цьому непрацездатність визначали як неспроможність людини до праці за станом здоров’я, за віком та з інших причин [7, с. 6].

Предмет права соціального забезпечення, відповідно до концепції непрацездатності, охоплював: (1) пенсійні та деякі інші відносини щодо забезпечення громадян у старості та в разі непрацездатності, щодо забезпечення матері та дитини, надання безоплатної медичної допомоги, а також тісно пов’язані з ними процесуальні відносини щодо встановлення юридичних фактів та вирішення спорів [6, с.21]; (2) відносини, що охоплюють сукупність соціально-економічних заходів, пов’язану із забезпеченням громадян у старості, у випадку хвороби, повної часткової втрати працездатності, а також втрати годувальника, із опікою матері та дитини, медичним обслуговуванням та лікуванням як важливих засобів оздоровлення, профілактики та відновлення працездатності [8, с. 31].

Визначення відносин соціального забезпечення в такий спосіб було виправданим, зважаючи на види соціального забезпечення, які особа могла отримати відповідно до законодавства того періоду. Аналізуючи наукову літературу початку 90-х років, доходимо висновку, що вся вітчизняна система соціального забезпечення формувалася навколо проблеми у сфері забезпечення непрацездатних, системи їх соціального захисту та раціонального способу життя.

Досліджуючи теорії відносин соціального забезпечення, ми вже висловлювали власні міркування щодо некоректності теорії непрацездатності в сучасних умовах [9, с. 367−372; 10, с. 55−59]. Не відповідає вона і приписам законодавства: право особи на соціальне забезпечення пов’язане з чималою кількістю інших юридичних фактів (бідністю, безробіттям, сирітством тощо). Тому в сучасних умовах непрацездатність є лише одним із видів соціальних фактів, які породжують право

особи на соціальне забезпечення, а також відповідні відносини, пов'язані з його реалізацією.

Іншою, популярною сьогодні та загальновизнаною вітчизняними та зарубіжними вченими – представниками науки права соціального забезпечення, є концепція соціального ризику, відповідно до якої правовою підставою виникнення в особи права на соціальне забезпечення називають соціальний ризик [2, с. 72, 5, с. 20–27, 11, с. 13; 12, с. 192; 13, с. 6, 25, с. 6].

У вітчизняній правовій літературі термін соціальний ризик як підставу виникнення права на соціальне забезпечення, а отже, як об'єктивний чинник виникнення соціально-забезпечувальних правовідносин уперше запропонувала використовувати Н.Б. Болотіна [14, 15, 16, с.91]. На необхідності закріпити у законодавстві соціальні ризики, як об'єктивної підстави для виникнення соціально-забезпечувальних відносин та відмежуванням їх від інших суспільних відносин наголошує С.М. Прилипко [11, с.13].

Передусім, чому теорія "соціального ризику"? Чому саме цей термін став пріоритетним для позначення визначального чинника обґрунтування кола соціально-забезпечувальних відносин?

Для права соціального забезпечення особливе значення має не лінгвістичне пояснення терміна "соціальні ризики", а його змістовний аспект, вияв якого дає підстави окреслити коло тих суспільних відносин, які становлять предмет даної галузі права.

Цікавим, на нашу думку, є філософське розуміння теорії "суспільства ризику" (У. Бек). Особливої уваги стосовно нашого предмета дослідження має висновок автора про зміни "нормативної моделі суспільства" (стандартів): нормативним ідеалом попередніх суспільств була рівність; нормативний ідеал "суспільства ризику" – безпека. Соціальний проект сучасного суспільства набув яскраво негативного та захисного характеру: метою його є попередження "найгіршого", а не досягнення кращого, хорошого [17, с. 186–187]. Як наслідок, суспільство звертається до різних моделей захисту від ризиків. Одна з них − система соціального страхування.

Теорія соціального ризику за правом соціального забезпечення з'явилася та отримала наукове життя саме у період, коли вчені–дослідники (правники, економісти, соціологи) проблем соціального забезпечення почали вивчати історію та передумови зародження та розвитку соціально-страхових відносин. Ще на поч. XX ст. (у 20-х роках) її обґрунтовували Н.А. Вігдорчик, Н.А Семашко, В.М. Догадов. За нею особа отримує право на соціальне забезпечення у випадку настання обставини, яку суспільство трактує як правомірну підставу участі непрацюючого у розподілі колективного продукту [18, с. 14−16].

Сьогодні можна говорити про велику кількість соціальних ризиків, які відображають багатозначність цього терміна. Соціальні ризики у дещо ширшому розумінні наявні в більшості суспільних відносин; їх використовують у різних сферах та напрямах наукових досліджень (політика, економіка, національна чи інформаційна безпека, юриспруденція тощо). Однак, не зважаючи на інтенсивний розвиток ризикології, до цього часу вченими не запропоновано єдиного загальноприйнятого визначення поняття соціального ризику [22, с. 120−127].

У щоденному розумінні категорія "ризик" асоціює із можливістю чи вірогідністю небезпеки, невдачі чи біди. Загальновживане поняття ризику – "усвідомлена можливість небезпеки" [19, с. 1221].

Зрештою, саме поняття соціальний також розуміють у широкому (як такий, що реалізується в суспільстві) та вузькому (пов'язаний з основними умовами

життєдіяльності людини) його значенні. При цьому два аспекти отримали належну увагу під час обґрунтування терміна, який обрали вчені.

Матеріальна незабезпеченість внаслідок непрацездатності чи безробіття для однієї людини є випадковим явищем, а для суспільства загалом – постійним та масовим. Саме зважаючи на масовий, суспільний характер матеріальної незабезпеченості працівників, Л.В. Забелін на поч. ХХ ст. назвав її "соціальною", а причини, які її зумовлювали, отримали назву соціальні ризики [20, с. 45].

Поєднання слів "соціальний" та "ризик" підкреслює об'єктивний, суспільний, масовий і типовий характер таких ризиків як можливої небезпеки для індивіда, зважаючи на їх широке розповсюдження в суспільстві; а також визначальну, пріоритетну роль суспільства в організації суспільних форм захисту [21, с. 23]. Цей погляд про взаємну відповідальність людей за їхню життєдіяльність у суспільстві та державі зумовлює необхідність встановлення критеріїв нормального, прийнятного соціального статусу в разі настання соціальних ризиків. І навпаки, суттєве відхилення від загальноприйнятих норм життєіснування людини, зумовлене ризиком, вважається аномалією, та вимагає належних соціальних гарантій.

Ми вважаємо, що поняття соціального ризику за правом соціального забезпечення базується на вузькому розумінні цієї групи ризиків як власне соціальних, тобто таких, які об'єктивно порушують життєдіяльність особи та пов'язані з соціально-економічними чинниками в державі.

Юридична своєрідність соціального ризику характеризується його ознаками, що є суттєвими для розуміння відносин, які виникають за умови його настання.

Почнемо з того, що соціальні ризики є потенційно закономірними для кожної людини: обов'язково або як правило трапляються або можуть трапитися за певних обставин.

Можливість настання таких ризиків у житті кожного чи значної частини суспільства характеризується такою вірогідністю настання, що держава не може відмовитися від заходів, які могли б пом'якшити негативні соціальні наслідки. На думку А.М. Бабича, особливість соціальних ризиків полягає у високій значущості соціальної шкоди як наслідку для особи та суспільства в цілому (наприклад, безробіття веде до підвищення рівня захворювання, злочинності, розпаду сімей тощо) [26, с. 23].

Деякі науковці, досліджуючи проблеми соціального страхування, вважають, що соціальний ризик є властивий лише працівникам та членам їх сім'ї. Так, на думку М.Ю. Федорової, "сутність соціального ризику полягає у втраті заробітку чи іншого трудового доходу, а тому навряд чи можна говорити про його наявність у осіб, що не мають роботи чи заробітку" [24, с. 37].

Підтримуючи таку концепцію, В.Д. Роїк соціальний ризик трактує як вірогідність настання матеріальної незабезпеченості працівників внаслідок втрати заробітку та втрати працездатності (професійні та загальні захворювання, нещасні випадки як на виробництві, так і поза ним) [25, с. 21]. Обґрунтовуючи поняття соціального ризику саме так, автор обмежує коло потенційних суб'єктів соціально-забезпечувальних правовідносин ("тільки працівники"); а також звужує перелік підстав, що породжують право на матеріальне соціальне забезпечення ("втрата зарплати внаслідок втрати працездатності"). Очевидним є той факт, що за сучасних умов поряд із соціально-економічними причинами зберігаються не менш важливі підстави здійснення державою функції соціального забезпечення: фізіологічні (наприклад, потреба соціального забезпечення дитини-інваліда) та демографічні

(соціальне забезпечення сімей з дітьми). Доречно зазначити, що такий соціальний ризик як безробіття також не охоплюється сформованою дефініцією.

Таке обмежене за змістом розуміння соціального ризику як підстави виникнення права на соціальне забезпечення та соціально-забезпечувальних відносин унеможливлює трактування його (соціального ризику) як універсального єдиного чинника визначення сфери відносин та зумовлює необхідність доповнювати його іншою, додатковою підставою чи рисою. Що, зрештою, досить часто простежуємо у визначеннях предмета права соціального забезпечення. Зокрема, О.Є.Мачульська визначає предмет права соціального забезпечення як майнові відносини публічного характеру, які складаються в рамках державної системи, щодо надання грошових виплат, медичних та соціальних послуг особам, що постраждали вході настання *соціальних ризиків та інших соціально значущих обставин,* вказаних в законі, а також процедурні відносини, пов'язані з їх призначенням, та процесуальні відносини щодо вирішення спорів вищими органами державних бюджетних фондів [12, с. 84]. За таких обставин за межами соціально-забезпечувальних відносин залишаються відносини соціального обслуговування, соціальної допомоги, соціальних пільг.

Якщо базувати свої аргументи на положеннях Загальної декларації прав людини (ст. 25 ч. 1): кожний має право не залежно від їх статусу на достатній життєвий рівень, а перелік підстав для соціального забезпечення містить випадки, які не залежать від економічної активності людини до того. Негативні наслідки страхового соціального ризику передусім оплачують самі застраховані (власними внесками), а наслідки реалізації соціальних ризиків оплачуються всім суспільством, державою та коштами соціального страхування у встановлених законом випадках.

Соціальний ризик є універсальним основним юридичним фактом у сфері соціального забезпечення та зумовлює виникнення права особи на соціальне забезпечення, незалежно від організаційно-правової форми [27, с. 141].

Об'єктивний характер соціальних ризиків призвів до аргументації їх як подій. Вважаємо, що більш правильно їх розуміти як такі, що не можуть бути усунені особою самостійно або за допомогою членів сім'ї, через зовнішні чинники, а не з будь-яких суб'єктивних причин.

Досліджуючи соціальні ризики, Д.І. Рогачев звертає увагу на необґрунтоване у певних випадках бажання законодавця ускладнити зміст соціального ризику, ввести у нього елементи суб'єктивізму органів, що надають соціальне забезпечення. Тим самим прогнозується тенденція перекласти тягар видатків із соціального забезпечення на самих працівників, членів їх сімей (коли, наприклад, право на отримання соціальних благ узалежнене від середньодушового доходу в сім'ї). Це необхідно оцінити як погано приховану спробу держави відійти від принципу всезагальності [27, с. 146].

Характеризуючи соціальний ризик не можна оминути питання соціальних наслідків. Вони обмежують (чи порушують) життєдіяльність людини та зумовлюють її соціальну та (або) матеріальну незабезпеченість. Зміст соціальних наслідків (соціальної шкоди) змінювався залежно від періоду історичного розвитку суспільства.

Досліджуючи конституційно-правовий режим обов'язкового соціального страхування, С.М. Ковалевський дійшов висновку, що всі конституційно закріплені соціальні ризики – "випадки використовуються конституційним законодавцем для характеристики обставин, які пов'язані із життям та (чи) здоров'ям людини" і їм

“характерна до певної міри властивість випадковості, відсутність невідворотності настання для кожної конкретної особи” [28, с. 44].

В умовах ринкової економіки соціальний ризик, зазвичай, набув форми втрати трудового доходу. Щоб забезпечити себе засобами до життя, переважній більшості людей необхідно бути наділеними здатністю до трудової діяльності та мати роботу. Відповідно, настання ризику можливе у двох випадках – уразі втрати працездатності та відсутності попиту на працю. Форми прояву соціального ризику досить багатоманітні та охоплюють хворобу, травму, пологи, догляд за дитиною, інвалідність, старість, втрату годувальника тощо.

Проголошення нових соціальних прав зумовлює розширення системи соціальних ризиків відповідно до нових стандартів громадянського суспільства. Чимало держав проголосили принцип забезпечення чи підтриманням мінімально необхідного доходу всім громадянам незалежно від їх індивідуальної працездатності, а ризик неотримання такого доходу також став предметом соціального захисту. А тому в умовах соціально орієнтованої ринкової економіки соціальний ризик виявляється як у втраті заробітку, так і у втраті мінімальних життєвих стандартів, які гарантуються суспільством.

За твердженням експертів МОП, розуміння соціального ризику з позиції втрати трудового доходу та підтримання при цьому мінімально необхідного рівня життя всіх людей, незалежно від їхніх індивідуальних можливостей, і є ключовою характеристикою феномена соціального ризику.

Погоджуємося із Т.Ю. Баришніковою щодо можливого розподілу соціальних ризиків на дві групи. Загальна характеристика об’єктивної підстави соціального забезпечення полягає у наявності таких ознак: 1) це об’єктивні чинники людського буття[1]; 2) ці фактори є соціально-значущими за характером, тобто впливають на соціальний статус людини та можливість задовольняти власні життєві потреби [31, с. 745]. Отже, за характером соціального ризику виділяємо об’єктивні підстави соціального забезпечення: природні або економічні.

І хоча історично першими звичайно були соціальні ризики природного походження, зважаючи на об’єктивну зумовленість людською природою та незалежності від економічних процесів. І лише згодом по мірі економічного зросту та втручання держави у ці відносини перелік об’єктивних обставин поповнювався за рахунок підстав, економічних за природою (важка життєва ситуація, бідність, безробіття).

Соціальними наслідками відповідно до вітчизняного законодавства є: втрата заробітку, втрата доходу (матеріальна незабезпеченість); обмеження життєдіяльності шляхом втрати здоров’я чи працездатності (повна чи часткова втрата здатності до трудової діяльності); втрата батьків (чи осіб, що їх заміняли); втрата годувальника; безробіття (часткове безробіття); відсутність місця проживання; соціальна деінтеграція (відчуження) втрата соціального статусу; необхідність додаткових витрат, пов’язаних із соціальними подіями в житті сім’ї; бідність (нужденність) та малозабезпеченість тощо.

Зважаючи на розуміння соціальних наслідків, модифікується зміст функцій соціального забезпечення: 1) пов’язана із системою заходів, які забезпечують мінімально необхідний дохід в обмін на втрачений заробіток у зв’язку з настанням визначених строго обмежених подій; 2) визначається як система забезпечення

[1] Свого часу у радянській галузевій літературі ця ознака була доповнена характеристикою “зумовлюваність людською природою” [29, с. 26]

гідного рівня життя всім громадянам незалежно від їх індивідуальних можливостей та ступеня участі в суспільній трудовій діяльності [13, с. 6].

Вважаємо, що на сьогодні назріла необхідність визначити співвідношення соціального ризику та соціальної шкоди, яку він завдає, адже в одних випадках "складна життєва ситуація" законодавчо прирівнюється за змістом із соціальним ризиком (див. закон про соціальні послуги). Натомість, в інших − трактується як соціальна шкода такого ризику. Зокрема, таке розуміння простежуємо в підручниках із права соціального забезпечення при визначенні предмета права соціального забезпечення: широка система суспільних відносин щодо задоволення першочергових та найнеобхідніших потреб тих громадян та їх сімей, які з об'єктивних, визнаних суспільством (державою) поважних причин опинилися у складних (переважно негативних) життєвих обставинах шляхом надання їм матеріального забезпечення чи допомоги у різних організаційно-правових формах [2, с. 71].

Соціальні ризики, що зумовлюють виникнення права на соціальне забезпечення, спричинюють необхідність законодавчого закріплення саме як обставин, внаслідок настання яких особа може не лише потребувати допомоги держави чи суспільства, а й реалізує це право.

Дослідниця М.Ю. Федорова вважає, що для того, щоб соціально-економічний ризик був визнаний страховим, потрібна спеціальна вказівка в законі чи договорі. Соціальний ризик, на переконання вченої, це можливість втрати чи зменшення заробітку чи іншого доходу застрахованої особи від трудової та прирівняної до неї діяльності у випадках, зазначених у законі (обов'язкове соціальне страхування) чи у договорі (додаткове соціальне страхування), який передбачає компенсацію такого ризику за рахунок відокремленого фінансового джерела (страхового фонду), який створюється зі страхових внесків, що нараховуються на заробітну плату чи інший дохід застрахованих осіб, які приблизно однаковою мірою зазнають такого ризику [23, с. 7].

Погоджуючись, вважаємо, що за сучасних умов розвитку суспільства та появи різних організаційно-правових форм соціального забезпечення, при універсальному розумінні соціального ризику, виправданим є можливість встановлювати додаткові (підвищені) соціальні зобов'язання щодо відшкодування соціальної шкоди та покриття соціальних наслідків шляхом встановлення таких зобов'язань та зобов'язаних суб'єктів у договорі.

Сучасна теорія соціального ризику, хоча й змістовно модифікується, однак продовжує залишатися базовою для визначення сфери соціально-забезпечувальних відносин та відмежування їх від інших видів соціально-захисних відносин. Важливим при цьому є: 1) загальне (законодавче та наукове) використання терміна "соціальний ризик" як єдиної підстави відносин соціального забезпечення; 2) уніфіковане тлумачення змісту соціальної шкоди, яка завдається окремим соціальним ризиком; при цьому необхідною є систематизація всіх узагальнених світовою практикою соціальних ризиків та їх соціальних наслідків; 3) нормативно-правове закріплення поняття та системи соціальних ризиків в єдиному законі.

---

1. Никифорова Н.Н. Место права социального обеспечения в системе российского права / Н.Н. Никифорова. // Российский ежегодник трудового права. – 2005. − №1. − С.548−554
2. Право социального обеспечения в Украине: Учебник. – Луганск / Под общ. ред. Л.И. Лазор, С.Н. Прилипко, О.Н. Ярошенко: ООО "Виртуальная реальность", 2010. – 456 с.

3. Иванова Р.И. Правоотношения по социальному обеспечению в СССР / Р.И. Иванова – М. : Издательство Московского университета, 1986. − 176 с.
4. Фогель Я.М. Право на пенсию и его гарантии / Я.М. Фогель. − М. : Юридическая литература, 1972. − 180 с.
5. Право соціального забезпечення України: підручн. [для студ.юрид. спец. вищ. навч.закл. / П.Д. Пилипенко, В.Я. Бурак та ін.] / за ред. П.Д. Пилипенка. – 3-тє вид., переробл. і доповн. – К. : Ін Юре, 2010. – 504 с.
6. Андреев В.С. Право социального обеспечения в СССР / В.С. Андреев. – М., 1980. – 312 с.
7. Сташків Б.І. Юридичні факти в праві соціального забезпечення / Б.І. Сташків : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. "трудове право; право соціального забезпечення" / Б.І. Сташків. – Київ, 1997. – 19 с.
8. Советское право социального обеспечения: Учебник / под ред. А.Д. Зайкина. – М., 1982.
9. Синчук С.М. До питання про соціальний ризик /С.М. Синчук // Вісник Львівського університету. – Серія юрд. – Вип. 37. – Львів. – 2002. – С.367 –372
10. Синчук С.С. Теорія соціального ризику за правом соціального забезпечення /С.М. Синчук // Право України. – 2003. – 3. – С.55–59
11. Прилипко С.М. Предмет права соціального забезпечення: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 "Трудове право; право соціального забезпечення" / С.М. Прилипко. – Харків, 2007. — 47с.
12. Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения: ученик / Е.Е. Мачульская. – М. : Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2010. – 582 с. – (Основы наук).
13. Янова С.Ю. Социальное страхование в системе социальной защиты населения: организация и финансовый механизм : автореф. дисс. доктора эконом. наук / С.Ю. Янова. – Санкт Петербург, 2001. – 17 с.
14. Болотіна Н.Б. Право людини на соціальне забезпечення в Україні: проблема термінів і понять/Н.Б. Болотіна // Право України. – 2000. – №4. – С.35–39
15. Болотіна Н.Б. Концепція кодифікації законодавства України про соціальне забезпечення/Н.Б. Болотіна // Право України. – 1996. - №7. – С.51–53
16. Болотіна Н.Б. Право соціального захисту України: Навч. Посібн. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Знання, 2008. – 663 с. (Вища освіта, XXI століття).
17. Сидорина Т.Ю. Два века социальной политики/Т.Ю. Сидорина – Москва: Российский гос. гуман. ун-т, 2005. – 442 с.
18. Вигдорчик Н.А. Теория и практика социального страхования. – Вып.1. – Теоретические основы социального страхования. – 3-изд. / Н.А. Вигдорчик – М. : Книга, Петроград, 1923. – 92с.
19. Великий тлумачний словник сучасної української мови / укл. і гол. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : Перун, 2007. – 1736 с.
20. Забелин Л.В. Теория социального страхования/Л.В. Забелин – М., 1924.
21. Роик В.Д. Основы социального страхования: организация, экономика и право: Учебник./В.Д. Роик – М.: Изд-во РАГС, 2007. – 456 с.
22. Никитин С.М., Феофанов К.Л. Социологическая теория риска в поисках предмета / С.М. Никитин, К.Л. Феофанов // Социологические исследования. – 1992.–№10. – С.120–127.
23. Федорова М.Ю. Теоретические проблемы правового регулирования соціального страхования: Монография./– Омск: Омский госуниверситет, 2003. – 382 с.
24. Федорова М.Ю. Понятие социального страхования. / Марина Юрьевна Федорова // Журнал российского права. – 2001. - №1. - С.35-39

25. Роик В.Д. Социальная защита работника в процессе труда: проблемы теории и практики : автореф. дис. на соискание ученой степени докт. эконом наук. / В.Д. Роик. – М.,1994. – 25с.
26. Бабич А.М. Экономика социального страхования: Курс лекций / А.М. Бабич, Е.Н, Егоров, Е.Н. Жильцов; – М. :ТЕИС, 1998. – 233 с.
27. Рогачев Д.И. Метод права социального обеспечения / Денис Игоревич Рогачев : Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. - Москва., 2002. – 182 с.
28. Ковалевский С.М. Конституционно-правовой режим обязательного социального страхования./С.М. Ковалевский // Страховое право. – 2000.–№3. – С.43–46
29. Тарасова В.А. Юридические факты в области пенсионного обеспечения/В.А. Тарасова. –М. : Изд. Мосск. ун-та, 1974.–108 с.
30. Захаров М.Л. Право социального обеспечения России: Учебник / М.Л. Захаров, Э.Г. Тучкова. – М. : Издательство БЕК, 2001. – 576 с.
31. Барышникова Т.Ю. К вопросу о классификации юридических фактов в праве социльного обеспечения. С.740-746 Российский ежегодник трудового права. №2.2006/

К ВОПРОСУ ОБ ОБОСНОВАНИИ СФЕРЫ СОЦИАЛЬНО-ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ ОТНОШЕНИЙ

С. Сынчук

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
e-mail: name @ name. com

В статье теоретически обосновано сферу отношений социального обеспечения. Автор отстаивает позицию, что современная теория социального риска содержательно изменяется, но продолжает оставаться основой при отграничении социально-обеспечительных отношений от других видов отношений социальной защиты.

Ключевые слова: социальный риск, социальное обязательство,соціально-обеспечитеотные отношения.

ON THE REASONING ISSUE OF SOCIAL-SECURITY RELATIONS SCOPE

S. Synchuk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: name@name.com

The article highlights the theoretical reasoning of social security relations scope. The author claims that the current theory of social risk, despite its content modification, remains the basic theory for social security and other socio-protective relations distinction.

Key words: social risk, social obligation, social-security relations.

Стаття надійшла до редколегії: 03.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЗАБОРОНА ПРИМУСОВОЇ ПРАЦІ ЯК КОНСТИТУЦІЙНА ЗАСАДА ТРУДОВОГО ПРАВА

О. Стасів

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
тел. (032) 2394797

Досліджено ознаки та поняття примусової праці як конституційної засади трудового права. Сформульовані пропозиції щодо удосконалення трудового законодавства.

Ключові слова: конституційна засада трудового права, примусова праця, заборона примусової праці.

Перехід України до ринкової економіки призводить до погіршення рівня закріплених національним законодавством соціальних прав та свобод найманих працівників, що виражається, зокрема, в нормах проекту Трудового Кодексу (далі ТК). За цих умов важливого значення набуває дослідження конституційних положень, що визначають сутність та подальший розвиток трудового права, а тому вони можуть бути визначенні як конституційні засади трудового права. Однією із конституційних засад є заборона примусової праці, яка закріплена у ч. 3 ст. 43 Конституції України.

Заборону примусової праці неодноразово досліджували такі науковці, як Н. Болотіна, В. Бурак, Т. Парпан, М. Пасічник, П. Пилипенко та ін. Однак не всі аспекти цієї конституційної засади були з'ясовані, тому виникає необхідність у її подальшому вивченні.

Заборону примусової праці можна вважати абсолютною, оскільки за нашою Конституцією її використання забороняється. У ч. 3 ст. 43 Основного закону нашої країни визначаються випадки, які не вважаються примусовою працею. Це військова або альтернативна (невійськова) служба, а також робота чи служба, яка виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан.

Примусова праця вживається в Конституції України у широкому значенні, оскільки охоплює будь-яку працю у нашій країні. Трудове ж право досліджує заборону примусової праці значно вужче в межах сфери дії трудового договору.

Нагадаємо, що наша країна ратифікувала Конвенцію № 29 "Про примусову або обов'язкову працю" в якій дано визначення примусової праці або обов'язкової праці. Під нею розуміється виконання усякої роботи або служби, що вимагається від особи під загрозою будь-якого покарання, для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг [1]. Звідси виділимо такі ознаки, за якими можна розпізнати примусову працю, це, зокрема:

1) відсутність добровільної згоди працівника на виконання будь-якої роботи;

2) наявність загрози покарання особи за відмову від виконання усякої роботи або служби.

Оскільки метою Конвенції № 29 є скасування примусової або обов'язкової праці у всіх її проявах, то для країн, які ратифікували цей міжнародний документ, таке визначення та виділенні ознаки можна вважати універсальними.

Крім того, відповідно до п. 2 ст. 2 Конвенції № 29 примусова або обов'язкова праця може застосовуватися протягом перехідного періоду винятково для громадських цілей, якщо: 1) робота або служба вимагається за законами про

© Стасів О., 2011

обов'язкову службу; 2) вона є частиною звичайних громадських обов'язків; 3) вимагається внаслідок постановлення вироку суду; 4) вимагається в умовах надзвичайних обставин, тобто у разі війни або лиха чи його загрози; 5) дрібні роботи суспільного характеру. Таку працю не можна вважати примусовою або обов'язковою, що здебільшого закріплено і в Конституції України.

Враховуючи вищезазначені міжнародні норми національний законодавець пропонує у ст. 5 нового ТК власне визначення примусової праці. Згідно з ним такою працею розуміють працю, для якої особа не запропонувала добровільно своїх послуг і виконання якої вимагається від неї під погрозою покарання, застосування насильства в тому числі: як засобу політичного впливу чи виховання або як засобу покарання за наявність або висловлювання певних політичних поглядів чи ідеологічних переконань; з метою підтримання трудової дисципліни; як методу мобілізації працівників та використання праці для потреб економічного розвитку; як засобу будь-якої дискримінації у сфері праці; як засобу покарання за участь у страйку [2].

Крім цього, у проекті ТК запропоновано встановити перелік випадків, які не можуть вважатися примусовою працею. До нього належать: військова або альтернативна (невійськова) служба, якщо робота має суто військовий чи службовий характер; робота, яка виконується особою за вироком чи рішенням суду, за умови що вона виконується під наглядом і контролем відповідного органу державної влади; робота, що виконується відповідно до законів про правовий режим воєнного і надзвичайного стану. Проте такі норми, на нашу думку, не потрібно закріплювати у новому ТК. По-перше, вони у своїй більшості не стосуються трудового права, а по-друге, ці норми уже закріплені в Конституції України і тому їх не потрібно дублювати у галузевому законодавстві.

Очевидно, що національний законодавець, даючи визначення примусовій праці та перелічуючи випадки, які не можуть стосуватися її, намагається імплементувати міжнародні норми в українське законодавство. Безумовно, Конвенція №29 відіграє важливу роль у розумінні та викоріненні примусової праці. Проте відносини із використанням праці, які тут регламентовано суттєво відрізняються від наявних у сучасному світі.

У Конвенції детально регламентовано порядок застосування примусової праці у разі виникнення необхідності, а також гарантуються права осіб, які притягуються до неї (строки застосування примусових робіт, тривалість робочого дня, види і порядок оплати праці тощо). У сучасний період розвитку ринкової економіки немає необхідності в такому регулюванні. В умовах абсолютної заборони примусової праці норми цього міжнародного документа потребують змін. Необхідно в основному керуватися ознаками, за якими можна розпізнати примусову працю, ідентифікувати її у будь-якій формі і притягнути до відповідальності винних осіб.

Водночас, у Конвенції № 29 зазначено, що до примусової або обов'язкової праці можуть бути залучені дорослі працездатні особи чоловічої статі, очевидний вік яких не нижчий, ніж вісімнадцять, і не вищий, ніж сорок п'ять років. Отож, застосування примусової праці щодо жінок, молоді (осіб до 18 років), людей, старших 45-річного віку, інвалідів в усіх випадках, не повинне допускатися.

Частка населення, яку дозволено одночасно скеровувати на примусову працю, не повинна перевищувати 25%. Максимальний термін таких робіт не повинен

перевищувати 60 днів на рік. Умови праці (заробітна плата, робочий час, час відпочинку тощо) повинні бути не гіршими, як для всіх вільнонайманих працівників. Крім цього, примусова праця не застосовується для виконання підземних робіт, а також як засіб колективного покарання. Будь-який працівник, який у разі закінчення строку примусової праці побажає залишитися на тому ж місці в якості вільнонайманого працівника, має право це зробити.

Український законодавець не повністю дотримується цих правил. Зокрема, у ч. 3 ст. 33 КЗпП зазначено, про заборону тимчасового переведення на іншу роботу вагітних жінок, жінок, які мають дитину-інваліда або дитину віком до шести років, а також осіб віком до вісімнадцяти років без їхньої згоди. Як бачимо, до таких робіт допускається залучати жінок та осіб старше 45 років і молодше 18 років за їхньою згодою. Крім того, нема обмежень щодо частки населення, яку дозволено скеровуватити на примусову працю.

У Проекті ТК 2009 р. зроблено спробу дещо по іншому врегулювати ці відносини. Так, запропоновано заборонити залучати до надурочних робіт вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, неповнолітніх працівників, працівників, які навчаються в загальноосвітніх і професійно-технічних навчальних закладах без відриву від роботи, - у дні занять, інших працівників, щодо яких таку заборону встановлено трудовим законодавством. При цьому інваліди можуть залучатися до надурочних робіт тільки за згодою та за умови, що це не суперечить рекомендаціям медико-соціальної експертної комісії (ст. 152 Проекту ТК). Крім того, пропонується залишити норму, яка визначає, що надурочні роботи не повинні перевищувати 120 годин на рік, коли у Конвенції № 29 дозволено тільки 60 (ст. 153 Проекту ТК). Такі положення очевидно є суперечливими по відношенню до цього міжнародного акта.

У зв'язку із цим нагадаємо, що згідно зі ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України, є частиною національного законодавства. А ст. 8 та 9 КЗпП України зазначають, що у разі встановлення міжнародним договором інших правил, ніж ті, які містить законодавство про працю, застосовуються правила міжнародного договору. При цьому не повинно погіршуватися правове становище працівника порівняно із національним законодавством. Тому необхідно унормувати трудове законодавство відповідно до міжнародних норм.

Конвенція № 29 закликає забезпечувати свободу праці, яка регулюється нормами трудового законодавства. Але вона не є єдиним міжнародним актом, норми якого спрямовані на ліквідацію примусової праці. Зокрема, Конвенція МОП № 105 про скасування примусової праці також ратифікована нашою країною [3]. Як зазначає С.А. Іванова, сфера дії останньої виходить за рамки трудових відносин і має загальний характер. Тому тут поняття примусової праці більш об'ємне і конкретизоване [4, с. 70–71]. Держави, які ратифікували цю Конвенцію зобов'язалися викорінити всі форми примусової або обов'язкової праці у всіх її проявах. Мається на увазі використання праці: 1) як засобу політичного впливу або виховання чи як покарання за політичні погляди або переконання; 2) як методу мобілізації та використання робочої сили для потреб економічного розвитку; 3) як підтримання трудової дисципліни; 4) як покарання за участь у страйках; 5) як міру дискримінації за ознаками расової, соціальної та національної належності або віросповідання.

Цей перелік не є вичерпним. Тому примусовою або обов'язковою працею може визнаватися будь-яка робота або служба за наявності ознак примусу.

Наприклад, у ч. 3 ст. 4 Трудового кодексу Російської Федерації зазначено, що до примусової праці належить робота, яку працівник вимушений виконувати під загрозою застосування якого-небудь покарання (насильницького впливу), в той час як у відповідності до законодавства Російської Федерації він має право відмовитися від її виконання, в тому числі у зв'язку з: порушенням встановлених строків виплати заробітної плати чи виплати її не в повному обсязі; виникненням безпосередньої загрози для життя і здоров'я працівника внаслідок порушення вимог охорони праці, часткового незабезпечення його засобами колективного чи індивідуального захисту відповідно до встановлених норм.

Як бачимо, російський законодавець розглядає невиплату заробітної плати, а також порушення вимог охорони праці, які ставлять під загрозу життя і здоров'я працівника примусовою працею. На нашу думку, такі положення, дещо не відповідають ознакам примусової праці, які містяться у Конвенції № 29. Адже працівник може цілком добровільно працювати в таких умовах. Інша річ, коли він про них непоінформований. Наприклад, свідоме неповідомлення роботодавцем працівників про невідповідність законодавства до вимог охорони праці, які можуть зашкодити їхньому життю та здоров'ю.

Звичайно, на національному рівні можна закріпити й інші форми застосування примусової праці. Наприклад, необґрунтована відмова роботодавця надати працівникові відпустку, на яку згідно із законодавством він має право. Проте, основним є визначити ознаки примусової праці на законодавчому рівні, а не перелічити форми примусової праці. Якщо це буде зроблено, примусову працю можна буде ідентифікувати у будь-якій формі.

Тому ще однією, ознакою примусової праці пропонуємо вважати приховування роботодавцем відомостей, які могли б вплинути на рішення працівника укладати трудовий договір чи виконувати роботу, яка ним передбачена.

Із врахуванням вищезазначеного пропонуємо під примусовою працею вважати виконання будь-якої роботи або служби, яка вимагається під загрозою покарання на яку працівник не запропонував добровільно своїх послуг чи не погодився б на її виконання, у разі поінформованості щодо умов праці, які встановленні у роботодавця.

Рекомендація № 35 закликає держави додатково до обов'язків, що містяться у Конвенції № 29, уникати будь-яких наближених дій до примусової праці, тобто таких, які штучно посилюють тиск на населення з метою заставити його шукати найману працю. Це частково встановлення для населення таких податків, які б сприяли необхідності шукати найману працю на приватних підприємствах; введення таких обмежень на володіння чи користування землею, які б створили серйозні перешкоди для працівників, що намагаються заробити засоби для існування шляхом самостійного обробітку землі тощо. Особливо пропонується уникати яких-небудь обмежень добровільного переміщення робочої сили із одного виду зайнятості чи району в інший, що могло б бути наближеним до примусу людей працювати у відповідній галузі господарства чи району [5, с. 94].

В Україні уже діють міжнародні програми спрямовані на створення належних умов праці та викорінення примусової праці.

Зокрема, у травні 2008 р. відбулося відкриття проекту "Протидія торгівлі людьми за допомогою інструментів праці", що фінансується Європейською Комісією і впроваджується Міжнародною організацією праці (МОП), та започаткування Програми МОП із протидії торгівлі людьми з України.

За даними Державного комітету статистики України за підсумками 2009 р. з України вибуло 629372 осіб, міграційний приріст становив 13447 осіб. Найбільше мігрантів було з таких регіонів: Автономна Республіка Крим – 25727 особи (приріст 3470 осіб), Волинська обл. – 18975 (приріст 78 осіб), Одеська обл. – 33045 осіб (приріст 6619 осіб) та м. Києва – 32256 осіб (приріст 23400 осіб). Переважна більшість мігрантів мають неврегульований статус у контексті зайнятості в основних країнах призначення, серед яких Російська Федерація, Туреччина, Італія, Польща, Чеська Республіка, Португалія, Німеччина і Велика Британія. Вони працюють на роботах, де праця є виснажливою і поширені неформальні трудові відносини. Наприклад, будівництво, сільське господарство, заклади громадського харчування, хатня робота та розважальна індустрія. Мігранти з неврегульованим статусом найбільш уразливі до використання їхньої примусової праці.

Цей проект впроваджується на виконання програми "Гідна праця в Україні" на 2006–2007 рр. та другої її частини, яка реалізовується на період 2008–2011років. Вона була підписана між Міністерством праці та соціальної політики України, соціальними партнерами та МОП, та Державної програми протидії торгівлі людьми на період до 2011 р. [6]. Для виконання цієї програми наша держава повинна оновити національне законодавство, яке в результаті має викорінити застосування примусової праці.

Так, у ст. 33 КЗпП України передбачено, що роботодавець має право перевести працівника строком до одного місяця на іншу роботу, не обумовлену трудовим договором, без його згоди, якщо вона не протипоказана за станом здоров'я, тільки для відвернення або ліквідації наслідків стихійного лиха, епідемій, епізоотій, виробничих аварій, а також інших обставин, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей, з оплатою праці за виконану роботу, але не нижчою, ніж середній заробіток за попередньою роботою.

Пленум Верховного Суду України у постанові № 9 "Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя" від 1 листопада 1996 р було акцентовано, що у зв'язку із забороною використання примусової та обов'язкової праці ст. 33 КЗпП України не може застосовуватися як така, що суперечать Конституції.

Щоправда, як слушно зазначає Т. Парпан, переведення працівника у зв'язку із виробничою потребою навряд чи можна розглядати як варіант примусової праці [7, с. 132–133]. Вона зробила такий висновок на підставі того, що ст. 9 Основного Закону визначає чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою частиною національного законодавства України. Тому можна стверджувати, що міжнародна норма за якою не вважається примусовою або обов'язковою працею праця застосована в стані крайньої необхідності і стихійного лиха, є частиною національного законодавства. Тому, відповідно, йому не суперечить інститут переведення працівника на іншу роботу в разі виробничої потреби.

Водночас, від переведення на іншу роботу необхідно відрізняти переміщення. Нагадаємо, що переміщення – це доручення працівникові роботи на іншому робочому місці на тому ж підприємстві, в установі, організації або в іншому структурному підрозділі підприємства у тій же місцевості, доручення роботи на іншому механізмі або агрегаті у межах спеціальності, кваліфікації чи посади, обумовленої трудовим договором (ч. 2 ст. 32 КЗпП). Незважаючи на всі об'єктивні

чинники, які зумовили наявність такої норми, її невідповідність до загальних принципів договірного регулювання у нинішніх умовах є очевидною. Так, вважається, що переміщення законне, якщо при цьому не порушено норми ст. 21 та 31 КЗпП, тобто якщо воно здійснюється у межах трудового договору. Але якщо робоче місце чи структурний підрозділ, де працює працівник, обумовлені сторонами у трудовому договорі, то таке переміщення не може відбуватися в односторонньому порядку, оскільки порушуються умови договору. У такому випадку має місце зміна істотних умов в організації виробництва і праці про які роботодавець зобов'язаний повідомити працівника за два місяці (ч. 3 ст. 32 КЗпП). Недотримання даної норми на практиці можна трактувати, на нашу думку, як примусову працю.

Також потребує своєї законодавчої конкретизації робота у вихідні, святкові та неробочі дні, які відповідно до чинного законодавства проводяться в аналогічних з виробничою потребою випадках і фактично без згоди працівника. На застосування роботодавцем такої роботи передбачено надання згоди профспілки, яка здебільшого надається авансом, тобто наперед. Тому доцільність залучування працівника на роботу на цих підставах вирішує фактично роботодавець.

Залучення окремих працівників до роботи у вихідні дні допускається у таких виняткових випадках (ст. 71 КЗпП): 1) для відвернення або ліквідації наслідків стихійного лиха, епідемій, епізоотій, виробничих аварій і негайного усунення їхніх наслідків; 2) для відвернення нещасних випадків, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей, загибелі або псування майна; 3) для виконання невідкладних, наперед не передбачених робіт, від негайного виконання яких залежить у дальшому нормальна робота підприємства, установи, організації в цілому або їхніх окремих підрозділів; 4) для виконання невідкладних вантажно-розвантажувальних робіт з метою запобігання або усунення простою рухомого складу чи скупчення вантажів у пунктах відправлення і призначення. Проте п. 3 та п. 4 навряд чи можна віднести до якихось незвичайних випадків. Це не ті винятки в яких допускається застосування примусової праці. Згоду профспілкового органу тут не можна вважати виявом безпосередньої волі працівника. Тому необхідно вносити зміни у законодавство щодо надання письмової згоди працівника на застосування його праці.

Натомість у ст. 160 Проекту ТК пропонується як виняток допускати роботу у вихідні дні без надання згоди профспілки та працівника за рішенням роботодавця. Як видається, таке законодавче положення у деяких випадках надасть роботодавцям більші можливості щодо зловживань. Це призведе до порушення права працівників на відпочинок, а також фактично узаконення застосування примусової праці.

Так, відповідно п. 2 ч. 2 ст. 160 проекту ТК робота у вихідні дні, як виняток, допускається для відвернення будь-яких нещасних випадків, загибелі або псування майна. Очевидно, що можливість настання таких випадків та їхніх наслідків визначатиме роботодавець одноособово, оскільки нічиєї згоди на роботу у вихідні дні не потрібно. Водночас, перспектива настання нещасного випадку уже не залежатиме від наслідків, як це визначено у чинному законодавстві (загроза життю чи нормальним життєвим умовам людей). Така норма надає роботодавцеві значні можливості для зловживань. Тому в новому ТК доцільно залишити п. 2 ст. 71 КЗпП.

Крім цього, у п. 3 ч. 2 ст. 160 Проекту ТК зазначено, що роботи у вихідні дні допускаються для виконання невідкладних, наперед непередбачуваних робіт, від негайного виконання яких залежить у подальшому нормальна робота юридичної особи в цілому чи її окремих підрозділів. Однак, не уточнено скільки саме осіб має працювати у такої юридичної особи чи її підрозділі. Таке законодавче положення ставить у нерівне становище юридичних осіб та фізичних осіб-роботодавців, що є порушенням принципу рівності. Попри все, як було вище зазначено, цю норму не можна вважати винятком, за якого допускається примусова праця.

У зв'язку із вище зазначеним пропонуємо закріпити у Трудовому кодексі наступні підстави, відповідно до яких роботодавець може залучати працівників до роботи у вихідні, святкові та неробочі дні: 1) для відвернення виробничої аварії, катастрофи або усунення їх наслідків та наслідків стихійного лиха; 2) для відвернення нещасних випадків, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей, загибелі або псування майна. В усіх інших випадках залучення працівників до роботи у такі дні повинне допускатися лише за наявності письмової згоди працівника.

Отже, конституційна засада – заборона примусової праці у трудовому праві має розвиватися відповідно до положень міжнародних актів про працю, а також із врахуванням сучасного розвитку суспільних відносин у нашій державі.

1. Конвенція МОП № 29 про примусову або обов'язкову працю: ратифікована 10.08.1956р. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993_136
2. Проект Трудового кодексу України: текст законопроекту до 2-го читання 10.12. 2009р. [Електронний ресурс]: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?pf3511=30947
3. Конвенція МОП №105 про скасування примусової праці [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993_013
4. Иванов С.А. Применение Конвенции МОП в России в переходной период / С.А. Иванов // Государство и право. – 1994. – №8 - 9.
5. Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право: учеб. / И.Я. Киселев – М.: ТК Велби, Издательство Проспект, 2005. – 360с.
6. Меморандум про взаєморозуміння між Міністерством праці та соціальної політики України та Міжнародної організацією праці щодо Програми гідної праці на 2008 – 2011 рр. // Офіційний вісник України. – К., 2008 р. – № 55.
7. Парпан Т.В. Примусова праця і переведення у зв'язку з виробничою потребою / Т.В. Парпан // Вісник Львів. Ун-ту. Серія юридична. – 1999. – Вип. 34.

ЗАПРЕЩЕНИЕ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ТРУДА КАК КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРИНЦИП ТРУДОВОГО ПРАВА

О. Стасив

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина
тел. (032) 2394797

Исследовано признаки и понятия принудительного труда как конституционного принципа трудового права. Сформулированные предложения относительно усовершенствования трудового законодательства.

Ключевые слова: конституционный принцип трудового права, принудительный труд, запрещение принудительного труда.

PROHIBITION OF THE FORCED LABOR, AS THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE LABOR LAW.

O.Stasiv

Ivan Franko National Uiversity of Lviv
Universytetska str., 1, 79000 Lviv, Ukraine
tel. (032) 2394797

The features and the concept of forced labor, as the constitutional principle of the labor law are examined. The proposals as to the labor legislation's improvement are made.

The key words: constitutional principle of the labor law, forced labor, forced labor prohibition.

Стаття надійшла до редколегії: 23.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

ЮРИДИЧНІ ОЗНАКИ ФЕРМЕРСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА

М. Ващишин

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул.Університетська, 1, 79000 Львів , Україна

У статті з'ясовані основні юридичні ознаки фермерського господарства і проаналізовано їх зміст. На основі базових положень господарського, аграрного законодавства та теоретичних досліджень правового статусу фермерського господарства вдосконалено визначення поняття цього сільськогосподарського підприємства.

Ключові слова: фермерське господарство, правовий статус, юридичні ознаки, сільськогосподарський товаровиробник.

Запровадження фермерства в Україні відбулося у 1991 р. на основі Закону України "Про (селянське) фермерське господарство". Зважаючи на певну економічну, політичну і соціальну нестабільність у державі, правові засади функціонування нового аграрного суб'єкта були досить неоднозначними. Найсуперечливішими були норми стосовно правових форм використання земель, правового режиму майна і форми залучення найманих працівників до роботи у фермерському господарстві. Згодом законодавець неодноразово намагався виправити недоліки правового статусу фермерських господарств. Однак і сьогодні, через 20 років становлення та розвитку фермерських господарств в Україні, правовий статус цих суб'єктів не є оптимально визначеним.

Досліджено проблеми становлення, функціонування та ефективного розвитку фермерських господарств у процесі ринкових перетворень в аграрному секторі економіки у наукових працях Н.І. Титової, В.В. Устюкової, Г.В. Чубукова, О.О. Погрібного, Н.М. Оніщенко, Т.П. Проценко, М.С. Долинської, М.В. Шульги, В.П. Жушмана, П.Ф. Кулинича, В.Ю. Уркевича, Л.В. Логуш, Г.А. Волкова та багатьох інших вчених. Однак комплексно усі юридичні ознаки фермерського господарства з урахуванням сучасних змін у аграрному законодавстві вони не досліджували. Законодавче визначення поняття фермерського господарства не є повним і потребує вдосконалення.

Метою цього дослідження є аналіз нормативних та доктринальних ознак фермерського господарства та формулювання на їх основі визначення поняття цього суб'єкта.

Об'єктом дослідження є приписи нормативно-правових актів господарського та аграрного законодавства, що визначають правовий статус підприємств, сільськогосподарських товаровиробників та фермерського господарства зокрема.

Закон України "Про фермерське господарство" [1] визначає фермерське господарство як форму підприємницької діяльності громадян, які виявили бажання виробляти товарну сільськогосподарську продукцію, займатися її переробкою та реалізацією з метою отримання прибутку. Таке визначення недосконале з погляду юридичної техніки, адже не дає змоги вирізнити фермерське господарство з-поміж інших сільськогосподарських товаровиробників, оскільки не вказує на його суттєві юридичні ознаки.

© Ващишин М., 2011

Крім Закону України "Про фермерське господарство" визначення фермерського господарства містить Господарський кодекс України, який відносить фермерське господарство до окремого виду підприємств, що діють на основі приватної власності громадян. Однак не витримує критики визначення селянського (фермерського) господарства, закріплене у ч. 1 ст. 114 Господарського кодексу України відповідно до якого – це форма підприємництва громадян з метою виробництва, переробки та реалізації товарної сільськогосподарської продукції [2]. Таке нечітке формулювання також не дає змоги "ідентифікувати" фермерське господарство, а виробництво, переробка та реалізація сільськогосподарської продукції є не метою, а предметом діяльності суб'єкта. Крім того, сучасною назвою відповідного суб'єкта є не селянське (фермерське), а фермерське господарство.

Вперше детально провела аналіз юридичних ознак фермерського господарства професором Н.І. Титова [3, с. 18-21], а згодом дещо конкретизувала М.С. Долинська [4, с. 50–57]. Ці автори виділяють такі юридичні ознаки поняття фермерського господарства: окремий, самостійно господарюючий аграрний суб'єкт ; своєрідна форма підприємництва, яка може здійснюватися лише громадянами України; добровільність; змістом діяльності є виробництво, переробка та реалізація сільськогосподарської продукції, яка має товарний характер; членський характер відносин; сімейно-трудове об'єднання; суб'єкт сільськогосподарського землевикористання; своєрідний різновид індивідуальної трудової діяльності; землі належать на праві приватної власності, а майно - на праві спільної сумісної власності; статус юридичної особи. На основі цих ознак вони сформулювали визначення поняття селянського (фермерського) господарства. Більшість з цих ознак є актуальними й досі. Однак згодом відбулися зміни у фермерському й аграрному законодавстві, що потребують перегляду окремих доктринальних положень стосовно правового статусу фермерського господарства в сучасних умовах.

Важливо зазначити, що фермерське господарство за вимогами аграрного та фінансового законодавства є сільськогосподарським підприємством. Серед суб'єктів господарювання домінуюче місце належить підприємствам. Це зумовлено особливими економічними й соціальними функціями підприємства в економічній системі, а саме - функціями товаровиробника, який задовольняє суспільні потреби у продукції, роботах, послугах.

Як зазначає В.С. Щербина [5, с. 54], поняття "підприємство" є узагальнювальним, або збірним. Воно визначає підприємства як суб'єкти господарського права стосовно всіх форм і видів власності в Україні (організаційні форми і види підприємств) і є загальногалузевим поняттям. Підприємство як соціально-економічний і правовий інститут має певну сукупність економічних, організаційних і юридичних ознак, за якими кваліфікується як суб'єкт господарювання і суб'єкт права. За допомогою цих ознак, систематизованих ч. 1 ст. 62 Господарського кодексу України, уніфіковано визначається правове становище підприємств усіх форм власності і галузей народного господарства. В. С. Щербина детально проаналізував юридичні ознаки підприємства [5, с. 54–56], які варто врахувати при дослідженні правового статусу фермерського господарства.

Відповідно до ч. 1 ст. 62 Господарського кодексу України підприємство — це самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення

виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому Господарським кодексом України та іншими законами. Фермерське господарство як юридична особа приватного права створюється за рішенням засновників - громадян України.

Підприємство є самостійним суб'єктом господарювання. Самостійність у прийнятті господарських рішень є однією з основних і необхідних умов діяльності підприємства. Юридичний аспект такого визначення полягає в тому, що фермерське господарство при здійсненні своєї господарської діяльності має право приймати будь-які рішення, що не суперечать законодавству України.

Підприємство – це статутний суб'єкт господарювання. Статут фермерського господарства як локальний внутрішньогосподарський акт обов'язково подається під час державної реєстрації фермерського господарства і нормативно визначає його цілі і предмет діяльності, відхилятися від яких без зміни статуту заборонено. Статут також визначає межі спеціальної компетенції господарства.

Підприємство має необхідне для суб'єкта господарювання майно – основні і оборотні кошти, інші цінності, якими воно володіє, користується і розпоряджається на певному правовому титулі (на праві власності, господарського відання чи оперативного управління). Фермерське господарство має майно, що належить йому на праві власності. Це майно юридично відмежоване від майна членів господарства і закріплене за ним як суб'єктом права. Однак фермерське законодавство не є послідовним при визначенні правового режиму майна у фермерському господарстві і допускає двояке його тлумачення. Досі немає єдності у розумінні складеного капіталу і цілісного майнового комплексу фермерського господарства.

Підприємство є самостійним суб'єктом права. З одного боку, закон визначає його компетенцію (права та обов'язки) як суб'єкта господарювання, з другого – зазначає, що підприємство є юридичною особою, яка не має у своєму складі інших юридичних осіб (ч. 4, 5 ст. 62 Господарського кодексу України). Цим підприємство суттєво відрізняється від об'єднань підприємств, до складу яких входять юридичні особи. Засновниками і членами фермерського господарства не можуть бути юридичні особи. Фермерське господарство, як і кожне підприємство, має печатку зі своїм найменуванням та ідентифікаційним кодом.

На відміну від особистого селянського господарства, яке також є родинно-сімейною формою господарювання сільських мешканців, фермерське господарство є юридичною особою і потребує відповідної державної реєстрації. За попереднім законодавством фермерське господарство лише користувалося статусом юридичної особи, оскільки всім ознакам юридичної особи не відповідало [6]. Зокрема, фермерське господарство не мало відокремленого майна, оскільки майно належало членам фермерського господарства на праві спільної сумісної власності. Закон України "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003 року [1], передбачає, що майно належить фермерському господарству як юридичній особі.

Питання організаційно-правової форми ведення фермерського господарства досліджувались у аграрній юридичній науці. Т.П.Проценко вважає, що фермерське господарство не потребує статусу юридичної особи і відповідні зміни мають бути внесені до законодавства України, за якими фермерське господарство набувало би статусу юридичної особи за власним бажанням [7, с. 52]. В.І. Лебідь вважає, що встановлення імперативності щодо наявності організаційно-правової форми винятково у вигляді юридичної особи при веденні фермерського господарства не можна вважати виправданим, оскільки законодавство України дозволяє виступати учасником земельних, майнових, виробничо-господарських, фінансових,

податкових, трудових правовідносин не лише юридичним, а й фізичним особам. Крім того, при веденні фермерського господарства фізичною особою, яка зареєстрована суб'єктом підприємницької діяльності, наявні певні переваги щодо звітності та оподаткування [8, с. 73]. Однак у разі втрати фермерським господарством правового статусу юридичної особи невизначеним виявиться правовий статус членів господарства, оскільки суб'єктом підприємницької діяльності буде реєструватися лише його голова.

На нашу думку, варто погодитися з Н.М. Оніщенко, яка пропонує визнати фермерське господарство особливою організаційно-правовою формою юридичної особи [9, с. 392], адже фермерському господарству властиві всі ознаки сільськогосподарського підприємства, визначені законом України "Про фіксований сільськогосподарський податок" [10], а також характерні власні спеціальні ознаки. За законодавством Російської Федерації фермерське господарство — це форма підприємництва без створення юридичної особи.

Важливою ознакою фермерського господарства є визнання його сільськогосподарським товаровиробником. Визначення сільськогосподарського товаровиробника пропонує Закон України "Про сільськогосподарську кооперацію", відповідно до якого сільськогосподарським товаровиробником є фізична або юридична особа, яка займається виробництвом сільськогосподарської продукції за наявності сільськогосподарських угідь (ріллі, сіножатей, пасовищ і багаторічних насаджень) та/або поголів'я сільськогосподарських тварин у власності, користуванні, в тому числі й на умовах оренди, у якої валовий доход, отриманий від операцій з реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки за попередній звітний (податковий) рік перевищує 75 % від загальної суми валового доходу [11].

Фермерське господарство повністю відповідає вимогам, які ставить законодавець до сільськогосподарських товаровиробників, адже виробництво сільськогосподарської продукції є основним предметом їхньої діяльності, а землі сільськогосподарського призначення є головним засобом виробництва.

Сільськогосподарська продукція виробляється як товар, тобто для реалізації, а не для власного споживання, тобто метою діяльності фермерського господарства є отримання прибутку, що характерно для усіх суб'єктів підприємницької діяльності. Фермерське господарство здійснює виробництво продукції тваринництва та рослинництва. Як правило, підприємства належать до комерційних, спрямованих на прибуток організацій (на відміну від неприбуткових організацій - релігійних, об'єднань громадян тощо), хоча можуть створюватися і для некомерційної діяльності (ч. 2 ст. 62 Господарського кодексу України). Фермерське господарство належить до комерційних організацій, оскільки має на меті отримання прибутку.

Ризиковість є ознакою підприємницької діяльності, однак діяльності сільськогосподарських підприємств властивий підвищений ризик, який зумовлений значним впливом природно-кліматичних факторів на біологічні процеси сільськогосподарського виробництва. Негативними факторами, що супроводжують сільськогосподарське виробництво, є: сезонний характер виробництва, сповільнений оборот капіталу, низька норма прибутку. Ці фактори знайшли своє закріплення у Законі України "Про стимулювання розвитку сільського господарства України на період 2001-2004 років" від 18 січня 2001 р. [12], як такі, що зумовлюють необхідність надання сільськогосподарським товаровиробникам державної фінансової та іншої підтримки. Одним із проявів такої підтримки є пільгова (спрощена) система оподаткування

сільськогосподарських підприємств у формі фіксованого сільськогосподарського податку за Законом України "Про фіксований сільськогосподарський податок" [10], об'єктом оподаткування якого є площа сільськогосподарських угідь, а не прибуток підприємства. До речі, Податковим кодексом України збережений чинний досі порядок оподаткування сільськогосподарських підприємств. Крім того, передбачені додаткові пільги тим підприємствам, які функціонують у гірських та поліських зонах, де є складні кліматичні умови.

Фермерські господарства користуються особливою державною підтримкою, яка спрямовується їм за посередництвом Українського державного фонду підтримки фермерських господарств. За рахунок коштів Українського державного фонду підтримки фермерських господарств оплачуються роботи по розробці землевпорядної документації для фермерських господарств, закуповується сільськогосподарська техніка тощо.

Якщо фермерське господарство організовується у місцевості, що віддалена від населеного пункту, то за рахунок коштів Українського державного фонду підтримки фермерських господарств та коштів місцевого бюджету облаштовується відокремлена фермерська садиба з наданням їй окремої поштової адреси та підведенням необхідних комунікацій.

Запровадження фермерства є поверненням до історичних українських традицій господарювання сільських сімей з наступністю поколінь, передачею досвіду від батька до сина. Тому логічним є зниження вікового цензу для членства у фермерському господарстві з 16-річного до 14-річного віку, за умови якщо батьки таких дітей є засновниками чи членами фермерського господарства. Громадянство України є обов'язковою умовою членства у фермерському господарстві. Це зумовлено тим, що землі сільськогосподарського призначення можуть належати на праві приватної власності лише громадянам України. Земельна ділянка може належати фермерському господарству на праві приватної власності, за договором оренди, а також бути приватною власністю членів фермерського господарства.

Як слушно зазначає В.В. Устюкова, визначальною є "сімейна" ознака фермерського господарства, яка і відрізняє його від інших організаційно-правових форм господарювання [13, с. 19]. Вона вважає, що доцільно було би відобразити в законі й "професійну" ознаку фермерського господарства, зазначивши, що хоча би для одного з його членів (голови господарства) ведення такого господарства повинно бути основним "місцем роботи"[13, с. 33]. Опосередковано професійний характер зайняття фермерством закріплений у ст.6 Закону України "Про фермерське господарство", що встановлює вимоги щодо проходження професійного відбору громадян, які виявили бажання створити фермерське господарство. Позитивний висновок професійної комісії засвідчує наявність у громадянина достатнього досвіду роботи у сільському господарстві або необхідної сільськогосподарської кваліфікації.

Як і кожен суб'єкт підприємницької діяльності, фермерське господарство має право найму робочої сили. Нагадаємо, що за попереднім фермерським законодавством участь найманих працівників у роботі фермерського господарства була суттєво обмежена [6]. Сьогодні жодних обмежень у цьому не передбачено.

Отже, з урахуванням *загального* правового статусу підприємства, *особливого* правового статусу сільськогосподарського товаровиробника формується *спеціальний* правовий статус фермерського господарства.

До юридичних ознак фермерського господарства варто віднести, насамперед, такі:

- фермерське господарство є самостійним статутним суб'єктом господарювання – підприємством;
- фермерське господарство є юридичною особою, а не користується її статусом;
- фермерське господарство є сільськогосподарським товаровиробником, зокрема сільськогосподарським підприємством;
- предметом діяльності фермерського господарства є сільськогосподарське виробництво, переробка та реалізація власновиробленої сільськогосподарської продукції обсягом , що перевищує 75 % від валового доходу;
- метою діяльності фермерського господарства є отримання прибутку, що характеризує його як суб'єкта підприємницької діяльності;
- діяльність фермерського господарства характеризується підвищеним ступенем виробничого підприємницького ризику;
- фермерське господарство користується особливою державною підтримкою;
- фермерське господарство є родинно-сімейним об'єднанням членів однієї сім'ї, або інших родичів;
- ведення фермерського господарства здійснюється на професійній основі;
- членами фермерського господарства можуть бути лише громадяни України;
- ведення фермерського господарства здійснюється, зазвичай, в сільській місцевості;
- фермерське господарство має право найму робочої сили;
- фермерське господарство має право облаштування відокремленої фермерської садиби.

Підсумовуючи ознаки фермерського господарства, варто зазначити, що **фермерське господарство** – це сільськогосподарське підприємство з відокремленим майном, власною або орендованою земельною ділянкою, створене на професійній основі родинно-сімейним об'єднанням громадян України з правом вільного найму робочої сили та можливістю облаштування відокремленої фермерської садиби.

---

1. Закон України "Про фермерське господарство" від 19 червня 2003р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №29.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. Ст. 462.
3. Титова Н.І. Фермер і закон. – Львів, 1996. – 126 с.
4. Долинська М.С. Правове становище селянських (фермерських) господарств в Україні. - Львів, 1999. – 184 с.
5. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права : монографія. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 264 с.
6. Ващишин М.Я. Розвиток фермерського законодавства України // Вісн. Львівського ун-ту. Серія юрид. 2008. Вип. 46. – С. 152 – 158.
7. Проценко Т.П. Проблеми права власності селянських (фермерських) господарств та особистих підсобних господарств громадян і порядок їх ведення // Проблеми права власності та господарювання у сільському господарстві. Монографія. - К.: 2001.
8. Лебідь В.І. Організаційно-правова форма фермерського господарства : чи потрібна імперативність ? // Бюлетень Міністерства юстиції України. - № 4 (54), 2006, С.68 – 74.
9. Оніщенко Н.М. Деякі проблеми правового регулювання створення та діяльності фермерських господарств // Держава і право: Збірн. наук. праць. Юрид. і політ. науки. Вип. 23. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. С.392 – 396.

10. Закон України "Про фіксований сільськогосподарський податок" від 17 грудня 1998р.// ВВР України. 1999.-№ 5-6.-Ст.39
11. .Закон України "Про сільськогосподарську кооперацію" від 17 липня 1997 р.// Голос України. – 1997. - № 150. – 13 серпня.
12. Закон України "Про стимулювання розвитку сільського господарства України на період 2001-2004 років" від 18 січня 2001 року // ВВР України. – 2001. - №11. – Ст.52.
13. Устюкова В.В. Правовое положение крестьянского (фермерского) и личного подсобного хозяйства в условиях аграрной реформи. - Москва, 2000. - 193 с.

ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРИЗНАКИ ФЕРМЕРСКОГО ХОЗЯЙСТВА

М.Ващишин

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье определены основные юридические признаки фермерского хозяйства и проанализировано их содержание. На основании базовых положений хозяйственного, аграрного законодательства и теоретических исследований правового статуса фермерского хозяйства усовершенствовано определение понятия этого сельскохозяйственного товаропроизводителя.

Ключевые слова: фермерское хозяйство, правовой статус, юридические признаки, сельскохозяйственный товаропроизводитель.

LEGAL FEATURES OF FARMING ENTITY

M. Vashchyshyn

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The main features of farming entity are revealed and defined, additionally their content is analyzed. On the ground of the basic provisions of commercial, agrarian legislation and theoretical researches on legal status of farming entity, notion definition of this agricultural goods producer is improved.

Key words: farming entity, legal status, legal features, agricultural goods producer.

Стаття надійшла до редколегії: 15.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПІДПРИЄМСТВА

О. Цюцик

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна
e-mail: o-tsyutsyk@ukr.net

У статті з'ясовано і визначено поняття сільськогосподарського підприємства, зокрема проаналізована відповідна наукова література та законодавчі положення. Автором сформульовані власні дефініції загального поняття "підприємство" та галузевого (спеціального) поняття "сільськогосподарське підприємство".

Ключові слова: підприємство, сільськогосподарське підприємство, сільськогосподарський товаровиробник.

У вітчизняній ринковій економіці сільськогосподарські підприємства (як і всі сільськогосподарські товаровиробники) відіграють важливу соціальну роль в державі, в забезпечення добробуту її населення. Вони є основною ланкою виробництва сільськогосподарської продукції, розвитку аграрного сектору економіки держави.

В українській аграрній науці загальні питання правового становища сільськогосподарських підприємств висвітлювалися у роботах Н.А. Берлача, М.Я. Ващишин, В.М. Гайворонського, А.П. Гетьмана, Я.З. Гаєцької-Колотило, О.С. Дудченка, В.М. Єрмоленка, В.П. Жушмана, А.М. Земко, О.С. Каденюка, О.С. Корнієнко, С.А. Кравченка, Є. Майовця, О.О. Погрібного, В.І. Половка, Н.І. Титової, В.Ю. Уркевича, В.І. Федоровича, В.З. Янчука, В.В. Янчука та ін.

Однак комплексного дослідження поняття та ознак сільськогосподарського підприємства не проводилось. З урахуванням соціально-економічних змін при переході до ринкової економіки в Україні, постала необхідність у визначенні ролі сільськогосподарських підприємств як суб'єктів агрогосподарювання.

Вищевикладеним зумовлюється актуальність теми дослідження.

Метою даного дослідження є визначення поняття сільськогосподарського підприємства як суб'єкта господарювання на основі комплексного аналізу норм аграрного, господарського та цивільного законодавства, а також відповідних теоретичних положень.

Об'єктом дослідження є сукупність правовідносин, які виникають у процесі створення та функціонування сільськогосподарських підприємств.

Предметом дослідження є правове становище сільськогосподарських підприємств як суб'єктів агрогосподарювання.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що на основі комплексного дослідження теоретичних та законодавчих положень вдосконалено визначення поняття "сільськогосподарське підприємство" та обґрунтовані пропозиції щодо його закріплення в єдиному кодифікованому нормативно-правовому акті.

Для визначення правового становища сільськогосподарських підприємств в Україні перш за все необхідно з'ясувати значення загального терміну "підприємство", а відтак спеціального терміну "сільськогосподарське підприємство".

Термін "підприємство" по-різному вживається у літературі та законодавстві. У довідниковій літературі підприємство розглядається як розпочата ким-небудь справа, господарська (торгова) одиниця чи організація [1, с. 579; 2, с. 388].

© Цюцик О., 2011

У юридичній літературі також по-різному визначається суть підприємства. Так, представники науки господарського права визначають підприємство як економічну категорію, суб'єкта господарювання, юридичну особу [3, с. 119–121; 4, с. 54–56; 5, с. 116–119; 6, с. 6–7]. Цивілісти підприємство розглядають як єдиний майновий комплекс, об'єкт цивільних прав [7, с. 5; 8, с. 7–10; 9, с. 109–120], а деякі з них вважають, що підприємство взагалі не є юридичним явищем [10, с. 38–42; 11, с. 38–42].

Єдиного законодавчого підходу до розуміння підприємства немає і в Цивільному та Господарському кодексах України. За цивільним законодавством суб'єктами правовідносин визнаються фізичні та юридичні особи. Вони мають правосуб'єктність, тобто набувають право- та дієздатності. Під час реалізації правосуб'єктності особа може набувати певне майно у власність. Істотною рисою підприємства як єдиного майнового комплексу – сукупності майнових об'єктів є те, що саме об'єднане майно забезпечує виробничу діяльність усього комплексу підприємства. З точки зору цивілістичного (приватноправового) підходу підприємство розглядається як об'єкт майнових прав.

У Господарському кодексі України та інших джерелах господарського законодавства визначається господарська правосуб'єктність (господарська компетенція) підприємства. Тому за господарсько-правовим підходом підприємство визнається суб'єктом права – "учасником господарських відносин" (ст.ст. 218, 228, 229, 230, 232 ГК України), "суб'єктом господарювання" (ст.ст. 19, 20, 56, 58, 59, 143, 159, 164, 182, 218, 222, 249, 295, 334 ГК України), "суб'єктом підприємництва" (ст.ст. 45, 49, 209, 211, 214, 215, 342 ГК України) тощо.

Таким чином, головна причина відмінності законодавчого закріплення поняття підприємства полягає у підході щодо його визнання суб'єктом чи об'єктом правовідносин, тобто відповідно у наявності чи відсутності у нього правосуб'єктності.

Наукові визначення підприємства базуються на відповідних законодавчих положеннях, які закріплені у таких нормативно-правових актах: Господарському кодексі України (ст. 62); Цивільному кодексі України (ст. 191); Митному кодексі України (ст.ст. 1, 15); Законі України від 01.06.2010 року "Про здійснення державних закупівель" (ст. 1); Правилах застосування Закону України "Про оподаткування прибутку підприємств", затв. постановою ВРУ від 27.06.1995 року (п. 1 Розд.I); Порядку використання цінних паперів для розрахунків по інноваційних договорах, затв. наказом Міністерства України у справах науки і технологій від 03.03.1998 року (Розд.2); Положенні про порядок проведення примирних процедур по вирішенню колективних трудових спорів (конфліктів), затв. наказом Національної служби посередництва і примирення від 24.04.2001 року (п. 1.2); Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затв. постановою НБУ від 21.01.2004 року (п. 1.4); Положенні про порядок визначення сторін колективного трудового спору (конфлікту), затв. наказом Національної служби посередництва і примирення від 05.05.2004 року (п. 1.3); Положенні про ведення касових операцій у національній валюті в Україні, затв. постановою Правління НБУ від 15.12.2004 року (п. 1.2); Порядку оформлення результатів проведення митними органами на підприємствах перевірок системи звітності та обліку товарів і транспортних засобів, що переміщуються через митний кордон України, затв. наказом Державної митної служби України від 30.03.2006 року (п. 1.2); Правилах технічної експлуатації електроустановок споживачів, затв. наказом Мінінпалива та енергетики України від 25.07.2006 року (розд.3) тощо.

У більшості нормативних актів підприємство визнається суб'єктом господарювання, тому узагальнивши подані у законодавстві визначення поняття підприємства і враховуючи його істотні ознаки, можна запропонувати таке визначення: підприємство – це суб'єкт господарювання, який реєструється у встановленому законом порядку як юридична особа, що має відокремлене майно, самостійний баланс, рахунки в установах банків, печатку зі своїм найменуванням та ідентифікаційним кодом і може систематично здійснювати виробничу, науково-дослідницьку, торговельну чи іншу господарську діяльність з метою одержання прибутку (доходу).

При визначенні поняття сільськогосподарського підприємства необхідно враховувати загальні ознаки підприємства. Як правильно наголошував професор В.М. Єрмоленко, підприємство виступає родовим поняттям, що об'єднує певну кількість майна, немайнових цінностей і людської праці, спрямованих на досягненні статутних цілей. На основі родового поняття формуються видові, які характеризують вид підприємства залежно від сфери його діяльності: промислові, транспортні, сільськогосподарські тощо. Тому спеціальна категорія "сільськогосподарське підприємство" виступає конкретнішою – типологічною ознакою різних окремих проявів загального поняття підприємства [12, с. 89]. Таким чином, визначальною ознакою сільськогосподарського підприємства є його сфера діяльності – виробництво, переробка та реалізація товарної сільськогосподарської продукції.

Визначення сільськогосподарського підприємства передбачене різними за юридичною природою нормативно-правовими актами, а не тільки в аграрному законодавстві.

Так, відповідно до ст. 44 Закону України від 14.05.1992 року (в редакції від 30.06.1999 року) "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" для цілей цього Закону під сільськогосподарськими підприємствами розуміються юридичні особи, основним видом діяльності яких є вирощування (виробництво, виробництво та переробка) сільськогосподарської продукції, виручка яких від реалізації вирощеної (виробленої, виробленої та переробленої) ними сільськогосподарської продукції складає не менше п'ятдесяти відсотків загальної суми виручки.

Згідно зі ст. 2 Закону України від 17.12.1998 року "Про фіксований сільськогосподарський податок" сільськогосподарськими є підприємства різних організаційно-правових форм, передбачених законами України, які займаються виробництвом (вирощуванням), переробкою та збутом сільськогосподарської продукції, а також рибницькі, рибальські та риболовецькі господарства, які займаються розведенням, вирощуванням та виловом риби у внутрішніх водоймах (озерах, ставках та водосховищах), у яких сума, одержана від реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки за попередній звітний (податковий) рік, перевищує 75 відсотків загальної суми валового доходу.

У п. 8–1.6 Закону України від 03.04.1997 року "Про податок на додану вартість" зазначено, що сільськогосподарським вважається підприємство, основною діяльністю якого є поставка вироблених (наданих) ним сільськогосподарських товарів (послуг) на власних або орендованих виробничих потужностях, а також на давальницьких умовах, в якій питома вага вартості сільськогосподарських товарів (послуг) становить не менше 75 відсотків вартості всіх товарів (послуг), поставлених протягом попередніх дванадцяти послідовних звітних податкових періодів сукупно.

Ще одне визначення досліджуваного поняття міститься у Законі України від 18.01.2001 року "Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001-2004 років", відповідно до ст. 1 якого сільськогосподарське підприємство (включаючи селянське (фермерське), рибальське та рибницьке господарства) – юридична особа, основним видом діяльності якої є вирощування та переробка сільськогосподарської продукції, виручка від реалізації якої складає не менше 50 відсотків загальної суми виручки.

З аналізу даних норм права випливає, що законодавець визначає:

– сільськогосподарське підприємство як юридичну особу;
– предмет діяльності сільськогосподарського підприємства – це вирощування (виробництво, виробництво та переробка) та збут сільськогосподарської продукції або розведення, вирощування та вилов риби у внутрішніх водоймах;
– у сільськогосподарському підприємстві виручка від реалізації сільськогосподарської продукції становить не менше 50 % загальної суми виручки, а у окремих випадках – не менше 75 % або понад 75 % загальної суми валового доходу;
– деякі організаційно-правові форми сільськогосподарського підприємства, а саме фермерське, рибальське, рибницьке, риболовецьке господарства.

Незважаючи на те, що у вищезазначених законодавчих актах законодавець де-юре чітко вказав, що в Україні можуть створюватись сільськогосподарські підприємства у таких організаційно-правових формах як рибальське, рибницьке, риболовецьке господарства, однак де-факто як таких організаційно-правових форм суб'єктів господарювання офіційно не зареєстровано1.

Крім зазначених законодавчих положень, визначення сільськогосподарського підприємства закріплені і у деяких підзаконних нормативно-правових актах.

Відповідно до розділу 1 Методики проведення поточних розрахунків основних показників виробництва продукції в усіх категоріях господарств, затвердженої наказом Держкомстатистики України від 08.02.2005 року, сільськогосподарські підприємства – юридичні особи, їх відокремлені підрозділи, які здійснюють сільськогосподарську діяльність, незалежно від підпорядкування, форм власності і господарювання. Як категорія вони включають в себе радгоспи, інші державні підприємства, господарські товариства, кооперативи, приватні, підсобні сільськогосподарські підприємства та фермерські господарства.

Відповідно до Методичних рекомендацій щодо проведення розрахунків витрат кормів худобі та птиці у господарствах усіх категорій, затверджених наказом Держкомстатистики України від 24.01.2008 року, сільськогосподарські підприємства – юридичні особи, їхні відокремлені підрозділи, що займаються сільськогосподарським виробництвом, незалежно від підпорядкування, форм власності та господарювання. До цієї категорії товаровиробників відносяться державні підприємства, господарські товариства, кооперативи, фермерські господарства, приватні та інші підприємства, які займаються виробництвом сільськогосподарської продукції (розділ 2).

---

[1] Єдиним нормативним документом, в якому визначені всі організаційно-правової форми господарювання, в яких можуть створюватись суб'єкти господарської діяльності є наказ Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої кооперації № 97 від 28.05.2004 року. Цим наказом затверджений Державний класифікатор України "Класифікація організаційно-правових форм господарювання" ДК 002:2004.

Проаналізувавши наведені визначення поняття сільськогосподарського підприємства, відзначимо, що вони не є тотожними щодо всіх ознак цього виду аграрного суб'єкта господарювання.

У науці аграрного права пропонуються визначення поняття сільськогосподарського підприємства, однак вони не завжди узгоджуються між собою. Так, на думку В.П. Кургана, сільськогосподарське підприємство варто розглядати як первинну соціально-виробничу ланку аграрного сектору економіки [13, с. 8]. Автор наголосив на важливій ролі сільськогосподарського підприємства в суспільстві та державі.

У підручнику з аграрного права України за редакцією О.О. Погрібного пропонується наступне визначення досліджуваного нами поняття: сільськогосподарські підприємства є самостійними суб'єктами господарювання, створеними компетентним органом державної влади чи органом місцевого самоврядування, чи іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб систематичним здійсненням виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в аграрному секторі економіки в порядку, передбаченому чинним законодавством України [14, с. 97]. у цьому визначенні акцентується увага на порядку створення сільськогосподарського підприємства, його меті та напрямках діяльності.

Професор В.М. Єрмоленко зазначає, що сільськогосподарське підприємство – це юридична особа, основним видом діяльності якої є вирощування та переробка власновиробленої сільськогосподарської продукції (включаючи рибницьку), виручка від реалізації якої становить не менше 50 відсотків загальної суми грошових надходжень за рік [12, с. 91]. Тобто, В.М. Єрмоленко враховує законодавчі положення стосовно визначення сільськогосподарського підприємства.

На думку російського науковця З.С. Беляєвої, сільськогосподарською є комерційна організація, виручка якої від реалізації виробленою нею сільськогосподарської продукції становить більше 50 % від загальної суми виручки [15, с. 9]. Автор звертає увагу на розмір виручки від реалізації сільськогосподарської продукції, який дав би підстави вважати організацію сільськогосподарською.

Таким чином, як і в законодавстві, так і в наукових працях немає єдності щодо розуміння сільськогосподарського підприємства, зокрема з огляду на розмір виручки від реалізованої ним сільськогосподарської продукції. На нашу думку, співвідношення доходу від реалізації сільськогосподарської продукції із загальною сумою валового доходу не є основною істотною ознакою сільськогосподарського підприємства. Правильним і обґрунтованим є твердження Я.З. Гаєцької-Колотило, яка зазначає, що ведення товарного сільськогосподарського виробництва як основного виду діяльності вже є підставою до зарахування цього суб'єкта господарювання до сільськогосподарських товаровиробників [16; с. 35]. Тобто, якщо більша половина доходу підприємства – це виручка від реалізації ним власновиробленої сільськогосподарської продукції, то це вже свідчить про товарний характер діяльності цього підприємства як сільськогосподарського. Тому в загальному визначенні поняття сільськогосподарського підприємства не обов'язково вказувати конкретний розмір виручки від реалізації сільськогосподарської продукції, достатньо зазначати, що сільськогосподарське виробництво є основним видом діяльності. Але у спеціальному законодавстві, зокрема податковому, необхідно чітко закріпити цей розмір виручки (50 %), адже це має значення при встановленні відповідних пільг для суб'єкта господарювання.

Отже, на основі визначеного нами раніше видового поняття підприємства, можна сформулювати таке визначення родового поняття: сільськогосподарське підприємство – це суб'єкт агрогосподарювання, який реєструється у встановленому законом порядку у певній організаційно-правовій формі як юридична особа, що має відокремлене майно, самостійний баланс, рахунки в установах банків, печатку зі своїм найменуванням та ідентифікаційним кодом для систематичного здійснення виробництва (вирощування), переробки, реалізації (збуту) товарної сільськогосподарської продукції (продовольства) рослинного, тваринного чи іншого походження з метою одержання прибутку (доходу), який становить понад 50 % загальної суми виручки (валового доходу).

Враховуючи колізійність чинного законодавства України щодо визначення правового становища сільськогосподарських підприємств, необхідно закріпити поняття сільськогосподарського підприємства в окремому галузевому нормативно-правовому акті, яким повинен стати Аграрний кодекс України як кодифікований акт або Закон України "Про сільськогосподарські підприємства". Ухвалення такого законопроекту дозволить у визначений Конституцією України спосіб, тобто законом, регламентувати основні питання створення, функціонування та припинення діяльності сільськогосподарських підприємств, як суб'єктів господарювання зі спеціальним статусом.

---

1. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 72500 слов и 7500 фразеологических выражений / РАН. Ин-т русского языка; Российский фонд культуры. – М.: АЗЪ, 1993. – 960 с.
2. Даль В. Толковый словарь живого великорусского язика / В.Даль. – Т.3. – М.: Рус. яз., 1980. – 562с.
3. Щербина В.С. Господарське право: підручник [3-тє вид., перероб. і доп.] / В.С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 656с.
4. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: монографія / В.С. Щербина. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 264с. – Бібліогр.: с.248-263.
5. Крупка Ю.М. Правові основи підприємницької діяльності: навч. посіб. / Ю.М. Крупка. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 480с. – Бібліогр.: с.440-452.
6. Ісаков М.Г. Правовий статус підприємства як суб'єкта господарювання: автореф. на здоб. наук. ступ. к.ю.н.: 12.00.04 / Михайло Григорович Ісаков. – Донецьк, 2006. – 17с.
7. Кривобок С.В. Правочини з підприємством як єдиним майновим комплексом: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. к.ю.н.: 12.00.03 / Світлана Володимирівна Кривобок. – Харків, 2008. – 18с.
8. Галіахметов І.А. Підприємство як об'єкт цивільних прав: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. к.ю.н.: 12.00.03 / Ігор Абзалович Галіахметов. – Одеса, 2005. – 20с.
9. Цивільне право України: підручник [у 2-х кн.] / О.В. Дзера, Д.В. Доброва, А.С. Довгерт [та ін.]; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. – 2-ге вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – Кн. 1. – 736с.
10. Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. Вып. первый / А.Х. Гольмстен. – С.-Пб.: Типография Д.В. Чичинадзе, 1895. – 210с.
11. Удинцев В. Русское торгово-промышленное право / В. Удинцев. – К., 1907. – 480 с.
12. Аграрне право України: підручник / В.М. Єрмоленко, О.В. Гафурова, М.В. Гребенюк [та ін.] ; за ред. В.М. Єрмоленка. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 608с.
13. Курган В.П. Економіка аграрних підприємств: навчально-методичний посібник / В.П. Курган. – Суми: ВТД "Університетська книга", 2008. – 270с.
14. Аграрне право України: підручник / За ред. О.О. Погрібного. – К.: Істина, 2007. – 448с.

15. Беляева З.С. Правовой статус сельскохозяйственных коммерческих организаций как субъектов предпринимательской деятельности / З.С. Беляева // Предпринимательская деятельность в сельском хозяйстве России. Правовые вопросы. – М.: И-т государства и права Российской Академии наук, 1998. – С. 4-21.
16. Гаєцька-Колотило Я.З., Ільків Н.В. Аграрне право України: навч. посіб. / Я.З. Гаєцька-Колотило, Н.В. Ільків. – К.: Істина, 2008. – 184с.

ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОГО ПРЕДПРИЯТИЯ

О. Цюцык

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье выяснено и определено понятие сельскохозяйственного предприятия, в частности проанализирована соответствующая научная литература и законодательные положения. Автором сформулированы собственные дефиниции общего понятия “предприятие” и отраслевого (специального) понятия “сельскохозяйственное предприятие”.

Ключевые слова: предприятие, сельскохозяйственное предприятие, сельскохозяйственный товаропроизводитель.

ISSUES OF LEGISLATIVE DEFINITION OF AGRICULTURAL ENTERPRISE NOTION

O. Tsyutsyk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytets’ka Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine
e-mail: o-tsyutsyk@ukr.net

The notion of agricultural enterprise is revealed and defined, in particular scientific literature and legislative provisions concerning this issue are analyzed. The author makes her own wording of the general notion “enterprise” and legal-branch (special) notion “agricultural enterprise”.

Key words: enterprise, agricultural enterprise, agricultural goods maker.

Стаття надійшла до редколегії: 29.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

ЗМІСТ ПОНЯТТЯ "СХОВИЩЕ" ПІД ЧАС ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВИКРАДЕННЯ

Н. Антонюк

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Досліджено поняття "сховище" у кримінальному праві; коло засобів охорони від зовнішнього доступу до майна, як окрему ознаку сховища; можливість визнання сховищем автомобіля. Запропоновано визначення місць та територій, відведених для зберігання майна.

Ключові слова: сховище, проникнення, злочин, власність.

Для з'ясування змісту такої диференціаціюючої ознаки викрадень як вчинення цього суспільно небезпечного діяння із "проникненням у житло, інше приміщення чи сховище" необхідно чітко визначити зміст та ознаки кожного із термінів, які використовує законодавець. Поняття "сховище" зазвичай пояснюють, посилаючись на позицію, викладену у постанові Пленуму ВСУ "Про судову практику у справах про злочини проти власності" від 06.11.2009 р. № 10 (далі – Постанова). Разом з тим у науковій літературі не безпідставно зазначають, що поняття "сховище" слід тлумачити, використовуючи чіткі ознаки, що дозволили б максимально точно окреслити коло об'єктів, які потрібно визнавати сховищами.

У працях, що стосуються кримінально-правової кваліфікації злочинів проти власності, термін "сховище" аналізувався лише побіжно. Зазвичай, науковці вказували приблизний перелік об'єктів, які на їх думку є сховищами і посилалися на позицію Пленуму ВСУ, викладену у згаданій вище Постанові. Більш детально зміст та ознаки сховища аналізували П.П. Андрушко, Х.Д. Алікперов, О.І. Бойцов, О.В. Ільїна, Н.А. Лопашенко, А.А. Пінаєв.

Виділення Верховним Судом України ознак сховища сприяє певній конкретизації кола тих об'єктів, що можуть бути визнані сховищем. Водночас, невирішеними залишаються ряд запитань, які безпосередньо впливають на правильність встановлення ознак сховища, і, як наслідок, на правильну кримінально-правову кваліфікацію викрадень, вчинених із ознакою проникнення у житло, інше приміщення чи сховище. З огляду на це метою даного дослідження є з'ясування відповідей на такі запитання:

– що слід розуміти під місцями, відведеними для зберігання майна;
– ким мають бути відведені для зберігання місця і території;
– що слід розуміти під колом засобів охорони від зовнішнього доступу до майна;
– чи є сховищами цистерни, контейнери і рефрижератори, автомобілі.

У п. 22 Постанови зазначено, що під сховищем слід розуміти певне місце чи територію, відведені для постійного чи тимчасового зберігання матеріальних цінностей, які мають засоби охорони від доступу до них сторонніх осіб (огорожа, наявність охоронця, сигналізація тощо), а також залізничні цистерни, контейнери, рефрижератори, подібні сховища тощо. З вказаного визначення видно, що для

© Антонюк Н., 2011

обмеження кола об'єктів, що можуть бути визнані сховищем обрано призначення певного місця чи території, наявність охорони від зовнішнього доступу.

Одні вчені (В.Г. Гончаренко, М.І. Мельник) вказують, що сховищем є частина (ділянка) території, відведена для зберігання матеріальних цінностей…[1, 560; 2, 180]. Інші науковці (Л.М. Кривоченко, А.А. Пінаєв) сховище розглядають як пристрій стаціонарного типу, будь-яку споруду для зберігання майна [3, 138; 4, 51]. Семантичний зміст цього терміну такий: сховище – приміщення, споруда для зберігання чого-небудь [5, 1421]. Наведені позиції чітко ілюструють двоякість розуміння сховища, виходячи із конструкції об'єкта зберігання майна: як споруди або як ділянки. У практичній діяльності виникає ряд запитань: чи визнавати склад сховищем чи це "інше приміщення"; сумка з застібкою, з якої викрадено гаманець – це сховище; викрадення із транспортного засобу – це викрадення із проникненням у сховище? Такого характеру запитання зумовлені тим, що необхідно найбільш конкретно сформулювати коло об'єктів, що визнаються сховищами, дослідити зміст ознак сховища.

Семантичне значення термінів "місце" і "територія" пов'язане із частиною земельної поверхні: місце – простір земної поверхні, зайнятий чим чи ким-небудь, де що-небудь розміщене; територія – частина земної кулі, що належить певній державі [5, 679, 1443]. Однак, ні одне ні інше визначення не дозволяють пояснити чому під час формулювання дефініції "сховища" вжито обидва ці терміни. Юридичний зміст "сховища" дещо відрізнятиметься від його філологічного наповнення. Так, необхідно врахувати, що для зберігання габаритного майна, зберігання великої кількості майна та й у інших випадках, поміщення його у якісь споруди чи на склади фізично неможливо або економічно невигідно. Зберігання майна не завжди здійснюється на земельній ділянці. Ділянка, для зберігання майна може бути заасфальтована, забетонована тощо.

Видається, що під "місцем" потрібно розуміти якусь конкретну споруду, пристрій, де може бути сховане майно (сейф, пристрій для зберігання жетонів, клітку для зберігання будматеріалів, овочів, баштанних культур тощо). Саме групу поглядів на сховище як пристрій стаціонарного типу, споруду для зберігання чого-небудь можна пов'язати із розумінням під сховищем певних місць. Разом з тим вважаємо, що місця для зберігання майна не обов'язково повинні характеризуватися ознакою стаціонарності. Вони можуть бути і переносними, рухомими.

Викрадення самого пристрою, ємкості для зберігання майна має кваліфікуватися як викрадення без кваліфікуючої ознаки проникнення у сховище, за винятком тих випадків, коли сам пристрій чи ємкість знаходилися у сховищі. Коли предметом викрадення є пристрій-сховище, має місце таке ж заволодіння майном як і викрадення будь-якої іншої речі. З цього приводу А. Пінаєв зазначав, що вказаний підхід зумовлений трьома чинниками: суспільна небезпека викрадення предмета – сховища не є більшою, порівняно із викраденням іншого майна; суспільна небезпека враховується і на момент вчинення посягання (наприклад, сейф відкривається в бухгалтерії і сейф викрадається, а потім відкривається); у викраденні з проникненням первинним є проникнення, а за ним слідує вилучення майна, тобто проникнення повинно передувати вилученню майна [4, 51]. У наведеному випадку слід відрізняти два варіанти: коли "сховище" є рухомою річчю і виступає предметом викрадення; коли сховище відноситься до ознак об'єктивної сторони викрадення (наприклад, є місцем вчинення злочину). Врахування ролі "сховища" серед ознак складу злочину безпосередньо відобразиться на кримінально-правовій оцінці скоєного.

Використовуючи термін “територія”, у поняття “сховище” включили певні ділянки, на яких зберігається майно. Такі ділянки повинні відповідати і іншим вимогам, щоб визнаватися сховищем. Це ті місця, де зберігається майно через габаритність, недоцільність перенесення такого майна у закриті приміщення, тобто охоронювані відкриті ділянки. Термін “територія” традиційно вживається для позначення географічних характеристик земної ділянки із прив’язкою до належності певній державі. Визначаючи “сховище” доцільно було вжити термін “ділянка”. Разом з тим правильність визнання ділянок, на яких зберігається під охороною майно сховищами визнається не всіма вченими. Так, Х.Д. Алікпєров вважає, що визнання сховищами не лише закритих приміщень призводить до розмивання меж між викраденнями майна, яке зберігається під відкритим небом і в закритому приміщенні [6, 87–88]. Автор обґрунтовує свою позицію тим, що суспільна небезпека викрадень із закритих приміщень значно вища, ніж викрадення з відкритих ділянок, навіть таких, що охороняються. Х.Д. Алікпєров зазначає, що прихильники широкого розуміння поняття “сховище” змішують його з поняттям “охоронювані об’єкти з матеріальними цінностями”. На нашу думку, така позиція є спірною, виходячи із ряду аргументів:

– автором не враховано цільового призначення об’єктів, тобто того, що охоронювані об’єкти із матеріальними цінностями можуть бути відведені для зберігання майна;
– автор безпідставно вириває із кола об’єктів, що за своєю природою є сховищами, охоронювані об’єкти з матеріальними цінностями, що відведені для зберігання майна, не вказуючи на підстави такого виділення;
– для визнання певної відкритої ділянки сховищем необхідно встановити наявність засобів охорони. Разом з тим, слід одразу конкретизувати, що слід розуміти під охороною. Звичайну огорожу без інших додаткових заходів охорони навряд чи можна визнавати засобом охорони. Х.Д. Алікпєров має рацію в тій частині, що викрадення з огородженої ділянки не завжди є викраденням зі сховища;
– не враховується підвищена суспільна небезпека викрадень із сховищ-ділянок, що забезпечені охороною і відведені для зберігання майна;
– термін “проникнення” не можна пов’язувати виключно з проникненням всередину, оскільки проникнення за межу охоронюваної ділянки також слід розглядати як вторгнення кудись у виділене, відокремлене охороною місце.

До сховищ віднесено цистерни, контейнери і рефрижератори. При чому вони перелічені після переліку ознак сховища (у п. 22 Постанови після слів “а також”). Однак, цистерни, контейнери і рефрижератори можна віднести до місць, відведених для зберігання майна. Це спеціальні ємкості для перевезення і зберігання майна, для забезпечення доставки майна у схоронності. Вони обладнані замками, засувами і іншими засобами охорони або щоразу опломбовуються. Як правило, такі об’єкти перебувають під охороною перевізника або супроводжуються уповноваженою особою відправника. Окрім цього, цистерни, контейнери і інші ємкості, контейнери для перевезення здаються під охорону службі охорони залізниці.

Не може визнаватися сховищем платформа для перевезення, якщо вона не обладнана засобами охорони. Окремі вчені зазначають, що платформа, за жодних умов не визнається сховищем, оскільки вона не обладнана пристроями для зберігання відповідних цінностей, немає перешкод, що утруднюють доступ до майна, що перевозиться [6, 89–90]. Однак, такий категоричний підхід не є

правильним. Якщо платформа не містить зовнішніх перешкод (стін, решіток, замків), однак перебуває під постійною сторожовою охороною, або обладнана сигналізацією, можна констатувати, що її призначенням є не лише перевезення, а й збереження цілісності вантажу. За таких обставин не має жодних перешкод для визнання охоронюваної платформи сховищем. Так, часто перевозять транспортні засоби на відкритих платформах, які мають інші засоби охорони. Очевидно, що власник цих цінностей не лишає їх без догляду. Він вживає достатні, на його думку, заходи охорони, щоб перешкодити і ускладнити доступ до майна ззовні.

Таким чином, під місцями, відведеними для зберігання майна слід розуміти пристрої, ємкості для зберігання майна, а під територіями з таким ж призначенням – ділянки призначені для зберігання майна. Сховище може виступати і як споруда і як певна виділена ділянка, без відповідної будови, конструкції на ній. Ділянка (територія), що визнається сховищем є стаціонарною, виходячи із своєї фізичної природи (вона є нерухомим майном). Місця-сховища можуть бути як стаціонарними (такі, які призначені лише для зберігання майна) так і рухомими (ємкості, контейнери тощо, призначені для перевезення майна, ручні сейфи).

На думку Пленуму ВСУ, сховищем не може визнаватися територія, що використовується для вирощування продукції чи випасу тварин (сад, город, ставок, поле тощо). В основі цієї позиції лежить врахування цільового призначення відповідної ділянки. Так, нива пшениці, навіть така, що перебуває під цілодобовою охороною призначена для вирощування пшениці, а не для її зберігання.

Розглянуті особливості сховища, дозволяють виділити види сховищ, виходячи із різних критеріїв:

– за ознакою вільного переміщення: рухоме і стаціонарне сховище;
– за цільовим призначенням: з єдиним призначенням – зберігання майна, з кількома призначеннями – наприклад, зберігання + перевезення;
– залежно від місця серед ознак складу злочину: сховища, які самі можуть виступати предметами викрадень і такі, які предметом викрадень виступати не можуть;
– залежно від особливостей побудови (конструкції): сховище – пристрій, сховище – споруда, сховище – ділянка.

Наступне, що слід з'ясувати: ким місця і ділянки повинні бути відведені для зберігання матеріальних цінностей. Часто, визначаючи поняття "сховище" вчені і практики послуговуються терміном "призначені для зберігання майна", а не "відведені" для тих ж цілей. Чи можна ці терміни використовувати паралельно як синоніми?

Доведення факту відведення місця чи території для зберігання майна передбачає наявність якось рішення, документу, у якому вказано про факт відведення. Сам цей термін зумовлює з'ясування додаткових обставин, що свідчать про рішення щодо використання певного місця чи ділянки. Якщо мова йде про зберігання майна юридичною особою, то констатація факту їх спеціального відведення необхідна. Адже, обов'язково слід з'ясувати, що саме ця частина території підприємства чи це визначене місце відведені для розміщення певного майна (наприклад, великогабаритних транспортних засобів). Підтвердженням призначення такої ділянки може бути наказ, розпорядження відповідної службової особи.

Зберігання майна фізичними особами пов'язане із особистим розсудом такої особи щодо місця чи території для зберігання майна. Для фізичної особи первинним є забезпечення належної схоронності майна, а призначення майна фактично не береться до уваги. Відведення майна не має документального

оформлення, а відбувається шляхом конклюдентних дій – фактичного використання майна.

Обов’язковою ознакою сховища є наявність засобів охорони від доступу до них сторонніх осіб. Сховище покликане охоронити майно лише від зовнішнього доступу. Внутрішній доступ, тобто заволодіння майном шляхом використання своїх можливостей щодо доступу до майна, знаходиться поза межами вказаної кваліфікуючої ознаки.

Сьогоднішній рівень техніки дозволяє використовувати різноманітні засоби охорони майна від традиційних (охоронець, огорожа, сигналізація тощо) до новітніх (супутниковий контроль, відеосигнал - спостереження тощо). Всі ці засоби повинні бути призначені для охорони майна, контролю за доступом ззовні.

У одному із наукових досліджень А. Пінаєв розглядав приклад крадіжки худоби, що знаходилася під наглядом “електропастуха” [4, 51]. Вчений правильно вказував, що цільове призначення “електропастуха” - контроль за худобою, щоб вона не розбіглася. Це не спосіб охорони ззовні. Конструюючи “електропастуха” виходили із фізичних особливостей худоби, орієнтувалися на те, щоб стадо, табун, отара тощо не розбіглися. На охорону від злодіїв цей пристрій не розрахований. Тому і не можна вважати його засобом охорони ззовні.

Засоби охорони можуть бути як високотехнічними (сигналізація, відео контроль тощо) так і звичайними, побутовими (колючий дріт, обмотаний так, щоб ускладнити проникнення). Однак, не можна вважати сховищем заклеєний конверт з грішми, валізу з майном, сумку з гаманцем, оскільки доступ до них додатково не ускладнений. Власник і будь-хто інший мають однакові можливості доступу до цінностей, що містяться всередині. Якщо ж власник знає пароль, має спеціальний ключ, тобто має переваги перед злочинцем чи іншою особою щодо подолання засобів охорони, такі об’єкти, в яких зберігається майно слід визнавати сховищами.

Таким чином для того, щоб констатувати наявність засобів охорони від доступу сторонніх осіб, слід встановити, що використовуваний засіб (охорона технічними пристроями чи з використанням так званої сторожової охорони(людина, собака тощо)) суттєво ускладнює доступ до майна і має своїм завданням забезпечення схоронності майна, унеможливлення вільного зовнішнього проникнення до нього поза волею власника.

Спірним у кримінально-правовій літературі залишається питання про кримінально-правову оцінку викрадень із транспортного засобу. Адже, часто власник залишає у транспортному засобі особисті речі, та й транспортний засіб може бути обладнаний спеціальними технічними пристроями (аудіо, відеотехніка тощо).

Наукові позиції щодо вирішення цього питання кардинально протилежні: одні вчені вказують, що автомобіль не призначений для зберігання речей, а тому не може визнаватися сховищем (Н.А. Лопашенко, А.Ю. Чупрова) [7, 98–99; 8, 411]; інші все ж вказують, що автомобіль може виступати в ролі сховища (А.М. Ігнатов, О.І. Бойцов) [9, 624–625]. Верховний Суд України. роз’яснюючи зміст цієї кваліфікуючої ознаки у Постанові уникнув відповіді на вказане питання. При чому в опублікованій практиці розгляду судами справ про злочини проти власності вказано, що викрадення з салону автомобіля не вважається викраденням зі сховища [10], а у Постанові Пленуму ВСУ “Про судову практику у справах про злочини проти власності” від 06.11.2009 р. це питання упущено.

Вирішуючи питання про можливість віднесення салона автомобіля до сховища можна висловити такі міркування: якщо автомобіль чи його частина призначені для перевезення і зберігання майна, сумніву щодо визнання його сховищем немає.

Такими транспортними засобами із подвійним призначенням є рефрижератори, автолавки, холодильники тощо. Разом з тим, вважаємо, що сховищем слід визнавати і транспортний засіб, всередину якого власник помістив інше майно, з метою збереження його схоронності. Адже, салон автомобіля чітко обмежений у просторі і забезпечений засобами охорони. Засоби охорони, які застосував власник, одночасно служать охороною від незаконного заволодіння самим автомобілем, так і від викрадення речей, що містяться всередині автомобіля. Різноманітні пломби, сигналізації, замки, інші засоби охорони, використані власником, вказують на те, що власник використовує автомобіль як сховище для інших речей. Майно, залишене в автомобілі, на думку власника, у захищеному місці, а не в бездоглядному стані чи у вільному доступі.

Проведене дослідження дає підстави зробити такі висновки:

– місця, відведені для зберігання майна – це споруди, пристрої, ємкості для зберігання майна;
– території, відведені для зберігання майна – це ділянки призначені для зберігання майна;
– цистерни, контейнери, рефрижератори, салон автомобіля можна віднести до місць, відведених для зберігання майна;
– про наявність охорони від доступу сторонніх осіб свідчить те, що використовувані засоби охорони суттєво ускладнюють доступ до майна і мають своїм завданням забезпечення схоронності майна, унеможливлення вільного зовнішнього проникнення до нього поза волею власника.

Очевидно, що для правильної кваліфікації викрадень із сховищ необхідно зупинитися ще й на з'ясуванні поняття "проникнення". Саме таким терміном законодацець позначив діяння, передбачаючи відповідну диференціюючу ознаку у тексті Кримінального кодексу України. Однак, досліджені нами питання конкритезуватимуть саме поняття "сховища" як місця із якого вчинюється викрадення.

---

1. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : У 2 т. – Т. 1 [Текст] / За заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. - 3-тє вид., перероб. та доп. -К. : Алерта ; КНТ; Центр учбової літератури. – 2009. – 964 с.
2. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник [Текст] / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін. ; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка ; Київ. нац. ун-т внутрішніх справ, Київ. міжнар. ун-т. - 3-тє вид., переробл. та допов. – К. : Атіка, 2009. – 744с.
3. Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник [Текст] / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. - 2-е вид., перероб. і доп. - К.: Юрінком Інтер, 2005. - 544 с.
4. Пинаєв А. Понятие иного хранилища при хищении [Текст] / А. Пинаев // Социалистическая законность.- 1986.- № 12. – С. 50-52.
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) [Текст] / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2005. – 1728 с.
6. Аликперов Х.Д. О понятии "иное хранилище" [Текст] / Х.Д. Алікперов // Правоведение.- 1998. - № 1.- С. 86-90.
7. Лопашенко Н.А. Преступления против собственности. Теоретико-прикладное исследование [Текст] / Лопашенко Н.А. - М.: ЛексЭст, 2005. - 408 с.
8. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации в двух томах. Том первый // Под ред. П.Н.Панченко. – Н.Навгород: НОМОС, 1996. – 624 с.

9. Бойцов А.И. Преступления против собственности [Текст] / А. Бойцов – С.–Пб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – 755 с.
10. Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини проти власності [Текст] // Вісник Верховного Суду України. - № 2 (102). – 2009. – С. 19–31.

СОДЕРЖАНИЕ ПОНЯТИЯ “ХРАНИЛИЩЕ” ПРИ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПОХИЩЕНИЕ.

Н. Антонюк

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Исследовано понятие “хранилище” в уголовном праве; круг средств охраны от внешнего доступа к имуществу, как отдельный признак хранилища; возможность признания хранилищем автомобиля. Указано, что такое места и территории, отведенные для хранения имущества.

Ключевые слова: хранилище, проникновение, преступление, собственность.

“PLACE OF SAFETY” NOTION DURING LIABILITY DIFFERENTIATION FOR STEALAGE

N. Antonjuk

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

In the article “place of safety” in criminal law, set of means of property safety from outside access as place of safety separate feature, as well as possibility of automobile definition as place of safety, are researched. The author suggests her own definitions of places and territories designed for property safe keeping.

Key words: place of safety, entering, crime, property.

Стаття надійшла до редколегії: 28.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПОЛІТИЧНІ ЧИННИКИ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

А. Бойко

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті здійснено кримінологічну характеристику впливу політичних чинників на корупцію в Україні. Політичні чинники корупції розглядаються у ракурсі змін політичного режиму в Україні.

Ключові слова: корупція, чинники корупції, політичні чинники корупції.

У кримінологічній науковій літературі питання про характер впливу політичних чинників на корупцію висвітлюється лише в працях окремих авторів. Наприклад, певні аспекти цієї проблематики висвітлені у дослідженнях Б. Волженкіна, В. Колесникова, М. Мельника, С. Сулашкіна та О. Дамаскіна [1, с. 260-308; 2, с.56-82; 3, с. 42-50; 4, с. 45-60]. Але особливостям впливу політичних чинників на стан корупції в Україні у сучасних умовах практично уваги не приділяється. Тому є актуальною висвітлення цієї проблеми.

Політичні чинники корупції найкраще розглядати в ракурсі розвитку політичного режиму в сучасній Україні.

У найзагальнішому вигляді політичний режим можна поділити на демократичний і недемократичний.

Для демократичного політичного режиму характерна сукупність відповідних ознак, зокрема: конституційне проголошення і здійснення соціально-економічних та політичних прав громадян, їх організацій, наявність і діяльність вільних політичних партій (у тому числі опозиційних); виборність та змінність центральних місцевих органів державної влади й органів місцевого самоврядування; офіційне визнання принципу законності та конституційності, принципу розподілу влади; існування інститутів представницької і безпосередньої демократії; наявність політичних свобод – гласності в діяльності держави, свободи слова, преси, мітингів і демонстрацій, протестів тощо, за допомогою яких суверенні суб'єкти громадянського суспільства реалізують політичну діяльність, беруть участь у політичному, громадському житті та ін. [5, с. 359].

Відсутність будь-якої з названих ознак або їх неповна чи викривлена реалізація обмежує демократичну сферу суспільства, а в певних конкретно-історичних умовах може призвести до переродження політичного режиму на антидемократичний. Установлення ж постійного контролю суспільства за дотриманням нормативних параметрів політичного режиму дає змогу не допустити появи в його межах небезпечних деструктивних мутацій і сприяє вдосконаленню.

Формування демократичного політичного режиму успішне лише за умови, що такий процес відбувається в загальному контексті становлення громадянського суспільства та верховенства права і це спричиняє зміни всієї політичної системи.

Аналізуючи політичні чинники корупції в Україні, насамперед зауважимо, що на етапі становлення соціально орієнтованої ринкової економіки вони мають беззаперечну перевагу над багатьма іншими. Як засвідчує практика успішне впровадження реформ у цей період переважно залежить від якості самих політичних рішень, правильно обраних пріоритетів. Політиці на цьому етапі належить вирішальна роль.

© Бойко А., 2011

В Україні з отриманням нею незалежності виник новий політичний режим, що не лише змінив структуру державної влади та властивих їй методів реалізації політичної волі, а й баланс соціальних і політичних сил у суспільстві. Відбулася докорінна зміна соціальної основи суспільства, сформувався новий суспільно-політичний баланс, в якому значно посилилась роль впливових соціальних верств, змінилась структура їхніх інтересів і, відповідно, структура морально-ціннісних параметрів суспільства. Соціальної і політичної ваги у суспільстві набули корпоративно-бюрократичні групи, які стали свого роду домінантою у розвитку багатьох політичних змін. Це давало і надалі дає змогу бізнесово-політичній еліті розв'язувати свої корпоративні проблеми за рахунок ресурсів держави. Усе це ускладнює процеси демократизації в Україні, а на сьогодні ще й створює умови для посилення авторитарного впливу Президента України.

Назвати демократичним такий політичний режим можна дуже умовно: це, радше, – олігархічна форма державного правління, що має окремі ознаки авторитаризму. Силові й радикальні способи проведення політики, ігнорування елементарних моральних норм, постійне замасковування непорядних вчинків, використання правоохоронних органів для політичного тиску – все це несумісне з практикою функціонування вільних демократичних суспільств і соціально орієнтованої ринкової економіки.

Вплив на різного роду соціальні процеси з метою отримання політичної та економічної вигоди, зміцнення свого владного статусу і впливу – саме це керує правлячою політичною елітою.

За активного сприяння державної влади діяльність окремих фінансово-бюрократичних груп стала дієвим чинником не лише економічного життя країни, а й політичного. Фінансова залежність політичних сил в Україні від великих фінансово-бюрократичних груп обумовила фактичну їх підконтрольність цим групам. Це деформувало політичну систему в Україні й нейтралізувало основи для формування громадянського суспільства.

Політична еліта не зважає на те, що для ефективних реформ потрібна політична воля та суспільна підтримка у визначенні найважливіших економічних пріоритетів і методів їх досягнення, що необхідний постійний пошук компромісів між владою й опозицією, відмова від нав'язування суспільству рішень "зверху", яких воно не сприймає. Державні владні структури, громадсько-політичні організації та засоби масової інформації мають бути активними у впровадженні демократичних і моральних засад у політичному житті, зразками справжньої громадянської відповідальності. На жаль, "наведення ладу" в державній владі і надалі сприймається як ліквідація одних і створення інших відомств, або постійна перестановка кадрів у верхніх ешелонах державних органів. Ці прийоми вже випробувані в трансформаційних умовах і часто підміняють важливіші заходи з підвищення авторитету і ролі держави у здійсненні соціально-економічних та інших перетворень.

На превеликий жаль, реальна здатність сьогоднішньої державної влади управляти багатьма соціальними процесами виявилась не такою ефективною, як цього прагнуло суспільство. Державна влада залишається інструментом доступу до бюджетних ресурсів, наділення привілеями тощо. У цих сферах державне втручання перейшло всі межі, сформувавши сприятливі умови для поширення корупції.

Зміщення спрямованості рішень зі соціально значущих на корпоративні зумовили низький рівень адекватності реагування державної влади на соціальні запити. Намагання дистанціюватись від будь-якої відповідальності за провали у проведенні реформ й ідентифікація себе виключно з правлячою політичною

командою спричинило системне зниження чутливості влади до наростаючого соціального дискомфорту.

І насправді, дії державної влади, особливо з послаблення та нейтралізації опозиції, пригальмовують наростання політичного невдоволення населення. Фіктивне політичне життя, неможливість політичної опозиції відповідально впливати на ситуацію в країні підштовхнули багатьох опозиційних політиків розміняти політичний капітал на економічний або вдатись до відверто авантюрних і нецивілізованих форм політичної діяльності.

Відсутність дієвої опозиції, яка б ґрунтувалась на ідейно-ідеологічних розбіжностях з владою, лише сприяє поширенню зловживань в діяльності органів державної влади, кругової поруки та протиправного лобізму.

Відсутність механізмів використання потенціалу політичної опозиції для визначення стратегії суспільного розвитку, пошуку оптимального співвідношення політичної боротьби та співробітництва, наявність пропрезидентської більшості у Верховній Раді України посилюють авторитарне спрямування політичного режиму в країні.

За таких умов дуже важко зберігати соціальну інтегрованість у суспільстві, адже правлячий режим не бере до уваги інтереси значних соціальних верств і опозиційних партій, які представляють їхні інтереси. Суспільство ж перебуває в стані ідейно-політичної поляризації. Політичний режим в Україні за своїми структурними характеристиками близький до демократії, але демократії олігархічного типу, коли частина демократичних інститутів встановлена, але все ще не укорінена соціально, коли ще не створені адекватні соціальні зв'язки та структури громадянського суспільства.

Процес переходу до демократичного політичного режиму ще далекий від завершення, адже демократичні інститути не повністю вкоренились у суспільстві, а норми демократичного правління та демократичного узгодження інтересів визнають не всі суб'єкти політичного процесу. Сама процедура вільних виборів, як виявилось, не є гарантією демократизації.

За відсутності впливових опозиційних партій і незалежного від державної влади місцевого самоврядування, перспективи демократичної трансформації авторитарно-олігархічної системи є дуже складними. Важко сформувати відносно міцні державні інститути, забезпечити розподіл і баланс між різними гілками державної влади, гарантувати свободу слова, створити механізми ефективного недержавного контролю за діяльністю державної влади.

Після президентських виборів 2010 р. повернулась система неформальних норм і домовленостей, а особливо система примусового арбітражу, яка була запроваджена Президентом Л. Кучмою. Система неформальних правил, підкріплена політичною владою, забезпечує правлячій еліті стабільність у владі та захист від соціального контролю. Але це перешкоджає підвищувати ефективність функціонування владних структур, забезпечувати ефективну діяльність парламентської та позапарламентської опозиції. Ігнорування дієвого механізму політичної консолідації суспільства – діяльності політичної опозиції, її чіткого правового існування як повноцінного та повноправного суб'єкта політичного процесу перешкоджає утвердженню демократичного політичного режиму.

Відсутність механізмів використання потенціалу політичної опозиції для визначення стратегії суспільного розвитку, пошуку оптимального співвідношення політичної боротьби та співпраці не дає змоги консолідувати наше суспільство. Тож забезпечення ефективної діяльності парламентської більшості й

цивілізованого існування опозиції, а також підвищення ролі політичних партій як представників громадянського суспільства у відносинах з владою може стабілізувати політичні процеси.

Найбільша проблема, напевно, полягає в тому, що і дотепер державна влада у реформуванні політичних і неполітичних інститутів постійно та систематично відстає від реального перебігу змін у суспільстві.

Тому саме державна влада причетна до послаблення основ демократії та паростків свободи економічної поведінки в легальному секторі господарювання, наслідком чого стала криміналізація багатьох сфер суспільного життя й особливо – зростання корупції.

Саме фінансово-бюрократичні групи і надалі активно діють у використанні державних ресурсів.

Свідомість сучасної політичної еліти, по суті, отруєна відчуттям власної значущості та високого призначення, хоча насправді їх завданням залишається подальше зміцнення економічних і політичних позицій.

Політична нестабільність негативно впливає на економічні відносини, функціонування механізму ринкового регулювання, що, в свою чергу, призводить до падіння життєвого рівня населення, його незахищеності у правовій і соціальних сферах.

Загалом діяльність Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Президента України не вирізняється конструктивізмом і політичною відповідальністю за її результати. У багатьох випадках ці органи в прийнятті важливих державних рішень і надалі вдаються до короткострокової політичної чи іншої вигоди.

Подальша соціально-політична консолідація суспільства неможлива без розвитку громадянського суспільства та його інституцій, насамперед політичних партій. На сучасному етапі більшість партій є незалежними від суспільства структурами, створеними під конкретних осіб, призначення яких зводиться до проштовхування у державну владу своїх лідерів або прикриття їхньої підприємницької діяльності. Політичні партії так і залишились представниками не соціальних верств із відповідною програмною ідеологією, а власних фінансово-бюрократичних, корпоративних інтересів або своїх політичних амбіцій; вони так і не стали повноцінними учасниками політичних процесів, спрямованих на соціально-політичну консолідацію українського суспільства. Навіть партії державницького спрямування не мають конструктивних програм діяльності й не репрезентують належно інтереси основних соціальних груп.

Слабкість нашої політичної системи пов’язана і з низькою активністю громадських організацій у суспільно-державному житті. Це засвідчує незрілість політичної еліти та незрілість громадянського суспільства, яке не здатне впливати на політиків у такий спосіб, щоби досягати стратегічних компромісів в інтересах усього суспільства. Політична еліта демонструє відверте нехтування інтересами суспільства, задля вузькопартійних і корпоративних інтересів.

Сьогоднішня політична еліта не здатна адекватно відповідати на нові соціально-політичні запити, що сприяє наростанню кризи не лише в соціально-економічні, а й в інших сферах суспільного життя.

Однак до позитивів сьогодення можна віднести переважне спрямування суспільної свідомості на демократичний шлях розвитку. Активна громадянська позиція населення до певної міри сприяє протидії відверто неадекватним рішенням державної влади, особливо у сфері функціонування дрібного і середнього бізнесу, пенсійної реформи тощо.

Підсумовуючи, наголосимо на тих особливостях політичного процесу в Україні в період переходу до ринкової економіки, які мають суперечливий характер і становлять кримінологічний інтерес для розуміння детермінації корупції.

З-поміж основних особливостей необхідно виокремити такі:

– невідмежованість політики від бізнесу, суспільних і особистих відносин, що відбувається у зв'язку з незрілістю інститутів громадянського суспільства, які повинні її обмежувати й контролювати;
– нерозуміння основними суб'єктами політичного життя цінностей свободи і демократії;
– існування активного політичного стилю, який виявляється в нав'язуванні суспільству не завжди виправданих нововведень державною владою, дії принципу "колективної відповідальності", що породжує традицію безвідповідальності державної влади за наслідки прийнятих рішень;
– висока концентрація політичної влади та ресурсів у правлячої еліти, що провокує опозицію виступати радикальними противниками, а не політичними опонентами;
– неефективність держави як основного соціального інституту, що безпосередньо управляє суспільством, його нездатність забезпечити консенсус із найважливіших питань суспільного життя, вирішувати проблеми бідності;
– узгодження форм авторитарно-олігархічного правління з елементами демократичної процедури, зокрема з виборами та багатопартійністю;
– значне укорінення неформальних владних відносин, формування елітарного корпоративізму замість плюралістичної демократії.

Тож політичні чинники створили сприятливі умови для поширення корупції і формування мотивації до протиправної діяльності представників корпоративно-бюрократичних груп і окремих політичних та державних діячів.

1. Политический режим и преступность / [под ред. В.Н. Бурлакова, Ю.Н. Волкова, В.П. Сальникова]. – СПб.: Изд-во Юридический центр Пресс 2001. – 365 с.
2. Мельник М.І. Корупція: сутність, поняття, заходи протидії : Монографія / М.. Мельник. – К.: Атіка, 2001. – 304 с.
3. Сулашкин С.С. Государственная политика противодействия коррупции и теневой экономике в Росси / С.С. Сулашкин, С.В. Максимов, И.Р. Ахметзянов и др. – М.: Научный эксперт, 2008. – 464 с..
4. Дамаскин О.В. Коррупция: Состояние, причины, противодействие / О.В. Дамаскин. – М.: ИД "Триумфальная арка", 2009. – 304 с.
5. Общая теория государства и права: Академ. курс: В 3 т. / [отв. ред. М.Н. Марченко. – 3-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Норма, 2007. – Т. 1. – 568 с.

ПОЛИТИЧЕСКИЕ ФАКТОРЫ КОРРУПЦИИ В УКРАИНЕ

А. Бойко

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул, Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье проводится криминологическая характеристика влияния политических факторов на коррупцию в Украине. Политические факторы коррупции рассмотрено в разрезе изменений политического режима в Украине.

Ключевые слова: коррупция, факторы коррупции, политические факторы коррупции.

POLITICAL FACTORS OF CORRUPTION IN UKRAINE

A. Bojko

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article highlights criminology characteristics of political factors influence on corruption in Ukraine. Political factors of corruption are regarded in the aspect of political regime changing in Ukraine.

Key words: corruption, corruption factors, political factors of corruption.

Стаття надійшла до редколегії: 24.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЗНАЧЕННЯ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ДІЯННЯ У РОЗМЕЖУВАННІ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ ТА ВІДМЕЖУВАННІ ЇХ ВІД СКЛАДІВ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Л. Брич

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000, Львів, Україна

Розглянуто функції, які можуть бути властиві такій ознаці об'єктивної сторони складу злочину як суспільно небезпечне діяння в процесі розмежування складів злочинів та відмежування їх від складів адміністративних правопорушень.

Ключові слова: суспільно небезпечне діяння, склад злочину, розмежування складів злочинів, відмежування складів злочинів від складів адміністративних правопорушень.

Проблемі об'єктивної сторони складу злочину як одному з чотирьох елементів складу злочину, у теорії кримінального права приділено достатньо уваги. Немає жодного підручника із Загальної частини кримінального права, який би не містив відповідної структурної частини. Цій проблемі присвячувалися й монографічні дослідження та інші наукові публікації. В деяких з цих робіт детально розглядалося значення ознак об'єктивної сторони складу злочину для кримінально-правової кваліфікації [1, с. 68–91; 2, с. 22–27], стосовно ж розмежування складів злочинів та відмежування їх від складів інших правопорушень воно констатувалося [2, с. 22–27; 3, с. 95; 4, с. 63; 5, с. 55-56; 6, с. 17–18]. Але питання про те, в чому ж виражається таке значення практично не піднімалося. З іншого боку, у працях, присвячених проблемам теорії кримінально-правової кваліфікації, застосування кримінального закону, що містять структурні частини, в яких досліджуються загальні питання розмежування складів злочинів, завжди приділялась увага ролі ознак об'єктивної сторони складу злочину у розмежуванні. У більшості робіт, в яких більш чи менш повно розглядаються теоретичні питання розмежування складів злочинів, автори виділяють розмежування за об'єктивною стороною серед розмежування за іншими елементами складу злочину, яке дехто з авторів називає видом [7, с. 333–336], інші виділяють його як один із етапів цього процесу [8, с.117–128], інші розглядають, ніяк не називаючи [9, с. 106–107, 10., с. 117]. В межах цих досліджень, автори на прикладах ілюстрували роль окремих ознак об'єктивної сторони складу злочину у розмежуванні. Проте, розглядалися ці питання фрагментарно, без виокремлення дослідження різних функцій тієї чи іншої ознаки.

Тому потрібно проаналізувати саме можливі функції конкретних ознак об'єктивної сторони у розмежуванні складів злочинів.

Ознакам об'єктивної сторони належить особлива роль у розмежуванні складів злочинів, що закладається ще на етапі нормотворення в процесі диференціації кримінальної чи юридичної відповідальності за посягання на певний об'єкт кримінально-правової охорони. Як писав С.А. Тарарухін, для ознак об'єктивної сторони в цілому характерним є високий ступінь інформативності. Саме тому вони найбільш часто знаходять своє відображення у диспозиції кримінально-правової норми [11, с. 91]. Саме за об'єктивною стороною найчастіше відбувається розмежування всередині кожної групи злочинів, пов'язаних з посяганням на спільний для них родовий об'єкт. – писав Ф.Г. Бурчак [12, с. 37]. Є.В. Фесенко звертав увагу, що розмежувальне значення мають не всі ознаки об'єктивної

© Брич Л., 2011

сторони, а лише ті, котрі відображають специфіку саме даного виду злочину. Такими він називав діяння, наслідки, спосіб, ситуацію [10, с. 117].

Суспільно небезпечне діяння – єдина універсальна обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу злочину [13, с. 133]. Як відомо, вона названа у кожній диспозиції статті (частини статті) Особливої частини, що містить описання конкретного основного складу злочину, тобто є ознакою, яка має значну варіативність свого описання у диспозиції статті (частини статті) Особливої частини КК й відповідно значну варіативність проявів у реальній дійсності. І ця обставина обумовлює особливу роль суспільно небезпечного діяння в розмежуванні складів злочинів. Перш за все, ця особливість полягає в тому, що встановлення тотожності змісту самого лише суспільно небезпечного діяння у певних складах злочинів уже достатньо для того, щоб вести мову про наявність між ними такого співвідношення, яке обумовлює потребу в їхньому розмежуванні. На відміну від, наприклад, форми вини, чи родового об'єкта.

Перш ніж розглядати функції суспільно небезпечного діяння у розмежуванні складів злочинів потрібно зупинитися на окремих його характеристиках, кожна з яких має свій вплив на можливу його роль у розмежуванні. Суспільно небезпечне діяння у кримінальному праві традиційно поділяють на дві форми: дію і бездіяльність. Варто зауважити, що такий підхід суперечить усталеному у філософії розумінню співвідношення таких категорій діалектики як зміст і форма. Більш обґрунтованим є підхід російських авторів В.Б. Малініна і А.Ф. Парфьонова, які не вдаючись у теоретичні дискусії і обґрунтування, ведуть мову про дію і бездіяльність як два види родового поняття діяння. Вони називають дві логічні підстави для виокремлення кожного з видів діяння, як самостійних явищ реальної дійсності. Перша – це характер поведінки особи: активна чи пасивна. Друга – характеристика конструкції правової норми, в суперечність з якою вступає вчинене діянням. Ці вчені стверджують, що термін діяння використовується законодавцем не для об'єднання дії і бездіяльності в одне поняття, а для визнання злочином не думок, не "небезпечного стану особи", а саме тільки діяння, тобто зовнішньої поведінки людини [2, с. 32–35].

Те саме можна сказати щодо виділення форм злочинної дії, таких як фізичний вплив, слово і жест [6, с. 48].

Поняттям же "форма" відображається інша характеристика суспільно небезпечного діяння, а саме те, як воно описане в диспозиції кримінально правової норми, тобто вербальний прояв такого описання. Сукупність ознак, особливостей дії чи бездіяльності охоплюються поняттям "зміст".

Суспільно небезпечне діяння, як і будь-яке явище об'єктивного світу, характеризується не лише змістом і формою, а й може бути охарактеризоване через такі філософські категорії як сутність і явище, кожна з цих пар співвідношень перебуває одна з одною у співвідношенні тотожності. Співвідношення змісту і форми характеризує поняття, яке відображає ознаку складу злочину, а співвідношення сутності і явища стосується злочинного діяння як ознаки злочину – явища реальної дійсності. Отож, відповідником категорії "зміст" є категорія "сутність", а категорії "форма" – "явище".

Суспільно небезпечне діяння як спільна ознака складів злочинів апріорі обумовлює можливість таких типів їхнього співвідношення: 1) бути суміжними, 2) бути передбаченими нормами, що можуть конкурувати як загальна і спеціальна, 3) як кілька спеціальних норм, 4) як частина і ціле; 5) фігурувати у одній формулі кримінально-правової кваліфікації, що відображує ідеальну сукупність злочинів.

Тип співвідношення детермінується не змістом суспільно небезпечних діянь, які є спільними ознаками, а може бути визначений, щодо конкретних складів злочинів залежно від співвідношення ознак, за якими вони відрізняються.

Поділ суспільно небезпечного діяння на два види: дію і бездіяльність на ролі цієї ознаки як спільної ознаки складів злочинів відображується таким чином, що спільними ознаками складів злочинів можуть бути лише такі діяння, які у кожному з порівнюваних складів злочинів збігаються не тільки за змістом, а й за видом. Але сказане стосується тих випадків, коли діяння у тому чи іншому складі злочину може бути виражене лише в одному з його видів. Якщо ж суспільно небезпечне діяння описане в законі так, що в кожному з порівнюваних складів злочинів ним охоплюється як активна поведінка, так і пасивна поведінка, то спільною ознакою складів злочинів воно бути може, як у теоретичному аналізі, не прив'язаному до конкретної ситуації, так і у конкретній ситуації правозастосування. Так суспільно небезпечне діяння, яке полягає у позбавленні життя іншої людини, а за термінологією законодавця, - заподіяння смерті іншій людині, незалежно від того є воно дією чи бездіяльністю, є спільною ознакою таких суміжних складів злочинів, як "Умисне вбивство" (ч. 1 ст. 115 КК) і "Вбивство через необережність" (ст. 119 КК).

Властивість спільності цієї ознаки складу злочину буде мати місце як у тому випадку, коли збігається і зміст, і форма, так і тоді, коли збігається лише одна з цих якостей. Наприклад, викрадення є спільною ознакою складів крадіжки (ч. 1 ст. 185 КК) і грабежу (ч. 1 ст. 186 КК) і за змістом, і за формою.

А наприклад, погане поводження з військовополоненими у складі злочину, передбаченому у ст. 434 КК і жорстоке поводження з військовополоненими у складі, закріпленому у ст. 438 КК "Порушення законів та звичаїв війни" – повністю збігаються за змістом, незважаючи на те, що смислове навантаження слів "погане" і "жорстоке" не ідентичне, в зв'язку з чим вони не однакові за формою. Вказівка у диспозиції ст. 434 КК на такі альтернативи неодноразовому поганому поводженню, як те, що воно пов'язане з особливою жорстокістю, або спрямоване проти хворих і поранених, дає підстави вважати таке "погане поводження" жорстоким.

У Особливій частині КК досить багато складів злочинів, спільною ознакою яких є форма суспільно небезпечного діяння, а розмежувальною ознакою – його зміст. Особливо складним є таке розмежування, якщо названа ознака є єдиною розмежувальною ознакою суміжних складів злочинів. Так, однією зі спільних ознак складів злочинів проти безпеки виробництва є форма суспільно небезпечного діяння, а саме: порушення певних правил. Відрізняються ж вони, за винятком "Порушення правил безпеки на вибухонебезпечних підприємствах або у вибухонебезпечних цехах" (ст. 273 КК) за змістом суспільно небезпечного діяння, тобто за тим, які саме вимоги безпеки праці порушені. Порушення, до речі, може бути вчинене, як шляхом дії, так і бездіяльності. Щоправда, як зазначається у кримінально-правовій літературі, розмежування за характером[1] порушення вимог безпеки праці викликає труднощі на практиці (тобто за змістом суспільно небезпечного діяння – Л.Б.) [14, с. 13], наприклад, діяння, котрі полягали у порушенні вимог нормативно-правових актів про проведення робіт з підвищеною небезпекою замість відповідної частини ст. 272 КК "Порушення правил безпеки

[1] При цьому незрозуміло, що автор вкладає в поняття "характер порушення вимог законодавства про охорону праці" – адже воно не вписується в жодне з відомих співвідношень філософських категорій (форми і змісту, сутності і явища).

виконання робіт з підвищеною небезпекою" судами було кваліфіковано за відповідними частинами ст. 271 КК "Порушення вимог законодавства про охорону праці" [15, с. 23–29]. Дослідники пояснюють такий стан застосування кримінально-правових норм про злочини проти безпеки виробництва, перш за все, недосконалістю нормативно-правових актів інших галузей законодавства, до яких доводиться звертатися, з'ясовуючи зміст суспільно небезпечного діяння, викладеного бланкетним способом [14, с. 13].

В тих випадках, коли тотожність форми суспільно небезпечного діяння як ознаки складу злочину поєднується зі збіжністю злочинного діяння, яке розглядається як явище, буває настільки щільною, що встановити відмінність у його сутності можливо лише за допомогою аналізу інших ознак об'єктивної сторони, зокрема обстановки вчинення злочину. Проілюструвати це можна на відомому прикладі співвідношення "Порушення правил безпеки виконання робіт з підвищеною небезпекою" (ст. 272 КК) і "Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами" (ст. 286 КК), щодо якого існують роз'яснення пленуму Верховного Суду України, котрі змістово відтворюють відповідні положення п. 14 постанови Пленуму Верховного Суду України від 10 жовтня 1982 р. з наступними змінами і доповненнями "Про практику застосування судами України законодавства у справах, пов'язаних з порушенням вимог законодавства про охорону праці". Так, у п. 22 постанови Пленуму Верховного Суду України №7 від 12 червня 2009 р. "Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва" міститься таке положення: "якщо під час виконання робіт за допомогою транспортних засобів було порушено правила безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту відповідальність настає саме за порушення цих правил, незалежно від місця, де їх було порушено. Якщо ж особа під час виконання таких робіт (навіть під час руху чи експлуатації транспорту) порушила не ці, а інші правила (наприклад, правила охорони праці, правила безпеки на вибухонебезпечних підприємствах тощо), її дії за наявності до того підстав підлягають кваліфікації за статтями КК, які передбачають відповідальність за недодержання саме інших правил, а у відповідних випадках – за злочини проти життя та здоров'я особи або за знищення чи пошкодження майна".

Тому законодавцю у разі обґрунтованої потреби диференціювати кримінальну відповідальність саме за сутністю злочинного діяння потрібно розмежувальну функцію покласти на більш очевидні показники, які вказують на вищий чи нижчий ступінь суспільної небезпеки діяння. Це давно відомо у кримінальному праві, що розглядаючи злочинне діяння його слід брати не ізольовано, а в тих конкретних умовах місця, часу і оточуючої обстановки, в яких воно було виконано. Тому суттєвими характеристиками злочинної дії (бездіяльності) є спосіб, місце, час і обстановка вчинення злочину [4, с. 10].

У розділі XIX Особливої частини КК "Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) є досить велика група складів злочинів, спільною ознакою яких є форма суспільно небезпечного діяння, що відображує збіжність явищної сторони відповідної ознаки злочину. Це ст. 406 КК України "Порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості" – ст. 414 КК України "Порушення правил поводження зі зброєю, а також із речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення" – ст. 415 КК України "Порушення правил водіння або експлуатації машин" – ст. 416 КК України "Порушення правил

польотів або підготовки до них" – ст. 417 КК України "Порушення правил кораблеводіння" – ст. 418 КК України "Порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання" - ст. 419 КК України "Порушення правил несення прикордонної служби" – ст. 420 КК України "Порушення правил несення бойового чергування" – ст. 421 КК України "Порушення статутних правил внутрішньої служби".

Відрізняються вони за змістом і сутністю суспільно небезпечного діяння, тобто за тим, які конкретні вимоги, встановлені яким актом, порушено в тому чи іншому випадку. Щодо окремих з названих складів злочинів для того, щоб оцінити фактичні обставини справи і їх відповідність такій ознаці складу злочину як суспільно небезпечне діяння, потрібно призначати військово-технічну експертизу, або отримувати висновок спеціаліста(-ів). Це стосується вчинення злочинів, передбачених: ст. 414 КК; ст. 415 КК; ст. 416 КК України; ст. 417 КК України.

Так, у вироку Військового апеляційного суду центрального регіону України від 23 червня 2005 р. у справі про „Скнилівську авіакатастрофу" (так звана "справа льотчиків"), з посиланням на висновок спеціаліста встановлено, „що порушення порядку виконання „косої петлі з поворотом" в бік опущеного напівкрила підсудним Топонарьом призвело до втрати літаком керованості і його катастрофи. Той факт, що екіпаж приступив до виконання демонстраційного польоту, не знаючи меж пілотажної зони, не впевнившись в безпечності виконуваного завдання, не провівши рекогносціровку шляхом додаткового прольоту над аеродромом, призвів саме до того, що літак впав саме на скупчення людей, які прийшли на свято" [16, с. 61]. Вчинене було кваліфіковано за ст. 416 КК „Порушення правил польотів або підготовки до них".

Що стосується статей 418-421 КК, то вони передбачають відповідальність за порушення військовослужбовцями правил несення спеціальних служб. Останні передбачені різними нормами відповідних статутів та інших актів військового законодавства. Для встановлення і оцінки фактичних обставин справи в таких злочинах повинно вистачити юридичних знань.

Ще складнішою для розмежування є така ситуація в законі, коли однакове за змістом діяння у різних складах злочинів має відмінну форму, тобто різне вербальне вираження. Це провокує у правозастосувача, чи особи, яка тлумачить закон, хибне перше враження про те, що склади злочинів відрізняються за суспільно небезпечним діянням. Так, наприклад, складно побачити доцільність у пропозиції К.П. Задої поряд з існуванням ст. 365 КК "Перевищення влади або службових повноважень" доповнити чинний КК статтями "Службове свавілля" та "Присвоєння влади або службових повноважень службовою особою [17, с. 12], склади злочинів, передбачені якими охоплюють частину тих діянь, котрі за чинним КК оцінюються як "Перевищення влади або службових повноважень". Обґрунтовуючи висунуту ним новацію, дослідник вважає, що виокремлені ним різновиди дій, які у поєднанні з іншими обставинами традиційно розглядаються правозастосовчою практикою та теорією кримінального права як перевищення влади або службових повноважень, мають іншу кримінально-правову природу і штучно "втиснуті" в рамки юридичного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 365 КК. Головним його аргументом є те, що зазначені дії не підпадають під вироблений в теорії кримінального права загальний критерій визначення дії у юридичному складі перевищення влади або службових повноважень – "дії, що можуть бути правомірними за певних умов". Іншими словами, сутність діяння у складі перевищення влади або службових повноважень за К.П. Задоєю виражається

у наведеному критерії. Аналіз змісту діянь, відповідальність за які виокремлена в запропонованих дисертантом статтях, приводить до висновку, що для складу перевищення влади або службових повноважень К.П. Задоя залишає лише діяння, які зводяться до порушення процедури, тобто ті, що описані в підпункті б) п. 5. постанови Пленуму Верховного Суду України №15 від 26 грудня 2003 р. "Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень": "вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки в особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого порядку, – за відсутності цих умов". Але зміст усіх виокремлених К.П. Задоєю у самостійні склади злочинів діянь переплітається. І в певних умовах сутність їх може бути однаковою. Наприклад, виконання функцій службовою особою, які є компетенцією вищестоящої службової особи за певних умов (ситуація крайньої необхідності) є правомірним і необхідним вчинком. Такі умови регламентуються законодавством. За відсутності таких умов це діяння, якщо брати до уваги запропоновані К.П. Задоєю статті, одночасно можна оцінювати і як перевищення влади або службових повноважень і як присвоєння влади або службових повноважень, тобто вчинення дій, що належать до компетенції іншої службової особи.

Лінгвістичне тлумачення дає підстави стверджувати, що всі виокремлені К.П. Задоєю діяння є проявами перевищення влади або службових повноважень, тобто вчинення службовою особою діянь поза своєю компетенцією. Сутність їх однакова. Навряд чи відмінним є ступінь їхньої суспільної небезпечності, що могло б бути підставою диференціації кримінальної відповідальності.

Крім того, одне з альтернативних діянь, передбачених диспозицією запропонованої К.П. Задоєю статті "Службове свавілля", а саме: "втручання у діяльність іншої службової особи з метою перешкодити здійсненню цією особою своєї влади або службових повноважень чи добитися винесення нею неправомірного рішення …" є таким самим як те, котре у доктрині кримінального права традиційно вважається проявом зловживання владою або службових повноважень.

Таким чином, через однакову сутність діянь, які К.П. Задоя пропонує "розвести" по різних складах злочинів, розглянуту пропозицію вважаю необґрунтованою і такою, що не полегшить правозастосування, а, навпаки, створить невиправдані труднощі для розмежування складів злочинів.

Перспективи існування у Особливій частині КК окремої статті про відповідальність за перевищення влади або службових повноважень є недоцільними з інших причин, також пов’язаних з характеристиками суспільно небезпечного діяння в цьому складі злочину. Вони будуть розглянути далі в ході аналізу розмежувальної функції суспільно небезпечного діяння.

Розглядаючи суспільно небезпечне діяння як спільну ознаку складів злочинів потрібно враховувати, що воно може бути як одноактною, так і багатоактною поведінкою. Так, суспільно небезпечне діяння є однією з кількох спільних ознак складів "Згвалтування" (ст. 152 КК) та "Примушування до вступу в статевий зв'язок" (ст. 154 КК). Збігається у цих складах зміст суспільно небезпечного діяння, який полягає в тому, що статевий зв’язок з потерпілою особою здійснюється за відсутності її дійсної добровільної згоди. Примушування до статевого зв’язку у складі злочину, передбаченого ч. 1 чи 2 ст. 154 КК України, – це домагання як одного статевого контакту природним чи неприродним способом, так і тривалого в часі статевого зв’язку [18, с. 319]. Суспільно ж небезпечне діяння у складі згвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним

способом – це, як правило, одноразовий акт злочинної поведінки, або, як випливає з п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи" від 30 травня 2008 р. №5 [19], вчинення з єдиним умислом без значної перерви у часі двох чи більше статевих контактів з однією й тією ж потерпілою особою. Але ця відмінність не створює різниці у змісті цих ознак.

Діяння, як ознака складеного складу злочину, не буває тотожною за змістом ознакою з діянням, що є ознакою складу злочину, що співвідноситься з ним як частина. Адже складений склад злочину – це той, який включає два чи більше складів злочину, кожен з яких передбачений окремою кримінально-правовою нормою. У кожній зі складових складеного складу злочину мусить бути своє діяння, що відрізняється за змістом від ознаки, котра посідає місце суспільно небезпечного діяння у системі ознак складеного складу злочину. Інакше він не буде складеним складом злочину. У кримінально-правовій літературі висловлювались й інші точки зору, зокрема, стосовно проблеми кваліфікації, так званих, поєднаних діянь. Детальніше ця проблема розглядалась автором цих рядків у межах поняття спільних ознак складу злочину [20, с. 220–236]. Ознака ж, котра посідає місце суспільно небезпечного діяння в системі ознак самостійного складу злочину може бути тотожною за змістом (тобто спільною) ознакою з тією ознакою з іншого складу злочину, яка не виступає як діяння, наприклад, є способом складеного складу злочину. Так, погроза вбивством є суспільно небезпечним діянням у складі злочину, закріпленому у ст. 129 КК "Погроза вбивством". Така сама за змістом і формою ознака є способом вчинення злочину у складі "Вимагання" (ч. 2 ст. 189 КК).

Зроблений висновок не суперечить твердженню, що спільність змісту суспільно небезпечного діяння може бути передумовою такого співвідношення між складами злочинів, котре визначає конкуренцію норм, що їх містять, як частини і цілого. У складах злочинів, що передбачені конкуруючими як частина і ціле нормами, суспільно небезпечне діяння може бути спільною ознакою у тих випадках, коли склад злочину, передбачений нормою про ціле, є повнішим за того, котрий передбачений нормою про частину, за рахунок включення до нього суспільно небезпечних наслідків, або за рахунок більшого розміру суспільно небезпечних наслідків. Особливо це поширено у співвідношенні складів злочинів та складів адміністративних правопорушень.

Діяння, якщо його розглядати як явище, в багатьох випадках є спільною ознакою певного складу злочину та складу аналогічного адміністративного правопорушення. Як і в тому випадку, коли суспільно небезпечне діяння є спільною ознакою складів злочинів, так і в розглядуваній ситуації, тотожність змісту відповідних ознак складу злочину і складу адміністративного правопорушення, визначає можливість такого самого співвідношення між складами правопорушень, які можуть бути: 1) суміжними, 2) передбаченими нормами, що можуть конкурувати як загальна і спеціальна, 3) передбаченими кількома спеціальними нормами; 4) співвідноситися як частина і ціле; 5) у одній формулі кримінально-правової кваліфікації, що відображує ідеальну сукупність правопорушень.

Особливо багато таких випадків збігу мають склади злочинів, передбачені статтями розділу VIII Особливої частини КК України „Злочини проти довкілля" зі складами адміністративних правопорушень, передбачені статтями глави 7 Особливої частини КУпАП, склади злочинів, передбачених статтями Розділу VII

Особливої частини КК "Злочини у сфері господарської діяльності" зі складами адміністративних правопорушень, передбачених статтями глави 8 КУпАП, склади злочинів, передбачених статтями Розділу XI Особливої частини КК "Злочини проти безпеки руху та експлуатації транспорту" зі складами адміністративних правопорушень, передбачених статтями глави 10 КУпАП. До прикладу візьмемо склад адміністративного правопорушення, закріплений у ст. 791 КУпАП „Недодержання екологічних вимог під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції та прийняття в експлуатацію об'єктів чи споруд" та склад злочину, передбачений ст. 236 КК „Порушення правил екологічної безпеки"1. У наведених складах правопорушень тотожним є зміст одного з альтернативних діянь, яке у диспозиції ч.1 ст. 236 КК сформульоване так: "порушення правил екологічної безпеки під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції, введення в експлуатацію, експлуатації та ліквідації підприємств, споруд, пересувних засобів та інших об'єктів", а у диспозиції ст. 79-1 КУпАП – "недодержання екологічних вимог під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції або прийняття в експлуатацію об'єктів чи споруд". Ст. 791 КУпАП „Недодержання екологічних вимог під час проектування, розміщення, будівництва, реконструкції та прийняття в експлуатацію об'єктів чи споруд" – норма про частину. Ст. 236 КК „Порушення правил екологічної безпеки" – передбачає ознаки норми про ціле. Настання в результаті вчинення суспільно-небезпечного діяння, зміст якого однаковий, як у складі розглядуваного адміністративного правопорушення, так і у відповідному складі злочину, наслідків, передбачених у диспозиції ст. 236 КК: загибелі людей, екологічного забруднення значних територій, або інших тяжких наслідків вказує на наявність у вчиненому складу злочину, а не складу адміністративного правопорушення. Якщо ж діяння, описане у диспозиції ст. 791 КУпАП, не потягло названих наслідків, то вчинене має кваліфікуватись як адміністративне правопорушення. Такий однозначний висновок можливий тому, що мова йде про співвідношення складу адміністративного правопорушення зі складом злочину, суб'єктивна сторона якого характеризується необережним відношенням винного до суспільно небезпечних наслідків. Замах на такий злочин неможливий.

Більш складною є ситуація відмежування складу адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 53-1 КУпАП "Самовільне зайняття земельної ділянки" і складу злочину, закріпленого у ст.1971 КК "Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво", зумовлена спільністю форми діяння, яка в реальній дійсності виливається у спільність злочинного діяння як явища; та спільністю змісту суспільно небезпечного діяння, яка не призводить до однакової сутності діяння у випадку вчинення реального посягання. На те, що реально вчинений злочин від адміністративного проступку має відрізнятися за сутністю діяння (його масштабністю) законодавець вказує шляхом включення до конструкції відповідного складу злочину суспільно небезпечних наслідків. Якщо зіставити лише тексти статей, то вони відрізняються матеріальністю складу злочину і формальністю складу адміністративного правопорушення. Фактично ж у багатьох випадках значна шкода законному володільцю чи власнику земельної ділянки автоматично заподіюється самим фактом вчинення самовільного її зайняття. Це означає, що відношення до наслідків злочину може бути як умисним, так і необережним. Виникає проблема відмежування замаху на злочин від

[1] Детальніше про це див.: [21, с. 31–38].

закінченого адміністративного правопорушення. Оскільки в основі цього відмежування лежить суб'єктивний критерій, то це істотно утруднює кримінально-правову кваліфікацію. Для того, щоб усунути передумови, що могли б створити проблеми у відмежуванні розглядуваних складів правопорушень автором цих рядків у висновку кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка про проект Закону України „Про внесення змін до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів України щодо відповідальності за самовільне захоплення земельної ділянки" пропонувалися нові редакції відповідних статті Особливої частини КК та Особливої частини КУпАП. Суть цієї пропозиції в тому, щоб діяння було не спільною, а відмежувальною ознакою складу злочину від складу адміністративного правопорушення.

Стаття 191^1. Незаконне зайняття земельної ділянки

Незаконне зайняття всієї або частини земельної ділянки, що перебуває у власності або в законному користуванні іншої особи, установи чи організації, -

карається...

Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене повторно або групою осіб, або вчинене щодо земельної ділянки, віднесеної до категорії особливо цінних земель, -

карається...

Діяння, передбачене частиною першою цієї статті, вчинене щодо земельної ділянки, яка знаходиться в межах охоронних зон, зон санітарної охорони, санітарно-захисних зон або зон особливого режиму використання земель, або якщо вони завдали шкоди у великому розмірі –

карається...

Організація групових дій, спрямованих на незаконне зайняття земельної ділянки, -

карається...

Організація групових дій, спрямованих на незаконне зайняття земельної ділянки, вчинена службовою особою, -

карається...

Статтю 53^1 „Самовільне зайняття земельної ділянки" Кодексу України про адміністративні правопорушення викласти у новій редакції:

Стаття 53^1. Перешкоджання здійсненню права власності або права користування земельною ділянкою

Створення перешкод власнику або законному користувачу земельної ділянки вільно володіти, користуватися, розпоряджатися земельною ділянкою, а так само незаконне проникнення на земельну ділянку всупереч волі власника або законного користувача, -

тягнуть за собою...

Таким чином, суспільно небезпечне діяння може виконувати функцію спільної ознаки складу злочину. Диференціація кримінальної відповідальності – це встановлення різної за суворістю кримінальної відповідальності за посягання на один і той самий об'єкт. Суспільно небезпечне діяння, як явище, що визначає об'єкт злочину, є наріжним каменем диференціації кримінальної відповідальності, поряд з об'єктом кримінально-правової охорони. Ця ознака є спільною у всіх, змодельованих в ході диференціації кримінальної відповідальності, законодавчих конструкціях злочину. Виявлення спільності уже самої цієї ознаки породжує потребу в розмежуванні складів злочинів. Діяння можуть бути спільними ознаками

складів злочинів як тоді, коли у них збігається і зміст, і форма, так і тоді, коли вони є тотожними чи лише за змістом, чи тільки за формою. Властивість суспільно небезпечного діяння бути спільною ознакою складів злочинів, і складів інших правопорушень (наприклад, адміністративних чи дисциплінарних) не має жодних формальних особливостей, порівняно з його властивістю бути спільною ознакою складів злочинів. Винятком може бути те діяння, у якому втілена вся суспільна небезпека злочину, наприклад, вбивство.

Ситуації, коли у різних складах злочинів чи складах злочинів і складах адміністративних правопорушень збігається зміст чи форма суспільно небезпечного діяння є найбільш складними для кримінально-правової кваліфікації. Тому ознаки, за якими такі склади злочинів відрізняються, мають бути особливо чіткими, визначеними за допомогою формально визначених понять і, якщо не існує гострої потреби диференціювати кримінальну відповідальність за ознаками суб'єктивної сторони, належати до об'єктивних ознак чи суб'єкта складу злочину. Наприклад, суміжним зі складом „Ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом" (ст. 409 КК) є склад „Ухилення від призову на строкову військову службу" (ст. 335 КК). Спільною ознакою є форма суспільно небезпечного діяння. Зміст же діяння, хоч і відрізняється, і встановити його можна проаналізувавши зміст обов'язку, що покладений на винну особу, обстановку вчинення злочину. Але найпростіший і найкоротший шлях встановити цю відмінність – звернутись до ознак спеціального суб'єкта. Розмежувальними ознаками є ознаки спеціального суб'єкта, зокрема правовий статус особи щодо військового обов'язку, кожного із названих складів злочинів. Розмежування розглядуваних складів злочинів є особливо наглядним прикладом того, наскільки важливим є встановлення моменту початку та моменту закінчення військової служби для того, щоб встановити наявність ознак спеціального суб'єкта того чи іншого з порівнюваних складів злочинів. Відповідні моменти визначаються на підставі закону України „Про військовий обов'язок і військову службу". „Якщо призовник ухилився від явки до військового комісаріату, відповідальність настає не за скоєння військового злочину, а за статтями, які передбачають відповідальність за ухилення від призову на строкову військову службу" [22, с. 60].

Розглянувши роль суспільно небезпечного діяння як спільної ознаки складів злочинів та складів злочинів і інших правопорушень, потрібно з'ясувати особливості цієї ознаки складу злочину при виконанні нею функцій ознак, за якими відрізняються відповідні склади правопорушень.

Суспільно небезпечне діяння не може бути ознакою, що визначає спеціальний характер норми (специфічною ознакою), якщо така ж ознака (розглядувана як явище) вказана і в загальній нормі. Адже ознака, яка визначає спеціальний характер норми – це ознака, яка конкретизує, уточнює зміст якісно такої самої ознаки загальної норми. Специфічна ознака – це поняття, яке має ширший зміст, але вужчий обсяг порівняно з відповідним (якісно таким самим) поняттям, що відображене ознакою загальної норми. Але всяка конкретизація змісту суспільно небезпечного діяння за кримінальним правом зветься способом вчинення злочину. Під способом вчинення злочину розуміється певний порядок, метод, послідовність рухів і прийомів, що застосовуються особою [4, с. 71]. Таким чином, ознакою, що визначає спеціальний характер спеціальної норми порівняно із загальною може бути не суспільно небезпечне діяння, а спосіб вчинення злочину. А також час, місце, обстановка. Звідси випливає, що

законодавцю, виділяючи спеціальну норму, не варто еквілібрувати у пошуку синонімів, щоб позначити однакові за своєю суттю діяння і тим самим примушувати правозастосувача до надлишкових затрат часу і зусиль, щоб встановити ідентичність змісту суспільно небезпечного діяння, позначеного різними термінами й відповідно подолати перше враження, що відмінність між порівнюваними складами злочинів потрібно шукати саме у змісті суспільно небезпечного діяння. Наприклад, діяння у складі злочину, передбаченому ч. 1 ст. 146 КК виражене за допомогою слів: "незаконне позбавлення волі або викрадення людини". Діяння у складі злочину, закріпленому ч. 1 ст. 147 КК – "захоплення або тримання як заручника". Норми, закріплені у ч. 1 ст. 146 КК та у ч. 1 ст. 147 КК співвідносяться як загальна і спеціальна. Суспільно небезпечне діяння є їхньою спільною ознакою. Ознакою ж, яка визначає спеціальний характер норми, передбаченої ч. 1 ст. 147 КК є мета.

Суспільно небезпечне діяння може виконувати функцію розмежувальної ознаки суміжних складів злочинів. І у виконанні цієї функції роль суспільно небезпечного діяння як особливої ознаки об'єктивної сторони та й складу злочину в цілому є найбільш визначною. Вище на прикладах було показано, як за змістом суспільно небезпечного діяння розмежовуються склади злочинів, збіжною ознакою у яких є форма цієї ознаки складу злочину. Проте, щоб не викликати труднощів у кваліфікації співвідношення диз'юнкції між поняттями, що відображають суспільно небезпечне діяння у суміжних складах злочинів має бути очевидним не лише в ході теоретичного аналізу, а й під час встановлення відповідності реально вчиненого діяння розглядуваній ознаці складу злочину. В.Н. Кудрявцев наголошував на важливому значенні точного описання в законі ознак саме об'єктивної сторони [4, с. 59-65]. Він вказував, що неточне описання цих ознак може призвести до непотрібного і шкідливого розширення меж кримінальної відповідальності або до їх невиправданого звуження, неповне описання ознак об'єктивної сторони ускладнює тлумачення тексту закону.

С.В. Хилюк звертає увагу на багаторічну дискусію щодо розмежування зловживання владою або службовим становищем та перевищення влади або службових повноважень [23, с. 167]. "Одні вчені вважають, - зазначає вона, що перевищення влади або службових повноважень є різновидом зловживання [24, с. 43], відтак відповідні норми співвідносяться як загальна та спеціальна, але для уникнення плутанини при кваліфікації пропонують виключити ч. 1 ст. 365 КК України, оскільки такі дії охоплюються нормою про зловживання владою або службовим становищем [25, с. 155-164; 26, с. 421]. По-іншому до вирішення аналізованого питання підходять О.Ф. Бантишев, В.І. Рибачук. Вони не розглядають наведені норми як конкуруючі, а зазначають, що перевищення влади або службових повноважень відрізняється від зловживання владою або службовим становищем передусім тим, що зловживаючи владою або службовим становищем особа діє в межах своїх повноважень, а при перевищенні явно виходить за межі своїх прав та обов'язків" [27, с. 19]. Не можна погодитись з С.В. Хилюк у наведеному вище трактуванні нею позиції В.Г. Хашева. Цей вчений називав зловживання владою або службовим становищем і перевищення влади або службових повноважень суміжними злочинами, однорідними посяганнями. Немає підстав стверджувати, що він розуміє поняття суміжних складів злочинів, так само як автор цих рядків, проте про можливу конкуренцію між відповідними нормами, принаймні у авторефераті своєї дисертації, він не згадує [28, с. 11-12]. Незважаючи на чіткі роз'яснення з цього приводу у постанові Пленуму Верховного Суду

України №15 від 26 грудня 2003 р. "Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень" (п. 5) і теоретичну зрозумілість того, в чому полягає відмінність між поняттям "зловживання владою або службовими повноваженнями" і "перевищення влади або службових повноважень", складним є визначення суті тих явищ, що відображуються відповідними законодавчими формулюваннями. В багатьох випадках існує об'єктивна складність в процесі кримінально-правової кваліфікації встановити, яка поведінка службової особи охоплювалася її повноваженнями, а яка явно перебувала за їх межами. Тому не дивно, що дослідники виявляють особливу складність для практичних працівників розмежовувати ці склади злочинів (28% опитаних В.Г. Хашевим респондентів вказали на особливу складність розмежування розглядуваних складів злочинів). Цілком обґрунтованою є пропозиція В.Г. Хашева виключити ч.1 ст.365 КК, а поняттю "зловживання владою або службовим становищем" надати широкого змісту, щоб воно охоплювало й дії, котрі полягають у явному виході службової особи за межі своїх повноважень [28, с. 12].

Суспільно небезпечне діяння може бути критерієм відмежування (відмежувальною ознакою) між складами злочинів та складами адміністративних правопорушень, що характеризуються співвідношенням суміжності. Проілюструвати це можна на прикладі складів, передбачених ст. 422 КК "Розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості" та ст. 212-2 КУпАП "Порушення законодавства про державну таємницю", коли різні суди дали не однакову кримінально-правову оцінку юридично тотожним діянням. Так, Військовим місцевим судом Рівненського гарнізону громадянин С. був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 422 КК України „Розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю, або втрата документів чи матеріалів, що містять такі відомості" за те, що „будучи начальником командного пункту – заступником начальника штабу з бойового управління військової частини... залучив свого підлеглого, який не мав відповідного допуску, до роботи з таємним документом, який містив відомості, що становлять державну таємницю..." [29]. Кримінальна справа щодо нього була закрита на підставі амністії.

А Військовий апеляційний суд Західного регіону закрив за відсутністю складу злочину кримінальну справу щодо громадян К., Ш., В, порушену за тією ж ч. 1 ст. 422 КК України. Останні органами досудового слідства звинувачувались в тому, що вони всупереч вимогам конкретних нормативно-правових актів розголосили відомості військового характеру, що становлять державну таємницю, неодноразово допустили до бойового чергування військовослужбовців строкової служби за відсутності у них належно оформлених допусків до державної таємниці. Під час несення бойового чергування і стажування ці військовослужбовці ознайомились із матеріальними носіями таємної інформації і працювали з відомостями військового характеру, що становлять державну таємницю [30]. Верховний Суд України відмовив [31] у задоволенні обґрунтованого, на мою думку, касаційного подання по цій справі на постанову судді Військового апеляційного суду Західного регіону від 12.08.05 [32], поданого державним обвинувачем.

У цій справі органи досудового слідства вважали, що "розголошення відбулось внаслідок ознайомлення з такими відомостями військовослужбовців строкової служби роти управління КП в/ч А0150 під час несення ними бойового чергування

на КП. Туди їх було допущено наказом командувача корпусом на підставі поданих обвинуваченими рапортів, при відсутності належно оформлених допусків контрольними органами до державної таємниці. Під час несення бойового чергування і стажування ці військовослужбовці ознайомились з матеріальними носіями таємної інформації і працювали з відомостями військового характеру, що становлять державну таємницю" [30].

Заперечуючи доводам обвинувачення, Військовий апеляційний суд Західного регіону вказав, що "за змістом диспозиції ч. 1 ст. 422 КК України з об'єктивної сторони цей злочин передбачає розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю стороннім особам". Суд стверджував, що військовослужбовці строкової служби не можуть бути визнані сторонніми особами, яким розголошена військова інформація. Обгрунтовувалося це тим, що призовними комісіями військкоматів були відібрані для проходження військової строкової служби на режимних об'єктах, а також, що вони прийняли військову присягу, де зобов'язались зберігати державну та військову таємницю, пройшли відповідну підготовку і здали заліки на допуск до самостійного несення бойового чергування, а наказом командувача корпусом були допущені до такої роботи. Вищенаведеним суд дав неправильне тлумачення суспільно небезпечного діяння у складі злочину, закріпленого ч. 1 ст. 422 КК, а саме розголошення. Безглуздою і зухвалою через своє протиріччя із законом є позиція суду щодо неможливості визнати військовослужбовців строкової служби сторонніми особами щодо відомостей, які містять державну таємницю. Quid sit jus, et in quo consistit injuria, legis est definire [що є право і в чому полягає правопорушення повинен визначати закон] [33, с. 323]. Judisis est jus dicere non dare [право судді відправляти правосуддя, а не видавати закони]. За змістом ст. 18 Закону України "Про державну таємницю", яка одним з основних організаційно-правових заходів щодо охорони державної таємниці встановлює спеціальний порядок допуску та доступу громадян до державної таємниці; ст. 22, яка регламентує порядок надання допуску громадянам до державної таємниці, сторонніми особами щодо державної таємниці є усі громадяни, яким не надано допуску до державної таємниці.

Не розгледівши у діях обвинувачених осіб складу злочину, Військовий апеляційний суд Західного регіону, вирішив, що в їхніх діях вбачаються ознаки адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 212-2 КУпАП (в ред. від 11.05.2004 р.). У постанові про закриття кримінальної справи прямо не вказано, наявність якого з дев'яти альтернативних діянь, за які встановлена відповідальність у ст. 212-2 КУпАП, вбачає суд у діях обвинувачених. Проте в ухвалі колегії суддів Військової колегії Верховного Суду України з посиланням на постанову про закриття кримінальної справи сказано: "К., В. і Ш. безпосередньо таємну інформацію, якою вони володіли, не розголошували, а відповідно до наказів командувача корпусу протиповітряної оборони залучили до несення бойового чергування військовослужбовців, які належно оформлених допусків контрольних органів до державної таємниці не мали, тобто своїми діями порушили вимоги Закону України "Про державну таємницю" щодо порядку допуску та доступу громадян України до державної таємниці, а тому в їх діях убачаються ознаки адміністративного правопорушення" [31]. Таким чином, можна припустити, що йдеться про діяння, передбачене п. 5 ст. 212-2 КУпАП: порушення встановленого законодавством порядку надання допуску та доступу до державної таємниці. При цьому ні суд апеляційної, ні суд касаційної інстанцій не зауважив, що відповідно

до ст. 22 Закону України "Про державну таємницю" обвинувачені за своїми посадами не є особами, до компетенції яких входить надання допуску до державної таємниці. А тому вони не можуть порушити порядку надання такого допуску. Відповідно ж до ст. 27 Закону України "Про державну таємницю" передумовою доступу до державної таємниці є наявність у громадянина допуску до державної таємниці, або зайняття ним посади, передбаченої у ч. 4 цієї статті. Там перелічені найвищі державні посади. Військовослужбовці строкової служби, навіть після прийняття присяги, аж ніяк не охоплюються колом цих посад.

Таким чином, Військовим апеляційним судом Західного регіону та колегією суддів Військової колегії Верховного суду України неправильно, всупереч закону витлумачено не лише суспільно небезпечне діяння, як ознаку складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 422 КК, а й діяння, зафіксоване у п. 5 ст. 212-2 КпАП, і в зв'язку з цим здійснено неправильне відмежування складу злочину від складу адміністративного правопорушення, що потягло неправильний результат кримінально-правової кваліфікації.

Непряме значення суспільно небезпечного діяння у розмежуванні складів злочинів може виявлятися в тому, що часто зміст суспільно небезпечного діяння вказує на зміст суспільно небезпечних наслідків, зафіксованих у диспозиції статті Особливої частини КК за допомогою оціночного поняття, оскільки ці наслідки, як зауважував В.Н. Кудрявцев повинні бути однорідними з вчиненим злочинним діянням і становити собою реалізацією тієї небезпеки, через яку ця дія (бездіяльність) заборонені [4, с. 163]. Такий підхід успадкований і іншими авторами [34, с.100; 35, с. 131–134]. Суспільно небезпечне діяння не лише визначає зміст інших ознак складу злочину, наприклад, об'єкта, суспільно небезпечних наслідків, а й визначає їхню роль у розмежуванні складів злочинів. Наприклад, форма вини може бути розмежувальною ознакою лише в тому випадку, коли у суміжних складах злочинів збігається зміст суспільно небезпечного діяння.

Наведені положення свідчать, що переважна більшість проблемних питань розмежування складів злочинів, а також відмежування складів злочинів від складів аналогічних адміністративних правопорушень обумовлені недосконалістю закону. Формулюючи диспозиції відповідних статей КК та КУпАП законодавцем часто не звертається увага, що їх належить оцінювати на предмет визначення співвідношення з врахуванням діалектичних категорій явища і сутності, форми і змісту.

---

1. Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений. Москва: Изд-во Московского университета, 1984. – 181 с.
2. Малинин В.Б. Объективная сторона преступления / В.Б. Малинин, А.Ф. Парфенов. – СПб, Изд-во Юридического института (Санкт-Петербург), 2004. – 301 с.
3. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / [Ю.В. Александров, В.І. Антипов, М.В. Володько та інші]; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – Видання 4-те, переробл. і доповн.– Київ: Атіка, 2008. – 376 с.
4. Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. – Москва: Госиздат юридической литературы, 1960. – 243 с.
5. Бойко А.И. Преступное бездействие / А.И. Бойко. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 320 с.
6. Тимейко Г.В. Общее учение об объективной стороне преступления / Г.В. Тимейко. – Ростов н/Д, 1977. – 215 с.

7. Уголовное право России. Общая часть: учебник для вузов в 2-х томах / [А.Э. Жалинский, А.Н. Игнатов, Т.А. Костарева]; отв. ред. – д-р юрид. нак, проф. А.Н.Игнатов, д-р юрид. наук, проф.Ю.А.Красиков. – М.: НОРМА – ИНФРА-М., 1998. – 639 с..
8. Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб.: Юридический центр Пресс. – 2004. – 505 с.
9. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. – Москва: ЮРИСТЪ., 1999. – 304 с.
10. Фесенко Е.В. Смежные составы преступлений и их разграничение / Е.В. Фесенко //Проблемы правоведения. – 1988. – Вып.49. – С.117.
11. Тарарухин С.А. Квалификация преступлений в судебной и следственной практике / С.А. Тарарухин. – Киев: Юринком. – 1995. – 208 с.
12. Бурчак Ф.Г. Квалификация преступлений / Ф.Г. Бурчак. – Изд. второе, дополн. – Киев: Изд-во полит. литер. Украины, 1985. – 120с. – С. 37.
13. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник /[Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, В.О. Беньківський]; за ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д.Шапченка. – Київ: Юрінком Інтер, 1997. – 512 с.
14. Бахуринська О.О. Кримінально-правова характеристика порушення вимог законодавства про охорону праці: автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. / Олена Олександрівна Бахуринська. – Київ : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2007. – 20 с.
15. Практика розгляду судами кримінальних справ про злочини, пов'язані з порушенням вимог законодавства про охорону праці // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – №7. – С.23-29.
16. Вирок Військового апеляційного суду центрального регіону України від 23 червня 2005 р. м. Львів, постановлений судом у складі: головуючого – полковника юстиції Загоруйка В.В., суддів – полковника юстиції Горбенка Г.Я. та майора юстиції Ткачука О.С.
17. Задоя К.П. Кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень (ст.365 КК України): автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. / Костянтин Петрович Задоя. – Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2009. – 16 с.
18. Науково-практичний коментар до кримінального кодексу України: За станом законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 грудня 2001 р. / За ред. С.С.Яценка. – К.: А.С.К., 2002. – 936 с.
19. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи: постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. №5 //Вісник Верховного Суду України. – 2008. - №7 (95).
20. Брич Л.П. До питання про спільні ознаки складів злочинів //Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична / Л.П. Брич. – Львів, 2008. – Вип.2. – С.220-236.
21. Брич Л.П. Проблеми диференціації відповідальності за посягання на довкілля //Запобігання та протидія органами прокуратури злочинам проти довкілля:. матеріали семінару Генеральної прокуратури України, 11-12 жовтня 2007 р., м. Дніпропетровськ / Л.П. Брич. – Дніпропетровськ: Генеральна прокуратура України. – С.31-38.
22. Носик О. Визначення суб'єкта військового злочину / О. Носик //Вісник прокуратури. – 2000. – №4. – С.59-62.
23. Хилюк С.В. Розвиток науки кримінального права України після відновлення її державної незалежності (питання Особливої частини): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. / Хилюк Світлана Володимирівна – Львів, 2007. – 304 с.

24. Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Кримінально-правова характеристика окремих злочинів у сфері службової діяльності //Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. №10. – С.31-78.
25. Хашев В.Г. Шляхи вирішення проблем відмежування зловживання владою або службовим становищем від перевищення влади або службових повноважень //Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2004. - №1. – С.155-164;
26. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М.І. Хавронюк. – К.: Істина, 2004. – 504 с..
27. Бантишев О.Ф., Рибачук В.І. Відповідальність за злочини у сфері службової діяльності: Питання кваліфікації злочинів, передбачених розділом XVII Кримінального кодексу України.- К.: Концерн „Видавничий Дім „Ін Юре", 2003. – 116 с.
28. Хашев В.Г. Кримінальна відповідальність за зловживання владою або службовим становищем: автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. / Вадим Георгійович Хашев. – Дніпропетровськ: Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2007. – 20 с..
29. Постанова про закриття кримінальної справи. 19 січня 2005 р. м. Рівне. //Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
30. Постанова про закриття кримінальної справи, постановлена 12 серпня 2005 р. суддею військового апеляційного суду Західного регіону Давидченком В.А., м. Львів //Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
31. Ухвала колегії суддів Військової колегії Верховного Суду України від 5 жовтня 2005 р. //Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
32. Касаційне подання (в порядку ч.1 ст.383, ч.3 ст.384 КПК України) //Архів Управління Служби Безпеки у Львівській області за 2005 р.
33. Латинские юридические изречения / Автор-составитель проф. Е.И.Темнов. Москва: Экзамен. – 2003. – 384 с.
34. Винокуров В.Н. Объект преступления: теория, законодательство, практика / В.Н. Винокуров. – Москва: Юрлитинформ, 2010. – 224 с.
35. Чеботарьова Г. Загальні проблеми кримінально-правової оцінки тяжкої шкоди як змісту суспільно небезпечних наслідків злочинів у сфері медицини / Г. Чеботарьова // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – №5. – С.131 – 134.

ЗНАЧЕНИЕ ОБЩЕСТВЕННО ОПАСНОГО ДЕЯНИЯ В РАЗГРАНИЧЕНИИ СОСТАВОВ ПРЕСТУПЛЕНИЙ И ОТГРАНИЧЕНИИ ИХ ОТ СОСТАВОВ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

Л.Брыч

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000, г. Львов, Украина

Рассмотрены функции, которые могут быть свойственны такому признаку объективной стороны состава преступления как общественно опасное деяние в процессе разграничения составов преступлений и отграничении их от составов административных правонарушений.

Ключевые слова: общественно опасное деяние, состав преступления, разграничение составов преступлений, отграничение составов преступлений от составов административных правонарушений.

MEANING OF SOCIALLY DANGEROUS ACTION IN CRIMES COMPOSITIONS DELINEATION AND THEIR DISSOCIATION FROM ADMINISTRATIVE INFRACTIONS COMPOSITIONS

L. Brych

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article highlights the functions, attributing to such a feature of crime composition objective side as socially dangerous action in the process of crimes compositions delineation and their dissociation from administrative infractions compositions.

Key words: socially dangerous action, crime composition, crimes compositions delineation, crimes compositions dissociation from administrative infractions compositions.

Стаття надійшла до редколегії: 09.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЗНАЧЕННЯ ОЗНАК ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ ОЗНАК ПОНЯТТЯ ОСУДНОСТІ

В. Бурдін

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Розглянуто співвідношення понять "усвідомлення" та "передбачення" як відносно самостійних рівнів відображення та пізнання дійсності. Доведено необхідність самостійного виділення у змісті поняття осудності вказівки на можливість особи передбачати наслідки свого діяння.

Ключові слова: неосудність, об'єктивна сторона, осудність, передбачення наслідків, усвідомлення діяння.

У теорії кримінального права на сьогодні загальноприйнятим є положення про те, що об'єктивну сторону, як елемент складу злочину характеризують дев'ять ознак. До них відносяться: суспільно небезпечне діяння, суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок між діянням та наслідками, місце, час, спосіб, обстановка, знаряддя та засоби вчинення злочину. Разом з тим, при формулюванні інтелектуальної ознаки поняття осудності законодавець вказує тільки на можливість особи усвідомлювати значення свого діяння. Вчені неоднозначно оцінюють такий законодавчий підхід. Так, А.А. Васильєв, аналізуючи поняття осудності, вважає, що при вирішенні питання про осудність особи суттєве значення мають і такі факультативні (ситуаційні) ознаки об'єктивної сторони, як спосіб, місце, час, обстановка, знаряддя й засоби вчинення злочину [1, с. 9–10]. З огляду на викладене виникає закономірне питання, про те, чи не потрібно деталізувати зміст інтелектуальної ознаки осудності шляхом вказівки на можливість особи усвідомлювати всі ознаки об'єктивної сторони складу злочину?

В цьому відношенні треба вказати, що досліджуючи злочинне діяння, не треба забувати про те, що відбувається воно не ізольовано, а в тих конкретних умовах місця, часу та оточуючої обстановки, в яких воно було вчинено. Саме тому, суттєвими характеристиками злочинного діяння є спосіб, місце, час та обстановка його вчинення. На наш погляд, в певній мірі треба погодитися з В.М. Кудрявцевим, який вважає, що ті ознаки об'єктивної сторони складу злочину, які в юридичній літературі часто називаються "факультативними", фактично не можуть вважатися самостійними ознаками, оскільки вони тільки характеризують злочинне діяння. До об'єктивної сторони складу злочину, на його думку, відносяться не самі по собі спосіб, місце, час та обстановка вчинення злочину, взяті окремо від діяння або разом із ним, а зовнішній бік суспільно небезпечного діяння, вчиненого певним способом, в певних умовах, місці, часі та обстановці [2, с. 10–11]. Схожий погляд висловлює і О.І. Бойцов, який вважає, оскільки що будь-який злочин завжди відбувається в певному місці і в певний час, то навряд чи можна собі уявити вчинення суспільно небезпечного діяння, яке б існувало поза часом та простором як загальних атрибутів буття соціальної матерії [3, с. 5].

Ми погоджуємося з вказаними науковцями, але при цьому вважаємо, що вказані ознаки цілком можуть вважатися окремими ознаками об'єктивної сторони складу злочину. Адже не має ніякої суперечності в тому, щоб виділяючи ці ознаки, вважати одночасно, що вони характеризують суспільно небезпечне

© Бурдін В., 2011

діяння, коли законодавець вважає за необхідне акцентувати увагу на окремих його проявах, а саме: вчинення діяння певним способом, в певний час, місці або обстановці, певними знаряддями чи засобами. Разом з тим, таке розуміння вказаних ознак об'єктивної сторони складу злочину як окремих характеристик злочинного діяння є принципово важливим в контексті дослідженні змісту інтелектуальної ознаки поняття осудності. Таке їх розуміння дозволяє зробити висновок про те, що при формулюванні інтелектуальної ознаки осудності в законі немає потреби окремо вказувати на можливість особи усвідомлювати такі ознаки об'єктивної сторони складу як місце, час, спосіб, обстановка вчинення злочину. Адже законодавчою вказівкою на можливість особи усвідомлювати своє діяння, передбачене у КК України, охоплюється і можливість особи усвідомлювати інші ознаки, які характеризують це діяння, якщо вони окремо вказані в законі.

Що ж до інших ознак об'єктивної сторони складу злочину, то їх також не можна розглядати абсолютно ізольовано одну від одної. Оскільки причинний зв'язок взагалі не може існувати без діяння та наслідків, то описуючи інтелектуальну ознаку осудності, також немає потреби вказувати на нього окремо. Адже якщо вказати на те, що особа могла усвідомлювати значення свого діяння та передбачати наслідки цього діяння, то це вже само собою означає, що особа могла усвідомлювати і розвиток причинного зв'язку. Так само нам видається немає потреби окремо вказувати і на можливість особи усвідомлювати значення тих засобів та знарядь, які вона використовує для вчинення злочину. Хоч об'єктивно вони існують окремо від діяння, але в процесі вчинення злочину фактично є його складовою частиною. Знаряддя та засоби – своєрідне продовженням тіла людини, її рухів. Саме тому, коли в законі в якості обов'язкових ознак об'єктивної сторони складу злочину вказується на знаряддя та засоби вчинення злочину, достатньо встановити можливість особи усвідомлювати лише діяння. Звісно, що в такому випадку немає потреби окремо досліджувати питання про те, чи могла особа, крім діяння, усвідомлювати і значення знарядь та засобів злочину, що були нею використані при його вчиненні.

Складніше обстоїть справа з такою ознакою об'єктивної сторони складу злочину як злочинні наслідки. Адже злочинні наслідки є відносно самостійною ознакою і в будь-якому разі, на відміну від способу, часу, місця та обстановки вчинення злочину, не можуть розглядатися як невід'ємна характеристика діяння. Хоча в юридичній літературі щодо кримінально-правового значення цієї ознаки були висловлені і інші точки зору. Наприклад, Б.С. Нікіфоров вважає, що наслідки одночасно належать і до діяння, і до об'єкта [4, с. 141]. Разом з тим, ця точка зору не була сприйнята. Більшість науковців все ж таки розглядають злочинні наслідки як окрему, самостійну від діяння ознаку, що має відповідно і самостійне кримінально-правове значення. В зв'язку з цим, на наш погляд, питання про необхідність окремої вказівки при формулюванні інтелектуальної ознаки поняття осудності на можливість особи передбачати наслідки свого діяння потребує окремого дослідження.

На сьогодні визначення поняття осудності, яке подає законодавець в ч. 1 ст. 19 КК України, не містить такої окремої ознаки, як вказівки на можливість особи під час вчинення злочину передбачати наслідки свого діяння. Законодавець при формулюванні інтелектуальної ознаки осудності обмежився лише вказівкою на можливість особи під час вчинення злочину усвідомлювати свої діяння. Спробуємо розглянути, наскільки повним є саме таке визначення цього поняття. Одразу

відзначимо, що більшість вчених, аналізуючи поняття осудності, все-таки визнають те, що осудною може бути тільки та особа, яка під час вчинення злочину могла усвідомлювати не тільки свої діяння, але й передбачати наслідки цих діянь, звичайно, якщо такі наслідки мають кримінально-правове значення [5, с. 8; 6, с. 61; 7, с. 7]. Водночас, чомусь науковці не пропонували включити в загальне поняття осудності як окрему ознаку вказівку на можливість особи передбачати наслідки свого діяння. Більше того, це питання в науковій літературі окремо навіть не було обговорене.

У кримінально-правовій літературі немає єдності думок про те, який інтелектуальний момент домінує і в генетичному плані є початковим: усвідомлення суспільної небезпеки діяння або передбачення суспільно небезпечних наслідків. Окремі вчені вважають, що немає потреби одночасно використовувати в законі вказівку і на усвідомлення свого діяння, і на передбачення наслідків цього діяння, і пропонують обмежитися лише якоюсь однією ознакою при формулюванні окремих кримінально-правових понять. З приводу того, якою саме з цих ознак можна обмежитися при формулюванні кримінально-правових понять науковці висловлюють протилежні точки зору.

На думку Н.Г. Іванова, неможливо передбачати настання наслідків від свого діяння і при цьому не усвідомлювати значення цього діяння. Передбачаючи настання суспільно небезпечних наслідків, суб'єкт усвідомлює розвиток причиннового зв'язку та характер можливого злочинного результату. Отже, якщо передбачення входить в склад усвідомлення, то, на думку Н.Г. Іванова, немає потреби виділяти його в якості окремої ознаки [8, с. 56].

Інші науковці вважають, що генетично первинним є не усвідомлення діяння, а саме передбачення його наслідків. На думку В.А. Нерсесяна, спочатку суб'єкт "прораховує" наслідки своїх діянь, а потім дає оцінку своїм діянням як небезпечним. Усвідомлення характеру діяння відбувається на основі передбачення, а не навпаки [9, с. 27]. З урахуванням такого співвідношення понять "усвідомлення" та "передбачення" В.П. Мальков та А.П. Козлов взагалі пропонують при формулюванні окремих видів вини використовувати термін передбачення і до діяння, і до його наслідків. Вони вважають, що оскільки вина завжди обернена в майбутнє, то мова йде не просто про усвідомлення, а про передбачення характеру свого діяння та його наслідків і тому, на відміну від Н.Г. Іванова, пропонують виключити вказівку на усвідомлення з відповідних кримінально-правових понять [10, с. 93; 11, с. 568, 604].

З думкою про те, що передбачення наслідків є первинним щодо усвідомлення діяння, яке породжує ці наслідки, можна погодитися лише частково. Як це видно із ч. 2 ст. 11 КК України, суспільно небезпечним є діяння, яке заподіяло або могло заподіяти істотну шкоду фізичній чи юридичній особі, суспільству чи державі. Отже, суспільна небезпека діяння визначається тими наслідками, яке це діяння заподіяло або могло заподіяти. З огляду на це для того, щоб говорити про усвідомлення суспільної небезпеки свого діяння, треба спершу передбачати, які суспільно небезпечні наслідки це діяння може спричинити. І в цьому розумінні усвідомлення є похідним від передбачення. Але не треба забувати про те, що перш ніж усвідомлювати суспільну небезпеку свого діяння, передбачати значення його наслідків, треба усвідомлювати фактичний характер цього діяння (його фізичні властивості) адже лише в такому випадку можна говорити про передбачення наслідків взагалі. І в цьому відношенні саме усвідомлення діяння є первинним по

відношенню до передбачення наслідків. Крім того, оскільки не всі склади злочинів сформульовані як матеріальні, тобто такі, що містять серед обов'язкових ознак об'єктивної сторони вказівку на наслідки, юридично некоректним буде виглядати визначення понять осудності та різних видів вини шляхом використання лише такої ознаки, як "передбачення". Адже в злочинах з формальним складом за такого формулювання незрозумілим залишалося б питання про те, а які саме наслідки повинна передбачати особа, коли жодний не має обов'язкового, конститутивного, кримінально-правового значення.

Нам видається, що слушно вирішують вказану проблему ті науковці, які пропонують не протиставляти вказані форми відображення дійсності, не намагатися замінити одну форму іншою, а показати їхню взаємозалежність та однакову необхідність при формулюванні окремих кримінально-правових понять. Усвідомлення діяння і передбачення наслідків цього діяння є окремими інтелектуально-психологічними ознаками, які хоч і взаємопов'язані, проте не можуть бути замінені одна одною. Так, поняття "усвідомлення суспільної небезпечності свого діяння" не тотожне поняттю "передбачення суспільно небезпечних наслідків". Передбачення – це усвідомлення майбутнього від свого діяння, зіставлення свого діяння з тими наслідками, змінами в об'єктивному світі, які, на думку особи, настануть чи можуть настати. Проте, якщо інтелект особи не охоплює чи охоплює не всі можливі віддалені наслідки, то це зовсім не означає, що в особи немає усвідомлення суспільно небезпечного характеру свого діяння. Ступінь, глибина усвідомлення суспільної небезпечності свого діяння багато в чому визначає і характер передбачення, його глибину та ясність [12, с. 22–23].

Так, Є.В. Шевченко, досліджуючи суб'єктивну сторону складів злочинів з похідними наслідками, вказував, що характеризуючи психічне відношення особи до похідних наслідків у багатьох випадках принципове значення мають встановлення способу здійснення діяння, а також рівень знань і досвіду, якими володіє суб'єкт. У таких складах злочинів можливе поєднання як різних форм так і різних видів вини [13, с. 5–6]. Таке поєднання різних видів вини в межах одного складу є можливим як раз з урахуванням того, що усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння ще не визначає наперед її психічного ставлення до наслідків. З урахуванням викладеного цілком можливо змоделювати ситуацію, коли навіть у межах одного складу злочину буде встановлено, що особа могла усвідомлювати суспільно небезпечний характер свого діяння, але з огляду на ті чи інші обставин не могла передбачати окремі його наслідки.

Треба погодитися з Ф.Г. Гілязєвим, який вважає, що усвідомлення свого діяння є в нерозривному зв'язку з передбаченням його наслідків. Зрозуміло, що суспільно небезпечні наслідки можуть бути передбачені лише тоді, коли особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння. Тому, вважає він, можна було би вести мову про усвідомлення наслідків. Водночас, усвідомлення та передбачення, на його думку, не є тотожними поняттями. Передбачення характеризує більш-менш конкретизоване усвідомлення певних суспільно небезпечних наслідків. Усвідомлення є ширшим поняттям, а передбачення – його різновид і в основному відображає ставлення свідомості до наслідків [14, с. 30]. При цьому активність усвідомлення як раз і проявляється у передбаченні.

По суті цей погляд щодо співвідношення понять "усвідомлення" і "передбачення" поділяють більшість науковців. Адже передбачення – це фактично те ж усвідомлення, що охоплює уявлення про небезпеку діяння і причинновий зв'язок зі шкодою, що настала. Отже, передбачення, на відміну від усвідомлення,

завжди має конкретний характер. Особа в цьому разі чітко усвідомлює, що саме від її конкретного діяння настануть або можуть настати певні наслідки [4, с. 118; 15, с. 144]. Можна погодитися з тими науковцями, які вважають, що поняття "усвідомлення" і "передбачення" відносяться між собою як рід та вид, оскільки передбачення завжди по своїй суті є усвідомленням, але не завжди усвідомлення є передбаченням [11, с. 568–569; 15, с. 146]. Тому, якщо діяння може спричинити багато різних наслідків але конкретизувати в законі жоден з них немає потреби, можна говорити лише про усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння. В тих випадках, коли виникає необхідність звернути увагу в законі на якийсь конкретний наслідок (наслідки), крім вказівки на усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння, треба використовувати і вказівку на передбачення саме цього наслідку (наслідків), які у цьому випадку мають кримінально-правове значення.

Ігнорування законодавцем такої ознаки, як передбачення наслідків, може призвести до об'єктивного ставлення у вину. Адже в таких випадках вирішення питання про те, чи передбачала особа настання наслідків від свого діяння, вирішуватиметься винятково керуючись тим, чи усвідомлювала особа значення свого діяння. Проте, як було показано, можна стверджувати, що особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння, проте не передбачала настання певних наслідків від цього діяння. Різні особи в силу певних обставин наділені різним здатностями та об'єктивними можливостями передбачати суспільно небезпечні наслідки своїх діянь. Індивідуальні особливості кожної людини та конкретні обставини вчинення злочину не можуть не впливати на зміст інтелектуального елементу психічної діяльності злочинця. Свідомістю однієї особи суспільно небезпечні наслідки відображаються як неминучі, інша особа усвідомлює, що вказані наслідки в принципі закономірні для даної ситуації, але не вважає їх неминучими, а третя може думати, що ці наслідки типові для аналогічних ситуацій, але в цьому конкретному випадку вони не настануть [16, с. 20].

Не треба забувати також і про те, що окремі психічні захворювання в своїх проявах впливають на психічну діяльність людини якраз так, що позбавляють її можливості адекватно передбачати наслідки своїх діянь при збереженні можливості усвідомлювати ці діяння [17, с. 56–58]. По суті не так важливо, який саме термін використовуватимуть для вказівки на психічне ставлення до наслідків – "усвідомлення" чи "передбачення". Важливим є інше – окремо вказати на психічне ставлення до діяння та його наслідків у формулюванні окремих кримінально-правових понять. Звичайно при цьому треба вказати, що мова йде про передбачення тільки тих наслідків, які названі законодавцем як обов'язкова ознака об'єктивної сторони певного складу злочину.

Вважаємо, що визначення поняття осудності з використанням такої ознаки, як вказівки на можливість особи під час вчинення злочину передбачати наслідки свого діяння, що передбачені в Особливій частині КК, буде максимально повно враховувати конструкції різних складів злочинів. За такого формулювання поняття осудності буде зрозуміло, що стосовно злочинів з формальним складом необхідно з'ясовувати питання лише про можливість особи під час вчинення злочину усвідомлювати значення свого діяння, адже в таких складах законодавець не вказує наслідків серед обов'язкових ознак складу.

---

1. Васильєв А.А. Проблеми осудності у кримінальному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / А.А. Васильєв. – Х., 2005. – 20 с.

2. Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления / В.Н. Кудрявцев. – М. : Госюриздат, 1960. – 244 с.
3. Бойцов А.И. Действие уголовного закона во времени и пространстве / А.И. Бойцов. – СПб. : Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1995. – 260 с.
4. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву / Б.С. Никифоров. – М. : Госюриздат, 1960. – 230 с.
5. Васильєв А.А. Проблеми осудності у кримінальному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / А.А. Васильєв. – Х., 2005. – 20 с.
6. Михеев Р.И. Проблемы вменяемости и невменяемости в советском уголовном праве / Р.И. Михеев. – Владивосток: Изд-во Дальневост. у-та, 1983. – 300 с.
7. Трахтеров В.С. Вменяемость по советскому уголовному праву / В.С. Трахтеров. – Х.: Харківський юрид. ін-т., 1966. – 16 с.
8. Иванов Н.Г. Принцип субъективного вменения и его реализация в УК / Н.Г. Иванов // Государство и право. – 1999. – № 10. – С. 52–59.
9. Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления / В.А. Нерсесян. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – 223 с.
10. Мальков В.П. Субъективные основания уголовной ответственности / В.П. Мальков // Государство и право. – 1995. – № 1. – С. 91–99.
11. Козлов А.П. Понятие преступления / А.П. Козлов. – СПб. : Изд-во Юридический центр Пресс, 2004. – 819 с.
12. Якушин В.А. Ошибка и её уголовно-правовое значение / В.А. Якушин. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1988. – 130 с.
13. Шевченко Я.М. Радянський закон про відповідальність неповнолітніх / Я.М. Шевченко, Т.С. Барило. – К.: Наукова думка, 1972. – 102 с.
14. Гилязев Ф.Г. Социально-психологические и уголовно-правовые черты вины: [учебное пособие] / Ф.Г. Гилязев. – Уфа: Башкирский гос. у-т им. 40-летия Октября, 1979. – 64 с.
15. Вереша Р.В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України / Р.В. Вереша. – [вступ. сл.: д-р юрид. наук, проф. М.І. Мельник]. – К. : Атіка, 2005. – 224 с.
16. Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам / А.И. Рарог. – СПб.: Издательство Юридический центр Пресс, 2002. – 304 с.
17. Левченко И.Ю. Патопсихология: теория и практика: [учебное пособие для студ. высш. пед. учеб. заведений] / И.Ю. Левченко. – [2-е изд., стер.]. – М. : Издательский центр Академия, 2004. – 232 с.

ЗНАЧЕНИЕ ПРИЗНАКОВ ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРИЗНАКОВ ПОНЯТИЯ ВМЕНЯЕМОСТИ

В. Бурдин

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье рассмотрено соотношение понятий “осознания” и “предвидения” как относительно самостоятельных уровней отображения и познания действительности. Доказана необходимость самостоятельного выделения в содержании понятия вменяемости указания на возможность лица предусматривать последствия своего деяния.

Ключевые слова: невменяемость, объективная сторона, вменяемость, предвидение последствий, осознания деяния.

MEANING OF ESSENTIAL ELEMENTS OF CRIME COMPOSITION OBJECTIVE SIDE FOR DEFINITION OF SANITY NOTION FEATURES

V. Burdin

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

In the article the correlation of the notions "consciousness" and "foresight" as, to some extent, independent levels of objective world reflection and cognition, is regarded. The necessity of independent severance in the content of sanity notion of person's possibility to foresee consequences of his/her action is proven.

Key words: insanity, objective side, sanity, foresight of consequences, action consciousness.

Стаття надійшла до редколегії: 02.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

СТАДІЇ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ: ІСТОРИЧНО – ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.

І. Вакула

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

В статті досліджено та проаналізовано виникнення та розвиток стадій вчинення злочину. За хронологією відображено розвиток, зміни інституту стадій вчинення злочину в законодавчих актах різних часових меж.

Ключові слова: стадії вчинення злочину, замах на злочин, готування до злочину.

В кримінальному законодавстві інститут стадій вчинення злочину бере свій початок близько XIX-XX століття, проте теорії кримінального права він був відомий набагато раніше. Аналізуючи нормативно-правові акти певних часових меж, якими тогочасне суспільство керувалося у житті, можна зробити висновок, що вже тоді були перші згадки про стадії вчинення злочину, хоча самого поняття сформульовано не було. Для того щоб прослідкувати становлення та розвиток інституту стадій вчинення злочину для подальшого його характеристики, ми використаємо історичний метод, а також спробуємо хронологічно відобразити розвиток цього інституту.

Отже, одним із перших нормативно-правових актів, якому можна віддати першість – це Руська Правда - збірник стародавнього руського права, складений в Київській державі у XI-XII ст.ст. на основі звичаєвого права. Про те, що злочини можуть бути закінчені та незакінчені згадується у цьому нормативно-правовому документі. Цей закон визначав злочин не як порушення закону чи князівської волі, а як образу, тобто заподіяння моральної чи матеріальної шкоди особі або групі осіб. Звичайно, поняття стадій вчинення злочину в Руській Правді визначено не було. Однак варто звернути увагу на зміст статті 9: “Якщо вийняв меч, але не вдарив…”. Дана стаття трактувалась по-різному.

Одні дослідники в її диспозиції бачили замах на вчинення злочину. Інші розглядали як закінчений злочин (погроза, образа). Проте характеризуючи цю статтю, необхідно виходити з характеру Руської Правди в цілому. Це пам'ятка раннього, нерозвиненого права. Допустити можливість, що законодавча техніка виділяла стадії вчинення злочину не є обґрунтованим. Такі історики як М.Ф. Владимирський-Буданов, В.І. Сергеєвич, А.Е. Пресняков та інші розглядали діяння в даній статті як закінчений злочин (погроза) [2, с. 56]. На наш погляд, незважаючи на те, що поняття стадій вчинення злочину в той час було ще невідомим і законодавчо було закріплено набагато пізніше, диспозицію статті 9 Руської Правди варто розглядати як замах на злочин, а враховуючи види замаху, визначені в сучасній науці кримінального права - як незакінчений замах. Проаналізувавши статтю 20 Руської Правди: “якщо вдарить мечем не на смерть…”, її диспозицію можна розцінювати як закінчений замах на злочин: об’єктивна сторона характеризується злочинним діянням, злочинним наслідком, який не настав та причинним зв’язком між діяння та наслідком.

Таким чином, враховуючи ще недосконалу законодавчу техніку формулювання вказаних діянь, можна стверджувати, що в Руській Правді вже був відомий поділ злочину на закінчений та незакінчений. Відповідно до цього види та розміри покарань були різними: “Якщо вийняв меч, але не вдарив, то гривня кун. Коли будь-хто вдарить мечем (але не вб’є), платить 3 гривні продажі, а

© Вакула І., 2011

потерпілому — гривню. Якщо вдарить мечем не на смерть, то має заплатити 3 гривні продажі, а потерпілому — гривню за рану, як лікувальне. Коли ж уб'є на смерть, то платити віру".

Отже, закон того часу розмежовував в загальних рисах закінчений злочин та замах на злочин, що виражається у формальному закріпленні злочинних діянь та у покараннях передбачених за ці діяння.

Деякі норми Руської Правди продовжили своє існування в українському праві Гетьманської доби. Наступним нормативним актом є Проект кодексу (обширного збірника) – Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 року, який так і не був офіційно прийнятий. Ним передбачалось врегулювання широкого спектру суспільних відносин, встановлення санкцій за злочини та інші правопорушення, закріплення порядку діяльності судових органів. На жаль, доля "Прав, за якими судиться малоросійський народ" склалася невдало. З одного боку царська адміністрація Росії не поспішала із введенням їх в дію. Численні узгодження тексту "Прав" затяглися з 1743 р. до 1756 р. З другого боку, й козацька старшина не виявила рішучості у проведенні правової реформи. Значну частину старшини в цілому влаштовував Литовський статут, який діяв на Україні. Ліквідація гетьманства в Україні і її автономії наприкінці XVIII століття остаточно зняли питання про офіційне санкціонування "Прав" і введення їх у дію. Проте "Права" поширювалися в Україні у рукописних списках, за ними вивчали українське право, на них були окремі посилання у судовій практиці. [5, с. 7]. Перед тим як безпосередньо перейти до аналізу змісту "Прав", важливо відзначити, що джерелами цього нормативного акту є Литовський статут, німецьке право, звичаєве право, поточне гетьманське законодавство та російське право. "Права" складаються з розділів, які включають артикули, а ті в свою чергу пункти. Норми кримінального права містяться в 20-25 розділах. Досліджуючи інститут стадій вчинення злочину в даному законодавчому акті, варто звернути увагу на такі артикули: розділ 20, артикул 1 "Про кару за ґвалт загальний і про умисний напад з наміром вбити когось на смерть." Пункт 3: "Якщо такий насильник нікого на смерть не уб'є, а тільки ранить з наміром вбити, то такого після доказування вини, смертю карати." Аналіз даного артикулу дає підстави стверджувати, що "Права" розрізняють закінчений та незакінчений злочин, в даному випадку умисне вбивство, хоча відмінності у призначенні покарання не проводять. Смертну кару призначали як за закінчене умисне вбивство, так і за замах на вбивство. Законодавець того часу, не визначаючи стадій вчинення злочину, чітко визначає діяння та розмежовує їх за наслідками. Важливим є ступінь здійснення злочинного наміру, так, наприклад, в артикулі 8, пункті 1 зазначено: "Якщо слуга умисно свого господаря уб'є, то його жорстокою смертю карати, якщо ж не уб'є, а тільки поранить, то карати відсіченням голови, якщо вдарить або оголить зброю, або ж яке - не будь знаряддя підніме, то такому руку відсікти або будь – яке інше публічне покарання призначити." Таким чином, ступінь здійснення злочинного наміру, який є критерієм для виділення стадій вчинення злочину, розмежовує суспільно небезпечні діяння, які передбачені у артикулі 8, пункті 1. І ще одним основним доказом того, що "Права" хоча і не визначали поняття стадій вчинення злочину, але закріплювали окремі суспільно небезпечні діяння, які можуть підпадати під ознаки стадій вчинення злочину в сучасному законодавстві, є артикул 18 пункт 3, в якому передбачено, якщо особу намагались отруїти, проте смерть не настала, а настав інший наслідок - шкода здоров'ю, то такого винного смертю карати, якщо потерпілий не буде вимагати такої кари, то призначити покарання у виді відрубування руки. В даному артикулі передбачається покарання не за закінчений злочин, а за замах на вчинення злочину. Отже, "Правам" ще не відомий

інститут стадій вчинення злочину, але проаналізувавши вище вказані артикули, можна зробити висновок, що безперечно окремі види стадій вчинення злочину (закінчений злочин, замах на злочин) визначались та закріплювались в даному законодавчому акті.

Аналізуючи подальшу історію розвитку інституту стадій вчинення злочину, слід констатувати, що перші згадки цього інституту були в законодавстві, що складало тодішню систему українського права. Проте, який би розвиток цей інститут мав би в подальшому невідомо. Це пов'язано з тим, що в першій половині XIX століття відбувався процес становлення єдиної правової системи Російської імперії, в тому числі і на території України, що означало крах автономії найважливіших інститутів українського права Гетьманщини та ліквідацію національної правової системи.

Наступне місце посідає "Собраниє гражданських законов, действующих в Малороссии" 1807 р., ("Собраниє молороссииских прав"). Досліджуючи книгу другу, розділ 12 – "Про недозволені діяння і про права та обов'язки, які з них виникають", можна стверджувати, що ця пам'ятка історії також визначала в загальних рисах стадії вчинення злочину. В §170 та §179 передбачено ряд діянь які мають різні наслідки, наприклад: Якщо винний прийшов в церкву чи до будинку священика і когось убив чи ранив, повинен бути покараний, а якщо лише вдарив, та не поранив повинен сплатити штраф. Якщо прийшов до шляхетського дому і вчинив вбивство або тільки поранив, то винного смертю карати, якщо причинив іншу шкоду, то повинен заплатити штраф. Аналізуючи вищевказані параграфи, можна зробити висновок, що залежно від того на якій стадії було припинено злочинне діяння особи, вона несла відповідне покарання. Відповідальність особи наставала залежно від спричиненого нею наслідку: якщо вдарив і не поранив – сплачує штраф, а якщо ударом спричинив поранення, то повинен понести тяжче покарання. Отже, за умисні суспільно небезпечні діяння особа відбувала покарання, натомість за необережні діяння і ті які не спричиняли тяжких наслідків, винний міг заплатити штраф. В даному нормативному документі зазначаються недозволені діяння та призначання за них покарання залежно від моменту їх припинення та фактично заподіяної шкоди. Таким чином, інститут стадій вчинення злочину продовжує розвиватись, хоча теоретичного підґрунтя ще не має.

У 1826 році проводиться систематизація права з метою зібрати всі закони Російської імперії та уніфікувати російську правову систему. Норми кримінального права були зібрані в томі 15 Зводу законів. У 1845 році прийнято "Уложення про покарання кримінальні та виправні", який у 1857 році був включений в том 15 Зводу законів Російської імперії. Даний нормативно – правовий акт визначав суспільно небезпечне діяння як злочин та проступок, чітко розмежовував стадії вчинення злочину. У статті 8 Уложення вказуються види стадій вчинення злочину: виявлення умислу, готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин. Як бачимо, законодавець того часу визначав чотири види стадій вчинення злочину. В статті 9 визначено поняття виявлення умислу: вираження на словах, або письмово, або іншим яким-небудь діянням наміру вчинити злочин, визначається ознакою умислу. До числа таких ознак відносять погрози та пропозицію зробити яке-небудь зло. Стаття 10 закріпляє поняття готування до злочину: підшукування або придбання засобів для вчинення злочину визначається готуванням до злочину. В статті 11:визначено, що замахом на злочин визнається будь-яке діяння, яким починається або продовжується здійснення злочинного наміру. Стаття 12 зазначено, що злочин є закінченим лише тоді, коли настало задумане винним, або інше від його дій зло. Офіційно виникнення стадій вчинення злочину можна пов'язувати з цим нормативно-правовим документом, оскільки, в ньому вперше закріплені види стадій

вчинення злочину. На наш погляд, "Уложення про покарання кримінальні та виправні" 1885 р., є другим етапом розвитку досліджуваного інституту, формування та закріплення його на законодавчому рівні.

"Уложення про покарання кримінальні та виправні" не став досконалим кримінальним кодексом, проте у порівнянні з попередніми кодифікаціями кримінально правових норм, він був значно кращим. З часом "Уложення про покарання кримінальні та виправні" було затверджене у двох редакціях 1866 та 1885 роках, проте інститут стадій вчинення злочину змін не зазнав. Варто відмітити, що чинність "Уложення про покарання кримінальні та виправні" поширювалась на території Росії та України, але не поширювалось на територію Польщі.

Статут про покарання, які застосовуються мировими суддями, затверджений у 1864 році, також визначав стадії вчинення злочину. Поява даного статуту була обумовлена двома чинниками:

1. "Уложення про покарання кримінальні та виправні" визначало злочин та проступок, проте чіткого розмежування між ними не проводилось. А отже, і не проводилось відмежування кримінальної та адміністративної відповідальності;

2. Спостерігався низький рівень розкриття малозначних (незначних) злочинів та проступків, повільний розгляд справ у суді по незначних злочинах та проступках.

Це давало підстави для створення мирового суду, який би розглядав справи по малозначних (незначних) злочинах та проступках.

Статут про покарання був своєрідним актом, який об'єднав у собі статті, в яких зазначались незначні злочини та проступки. Мирові суди розглядали малозначні злочини, проступки, а також незакінчені злочини: виявлення наміру, готування до злочину, замах на злочин, відмова від доведення злочину до кінця. Так у статті 17 Статуту зазначено, що не підлягає покаранню особа, яка за власною волею не вчинила замаху на проступок. Стаття 172 Статуту: за замах на крадіжку, яка не була доведена до кінця з причин, що не залежали від волі винного, винний підлягає покаранню, яке передбачене за крадіжку як закінчений злочин. Проте мировому судді надано право зменшити дане покарання на половину, враховуючи небезпечність замаху. Отже, можна стверджувати, що стадії вчинення злочину не тільки зазначались в тогочасному законодавстві, але й винні підлягали покаранню за незакінчені злочини, відмінні за розміром від покарань, які призначались за закінчені злочини. В даному Статуті робиться спроба розмежувати караність закінчених та незакінчених злочинів, що свідчить про подальший розвиток стадій вчинення злочину.

У 1903 році приймається нове Кримінальне уложення. В дію були введені окремі статті та глави: "Про бунт проти верховної влади і про злочини проти священної особи імператора і членів імператорського дому", "Про державну зраду". В розділі п'ятому, зокрема в пункті 49 та 50 Кримінального уложення, закріплені такі види стадій вчинення злочину, як замах та готування. Пункт 49 Кримінального уложення: діяння, яке починається приведенням в дію злочинного діяння, вчинити яке бажав винний, проте не довів до кінця з причин, що не залежали від його волі, називається замахом. Винний підлягав покаранню за замах на тяжкі злочини, а також у чітко передбачених законом випадках, проте покарання було м'якшим відповідно до пункту 50 Кримінального уложення. В пункті 50 Кримінального уложення закріплено готування до злочину, зокрема, лише такі його види, як придбання та пристосування засобів для вчинення умисного злочинного діяння. Готування до злочину було каране у випадках передбачених законом і лише тоді, коли воно було зупинено з причин, які не залежали від волі винного.

Кримінальне уложення на відміну від "Уложення про покарання кримінальні та виправні" виділяє три стадії вчинення злочину: готування, замах та закінчений злочин. Ще однією особливістю даного інституту є те, що Кримінальне уложення передбачало караність готування та замаху на злочин у чітко передбачених законом випадках. Так, Глава III Бунт проти Верховної влади та про злочинні діяння проти священної особи імператора та членів імператорського дому, зокрема пункт 100, зазначає: винний, який здійснює посягання на територіальну цілісність Росії, чи на встановлений законом порядок правління або на порядок успадкування престолу карається смертною карою. Посягання визнається як вчинення такого тяжкого злочину так і замах на нього. Готування до вище вказаного злочину передбаченого пунктом 100 Кримінального уложення, карається каторгою на строк не більше 10 років. Якщо винний готувався до злочину передбаченого пунктом 99 Кримінального уложення – посягання на життя, здоров'я, свободу та недоторканність імператора, то в даному випадку призначалось покарання у виді смертної кари [6, с. 21]

Свій розвиток інститут стадій вчинення злочину продовжив в Керівних началах РСФСР 1919 р.. Розділ 4 Керівних начал РСФСР 1919 р. не визначав поняття стадій вчинення злочину, проте виділяв їх види. Так, злочин вважався закінченим, коли умисел на вчинення злочину був доведений до кінця.

Стаття 18 визначала, що замахом на злочин є діяння, яке спрямоване на вчинення злочину, коли винний виконав все, що вважав за необхідне для доведення умислу до кінця, але злочинний результат не настав з причин, що не залежали від його волі. Поняття замаху на злочин в цьому законодавчому акті є деталізованим, на відміну від "Уложення про покарання кримінальні та виправні" та від "Кримінального уложення 1903", проте мова йде, про закінчений замах. В статті 19 закріплено такі види готування: підшукування, придбання, пристосування засобів та знарядь для вчинення злочину. Порівняно з Кримінальним уложенням 1903 року види готування в Керівних началах РСФСР 1919р. доповнюються ще одним видом: підшукування засобів та знарядь для вчинення злочину. Варта уваги стаття 20 Керівних начал РСФСР 1919 р.: стадія здійснення наміру вчинюваного злочину сама по собі не впливає на міру репресії, яка визначається ступенем небезпечності злочинця. Дана стаття визначала караність ще однієї стадії вчинення злочину – виявлення наміру, але лише за умови ступеня суспільної небезпечності винного.

Таким чином, Керівні начала РСФСР 1919 р. визначали чотири стадії вчинення злочину: готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин, виявлення наміру. За вчинення будь-якої стадії злочину передбачалась кримінальна караність, проте винному призначалось покарання незалежно від виду стадій вчинення злочину, а визначалось за ступенем його суспільної небезпечності.

Досліджуючи Кримінальне уложення 1903 р., Керівні начала РСФСР 1919 р. та подальше законодавство, варто зазначити, що кримінально-правове значення мали такі стадії вчинення злочину як готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин, які закріплені і в чинному Кримінальному кодексі 2001 р.. Однак, в Керівних началах 1919 р., знайшла своє відображення домінуючий на той час підхід щодо визначення стадій вчинення злочину, і така стадія як виявлення наміру була передбачена в ст. 20 цього нормативно-правового акту.

Види стадій вчинення злочину знайшли своє відображення і у Кримінальному кодексі УРСР 1922 р. та КК УРСР 1927 р.. На даному історичному етапі розвитку стадій вчинення злочину пройшли становлення нові теоретичні підходи до

визначення даного інституту. Кримінальні кодекси 1922 та 1927 рр. не тільки закріплювали види стадій вчинення злочину, але й передбачали караність за вчинення таких стадій злочину. Кримінальний кодекс УРСР 1922 р., окрім готування до злочину, розрізняв закінчений та незакінчений замах. Статті 16-18 КК УРСР 1927 р. визначали види стадій вчинення злочину та караність таких діянь.

Замахом на злочин визнається діяння, яке спрямоване на вчинення злочину, коли винний не довів свій намір до кінця, через те, що не виконав всіх дій, які вважав за необхідні для доведення злочину до кінця, а також і тоді коли виконав всі необхідні дії та злочинний результат не настав через причини, які не залежали від його волі. Під поняттям готування до злочину визначали підшукування, придбання, пристосування засобів та знарядь і створення умов для вчинення злочину [8, КК УРСР 1927]. Відповідно до КК УРСР 1927 р., особі, яка вчинила замах на злочин, призначали покарання рівнозначне покаранню, що було передбачено при вчиненні закінченого злочину, при цьому розмір такого покарання визначався в залежності від ступеня суспільної небезпечності винної особи.

Питання визначення та кримінальної відповідальності за готування до злочину за цим кодексом є дискусійним. Відповідно до ст. 18 КК УРСР 1927 р. за вчинення дій, які утворюють готування до злочину, особа не несла кримінальної відповідальності, але якщо в цих діях виражалась суспільна небезпечність винного, то відносно такої особи могли застосувати покарання передбачені п. “ж” ст. 21 КК УРСР 1927 р. Виникає ряд запитань: в яких діях, що утворюють готування до злочину може виражатися суспільна небезпечність особи, як це визначити на практиці, що буде тим критерієм, який буде розмежовувати підготовчі дії, які виражають суспільну небезпечність особи та ті які не виражають такої суспільної небезпечності? Виникає і наступне запитання, що буде підставою кримінальної відповідальності особи, в діях якої виражається її суспільна небезпечність? Виходить, що особу притягають до кримінальної відповідальності не за суспільно небезпечні дії, які утворюють готування до конкретного злочину, а за суспільну небезпечність такої особи. Проведемо паралель та порівняємо ст. 54-6 КК УРСР 1927 р. та ст. 114 КК України 2001, хоча ці склади злочинів віддалені досить великим проміжком часу, проте діяння, які утворюють стадії вчинення до цих складів злочинів є однаковими. Наприклад, особа висловить намір про викрадення чи збирання з метою передачі відомостей, що становлять державну таємницю або ж буде шукати шляхи доступу до такої інформації. В другому прикладі, безперечно, дії особи є готуванням до злочину передбаченого ст. 54-6 КК УРСР 1927 р.. та ст. 114 КК України 2001 р.. В першому прикладі є лише умисел вчинити злочин, а виявлення умислу не є кримінально караним. Проте, враховуючи тогочасний режим правління, можна стверджувати, що як і в першому, так і в другому прикладі особа є суспільно небезпечною. Отже, особа як і в першому варіанті так і в другому, буде підлягати кримінальній відповідальності за ст. 54-6 КК УРСР 1927 р.

На нашу думку, в КК УРСР 1927 р. хоча чітко і передбачено три стадії вчинення злочину, проте завуальовано при визначенні караності готування до злочину передбачено ще одну стадію вчинення злочину – виявлення наміру. Тут доцільно згадати “Уложення про покарання кримінальні та виправні” 1845 р., в якому на законодавчому рівні було закріплено виявлення наміру як стадію вчинення злочину: вираження на словах, або письмово, або іншим яким-небудь діянням наміру вчинити злочин.

Отже, порівнюючи діяння, що утворюють стадії вчинення злочину, а зокрема, готування до злочинів, передбачених ст. 54-6 КК УРСР 1927 р. та ст. 114 КК України 2001 р., караність цих дій є неоднозначною. Незважаючи на те, що в КК УРСР 1927 р. закріплені три стадії вчинення злочину, виявлення наміру вчинити злочин як ще одна стадія вчинення злочину охоплюється ст. 18 КК УРСР 1927 р..

Генезис інституту стадій вчинення злочину знайшов своє продовження в Кримінальному кодексі УРСР 1960 року. Стаття 17 КК УРСР 1960 р. визначала готування до злочину та замах на злочин: готуванням до злочину визнавалось підшукання або пристосування засобів чи знарядь або інше умисне створення умов для вчинення злочину; замахом на злочин визнавалось умисна дія, безпосередньо спрямована на вчинення злочину, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винного.

Кримінальний кодекс УРСР 1960 р. не закріплював поняття закінченого злочину та не встановлював межі призначення покарання за незакінчений злочин. Проте судова практика виходила з тієї позиції, що готування до злочину за ступенем суспільної небезпечності є менш тяжчим, ніж замах на злочин, а замах на злочин в свою чергу є менш тяжчим ніж закінчений злочин.

На відміну від Кримінального кодексу УРСР 1960 р. Кримінальний кодекс 2001 р. значно детальніше нормативно закріпив положення щодо стадій вчинення злочину. Зокрема, нормативно закріплено поняття закінченого злочину, визначено поділ замаху на злочин на закінчений та незакінчений, розширено перелік видів готування до злочину.

Отже, дослідивши виникнення та розвиток інституту стадій вчинення злочину, можна зробити наступні висновки.

Незважаючи на те, що виникнення даного інституту визначають у XIX-XX столітті, проте формуватись він почав набагато раніше. Корені беруть свій початок в XI-XII столітті, яскравим свідченням цього є Руська Правда, Права за якими судиться малоросійський народ 1743 р.

Вперше нормативно закріплюються стадії вчинення злочину в "Уложенні про покарання кримінальні та виправні" 1845 р.: виявлення умислу, готування до злочину, замах на злочин та закінчений злочин. Кримінальне уложення 1903 визначало такі стадії вчинення злочину, як готування до злочину та замах на злочин.

В подальшому своєму розвитку інститут стадій вчинення злочину і надалі зазнавав змін. Законодавець або визначав види стадій вчинення злочину, або визначав їх частково, нормативно закріплюючи окремі з них, або ж навпаки розрізняв їх підвиди (закінчений та незакінчений замах). Що стосується питання про призначення покарання за незакінчений злочин, то воно також визначалось неоднозначно. Винна особа могла понести покарання за замах на злочин рівнозначне покаранню за закінчений злочин; особа, яка вчинила замах на злочин чи готування до злочину підлягала кримінальній відповідальності у встановлених законом випадках; покарання могло призначатись незалежно від виду стадій вчинення злочину, а залежно від ступеня небезпечності винного; судова практика визначала призначення покарання, виходячи з тієї позиції, що готування до злочину за ступенем суспільної небезпечності є менш тяжчим ніж замах на злочин, а замах на злочин в свою чергу є менш тяжчим ніж закінчений злочин.

Інститут стадій вчинення злочину не вичерпав себе, а продовжує свій розвиток, про що свідчать зміни до КК України 2001 р, а саме до статті 68 КК України, в якій законодавчо закріплені межі призначення покарання за незакінчений злочин.

1. Кримінальний кодекс України. – К.: „Атіка”, 2009.
2. Чистяков О.И. Российское законодательство X-XX векав Законодательство Древней Руси Том 1. - Юридическая литература Москва – 1984.- 508с.
3. Юшков С. Руська Правда. – Видавництво Української Академії Наук Київ – 1935 – 193с.
4. Собрание малороссийских прав 1807.- Наукова думка – Киев – 1993 – 367с.
5. Вислобоков К.А. Права за якими судиться малоросійський народ 1743.- Київ – 1997 – 546с.
6. Уголовноє уложениє 1903.- С. Петербург 1903 – 144с.
7. Уголовный Кодекс УССР Издание офциальное – Харьков – 1922 - 50с.
8. Уголовний Кодекс УРСР 4-е Издание официальное – Юридическое издательство НКЮ УССР – Харьков – 1928 – 79с.
9. Сборник документов по истории угоовного законодательства СССР и РСФСР 1917-1952 – Государственное издательство юридической литературиы – Москва – 1953 – 463с.

СТАДИИ СОВЕРШЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ: ИСТОРИЧЕСКИ – ПРАВОВОЙ АСПЕКТ.

И. Вакула

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье исследовано и проанализировано винекнення и розвитие стадий совершения преступления. Хронологически отображено розвитие, изменения института стадий совершения преступления в законодательных актах разных времен.

Ключевие слова: стадии совершения преступление, покушение на преступление, приготовление к преступлению.

STAGES OF CRIME COMMITMENT: HISTORICO-LEGAL ASPECT

V. Vakula

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

Origin and development of crime commitment stages are analyzed. The author chronologically presents development, changes of the institute of crime commitment stages in legislative acts of different time limits.

Key words: stages of crime commitment, attempted crime, preparation for a crime.

Стаття надійшла до редколегії: 29.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

СУТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ ПРИ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ В СУДІ.

В. Бабунич

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Відображені результати аналізу існуючих дефініцій “перехресного допиту”, а саме надано бачення автора щодо недоліків дефініцій вказаного виду допиту, висловлених вітчизняними науковцями, запропоновано власне його визначення. Зроблені висновки з питань допустимості навідних запитань в межах даного виду допиту, висловлені думки щодо перспектив розвитку національного законодавства в частині вищенаведеного виду допиту.

Ключові слова: перехресний допит, навідні запитання, суб’єктний склад перехресного допиту.

Відомо, що основним процесуальним засобом доказування під час досудового розслідування та судового слідства є допит. Без цієї слідчої дії не може відбутись провадження у жодній кримінальній справі.

На сьогодні, у зв’язку із наявними та очікуваними в майбутньому суттєвими змінами у кримінально-процесуальному законодавстві, значення допиту у вирішенні завдань кримінального судочинства дедалі зростає.

Залежно від підстав допит може бути поділений на ті або інші види. Особливим різновидом судового допиту є перехресний допит.

Метою даної статті є висвітлення суті явища перехресного допиту, надання його процесуально-правової характеристики та обґрунтування значення і його місця в кримінальному процесі України.

Інформація наявна в цій статті не претендує на сприйняття її за єдину можливу істину, а, скоріш, спрямована на акцентування уваги науковців і практиків на актуальність даної теми та розв’язання серед таких дискусій щодо окремих проблемних моментів перехресного допиту з метою віднайдення оптимальних шляхів їх вирішення. В статті висвітлені деякі наукові напрацювання дослідників щодо питань “перехресного допиту” та запропоновані окремі бачення автора щодо розв’язання практичних проблемних моментів, які виникають в процесі проведення перехресного допиту.

Якщо проаналізувати дослідження і публікації, в яких започатковано розв’язання даної проблеми, то варто зазначити, що у вітчизняній літературі питанню перехресного допиту приділено небагато уваги.

Фундаментальною основою для даного наукового дослідження стали праці таких вітчизняних науковців, як Ю.П. Аленін, Л.Ю. Ароцкер, В.Д. Басай, В.П. Бахін, П.Д. Біленчук, Т.В. Варфоломеєва, А.Ф. Волобуєв, В.І. Галаган, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевий, В.А. Журавель, В.С. Зеленецький, А.В. Іщенко,

© Бабунич В., 2011

Н.С. Карпов, Н.І. Клименко, О.Н. Колесніченко, І.І. Котюк, В.О. Коновалова, М.В. Костицький, В.С. Кузьмічов, В.К. Лисиченко, В.Г. Лукашевич, Є.Д. Лук'янчиков, Г.А. Матусовський, О.Р. Михайленко, В.Т. Нор, М.А. Погорецький, М.В. Салтевський, М.Я. Сегай, В.В. Тіщенко, В.Ю. Шепітько, М.Є. Шумило та інші.

Крім того, проаналізовано окремі наукові напрацювання зарубіжних світил, зокрема А.С. Александрова, С.П. Гришина, Ф.Л. Велмана.

В чинному на момент написання даної праці Кримінально-процесуальному кодексі України не передбаченого такого виду допиту, як "перехресний допит", а відтак і не встановлено жодних процесуальних особливостей його проведення. Незважаючи на відсутність законодавчої згадки про такий вид допиту, його широко застосовують в судовій практиці при розгляді кримінальних справ. Учасники кримінального процесу під час проведення перехресного допиту керуються загальними положеннями встановленими у процесуальному законодавстві, що стосуються проведення судового допиту в цілому. З урахуванням такого, перехресний допит в Україні, будучи ефективним засобом для з'ясування істинних обставин справи, знаходить своє відображення, як правило, в площині криміналістики у вигляді рекомендацій щодо його проведення.

Для розуміння природи цього явища варто звернутися до історичних аспектів його виникнення, з'ясувати його значення та завдання в рамках правових сиситем тих держав де такий інститут законодавчо регламентований.

Інститут перехресного допиту вироблений звинувачувальним процесом і в подальшому запозичений сучасним слідчо-змагальним процесом. Вказаний інститут, як правило, притаманний державам англосаксонської правової системи.

Для нашого дослідження з метою порівняльного аналізу цікавим буде досвід судових систем Англії та США саме у частині проведення судового досвіду, зокрема перехресного.

На відміну від кримінального процесу континентальних європейських держав в англійському суді свідок дає свої показання не в формі послідовної розповіді, а у вигляді коротких відповідей на запитання сторін. Суд у допиті не бере участі, він може лише відвести поставлене стороною запитання.

Показання обвинуваченого як самостійного джерела доказів в англійському кримінальному процесі юридично немає. Якщо підсудний забажає дати показання, він переводиться до розряду свідків, дає присягу як свідок у тому, що буде говорити правду, і допитується як свідок, тобто допиту підсудного як такого немає, але є допит підсудного як свідка. При цьому підсудний зобов'язаний відповідати на запитання, давати правдиві показання й за неправдиві показання може бути притягнутий до кримінальної відповідальності. Підсудний розглядається як свідок захисту, і першим йому ставить запитання захисник. Якщо ж підсудний не виявив бажання давати показання, допит не проводиться. При цьому обвинувач не повинен коментувати той факт, що підсудний відмовився давати показання. [17, 811–813, 825–828]

В англійському процесі кожна із сторін сама допитує представлених нею свідків (головний допит, або examination in chief), залишаючись в межах тих обставин, які вона бажає довести показами даного свідка; після головного допиту починається протилежний або перехресний допит (cross-examination) під час якого дозволяється задавати навідні запитання. На закінчення сторона, що представила свідка, виробляє вторинний допит (reexamination), обмежуючись предметами, що увійшли до складу допиту протилежної сторони.

Метою проведення перехресного допиту в межах англійської та американської правових систем є: виявлення неправдивих свідчень, даних під час прямого допиту; дискредитація допитаної особи (а відтак і послаблення переконливості її свідчень) та встановлення нових сприятливих для сторони фактів в рамках обставин, що були предметом прямого допиту.

Найпоширенішим способом виявлення неправдивих свідчень є встановлення попередніх суперечливих заяв. Якщо перед судовим процесом свідок зробив заяву, що перечить тому, що він говорить на суді, то представник протилежної сторони має право піддати цього свідка перехресному допиту на предмет попередньої заяви. [2, с. 34–49]

З практичної точки зору цікавим також є процес дискредитація свідка при веденні у судовому засіданні перехресного допиту. Розглянемо докладніше це явище на прикладі кримінального процесу США.

Найкращим способом доведення достовірності показань свідків в американському кримінальному процесі є забезпечення довіри суду присяжних до самого свідка. Тому при прямому допиті свідка в суді сторона, що його викликала, прагне підтвердити достовірність його свідчень в очах присяжних засідателів, а протилежна сторона - прийняти всі заходи для дискредитації цього свідка або його свідчень.

Під перехресний допитом часто вбачають основний спосіб перевірки показань свідка. Насправді ж, відповідно до змагальної моделі правосуддя, перехресний допит служить основним способом дискредитації свідка перед засідателями, що може підірвати позицію протилежної сторони.

Існує два види дискредитації: дискредитація самого свідка (тобто доведення його некомпетентності) або його свідчень (тобто доведення невірогідності цих свідчень). Мета будь-якої дискредитації – усунути небажані для сторони докази шляхом навіювання присяжним уявлення про їх помилковість.

Одним із способів дискредитації свідка є доказ його попередньої судимості. Ще декілька десятиліть тому вважалося, що особа, раніше засуджена за державний злочин або інший злочин, пов'язаний з нечесними діями, не має права надавати свідчення в якості свідків. В даний час це положення видозмінене: свідкові можна виразити недовіру, привівши дані про те, що він піддавався законному і остаточному засудженню за певні види злочинів.

У деяких судах зацікавлена сторона сама може запитати свідка, чи здійснював він у минулому які-небудь провини, але лише в тому випадку, якщо представник сторони щиро вірить, що свідок дійсно здійснював таку провину. У інших судах взагалі заборонено при перехресному допиті запитувати про конкретну провину, яка не спричинила засудження.

Поширеним способом дискредитації свідка є висвітлення особливостей його особи. Будучи свідком, особа повинна мати здатність сприймати факти, запам'ятовувати їх і відтворювати. Протилежна сторона має право ставити свідкові запитання з тим, щоб поставити під сумнів вказані його якості.

Резюмуючи викладене, можна зробити висновок, що метою процедури вираження недовіри полягає в тому, щоб дискредитувати свідка протилежної сторони та його свідчення і зрештою довести необґрунтованість позиції процесуального противника або принаймні похитнути його доказову базу, тим самим зміцнивши свою позицію. [6, с. 128]

Як бачимо, потенціал перехресного допиту тяжко переоцінити. І враховуючи широке застосування даного виду допиту у судовій практиці при розгляді

кримінальних справ в Україні, питання його імплементації в рамках українського законодавства є лише питанням часу. Відкритим залишається проблема пристосування перехресного допиту до умов української системи права та менталітету її жителів?

Першочерговим є необхідність встановлення сутності "перехресного допиту", зокрема визначення його характеризуючих ознак та меж. Серед науковців відсутня єдність думок щодо дефініції цього явища.

До прикладу д.ю.н. Когутич І.І., під перехресним допитом вбачає – допит, за якого учасники судового розгляду можуть почергово задавати одній і тій самій особі питання щодо будь-яких епізодів (фрагментів) його показань з метою їх уточнення, доповнення і перевірки. Цей допит (постановка запитань) починається зазвичай після того, як допитуваний у вільній розповіді повідомить все йому відоме у справі. [18, с. 185]

В юридичній енциклопедії в шести томах під редакцією Шемчушенка Ю.С. запропоноване наступне визначення. Перехресний допит – це допит у судовому засіданні свідків, потерпілих і підсудних іншої сторони (напр., свідків обвинувачення – стороною захисту: підсудним та його захисником після допиту їх обвинувачем). [20, с. 228]

Подібної думки щодо розуміння перехресного допиту притримуються і члени робочої групи Національної комісії з зміцнення демократії та утвердження верховенства права, які є авторами проекту Кримінально процесуального кодексу України в редакції від 11 вересня 2008 року. У вищенаведеному Проекті в частині перехресного допиту зазначено наступне.

Після прямого допиту протилежній стороні надається можливість перехресного допиту свідка. Під час перехресного допиту дозволяється задавати навідні питання. Перехресний допит повинен обмежуватися питаннями, які були з'ясовані під час прямого допиту, і питаннями достовірності показань свідків. Під час допиту свідка сторонами головуючий за протестом учасника має право зняти питання, що не стосуються суті кримінального провадження (частини 6 та 7 ст. 337 даного Проекту). [19, ст. 337]

Здебільшого в літературі перехресний допит охарактеризовують дуже поверхнево, що не дає змоги зрозуміти його сутність. Серед виділених науковцями у їх працях ознак перехресного допиту, спільними, зокрема, є такі:

– - є одним із видів судового допиту;
– - проводиться після прямого допиту;
– - повинен обмежуватися питаннями, які були з'ясовані під час прямого допиту.

Щодо інших ознак перехресного допиту, які зустрічаються в науковій літературі, думки науковців, як правило, розходяться.

У вищенаведених формулюваннях даного виду допиту також вбачаються деякі недоліки. Так, виділяють однією з ознак перехресного допиту, проведення такого виключно стороною протилежною тій стороні, яка проводила прямий допит. Притримуючись такої позиції, за обставини, в якій потерпілий, будучи незадоволеним результатами прямого допиту проведеного прокурором, та за умови не згоди з позицією державного обвинувача, не матиме змоги провести допит за правилами перехресного, оскільки вказані учасники процесу відносяться до однієї сторони – обвинувачення. Аналогічна ситуація може статися і за наявності двох та більше підсудних.

А відтак, пропонується така дефініція вказаного виду допиту. Перехресний допит – це один із видів судового допиту, що проводиться за особливими правилами

та який повинен обмежуватися з'ясованими під час прямого допиту обставинами або стосуватися питань достовірності показань і може бути проведеним лише учасниками процесу, які згідно закону мають право ініціювання судового допиту, а інтерес яких відрізняється від інтересу особи, яка провела прямий допит.

Щодо суб'єктного складу перехресного допиту, у судовому засіданні можуть ставити запитання за правилами такого допиту допитувачі, за умови їх неналежності до осіб, які здійснили прямий допит конкретної особи, а саме таким правом наділені прокурор, захисник, експерти, цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники, а також підсудні та потерпілі. Допит є перехресним тільки тоді, коли до нього включаються рівноправні учасники кримінально-процесуальної діяльності.

На перехресному допиті можуть бути допитані усі учасники процесу (підсудні, свідки, потерпілі, цивільні позивачі та цивільні відповідачі, а також експерти), які допитуються у судовому засіданні.

Що мається на увазі під, зазначеними у запропонованому визначенні "перехресного допиту", особливими правилами його проведення?

Зокрема це стосується допустимості навідних запитань в межах перехресного допиту.

В умовах чинного КПК України абсолютна більшість практиків переконана в недопустимості навідних запитань під час проведення усіх видів допиту.

Проте ряд науковців переконані, що таку заборону можна поширювати лише на основний допит, але не на перехресний. Таку позицію теж закріпили на законодавчому рівні США та Англія. Якщо стосовно досудового розслідування та основного допиту судового слідства будь-яка форма наведення допитуваного питанням на відповідь недопустима, оскільки це може суттєво спотворити відтворювані в уяві допитуваної особи обставин справи, що може повести слідство по неправильному шляху. Тобто завжди є небезпека того, що пропуск в пам'яті особи, яка допитується відносно забутих або непомічених ознак об'єкта буде заповнений ознаками або обставинами, що містяться в навідних питаннях. То під час судового слідства в перехресному допиті, де докази (як правило, вже зібрані) представляються і досліджуються сторонами, практика вживання навідних питань не може бути повністю заборонена так як жодним чином це не вплине на вже зібрані докази, але може вказати на неправдиві чи перекручені відомості або внести певні сумніви щодо свідчень які були спотворені в уяві допитуваної особи. А, як відомо, всі сумніви тлумачаться на користь підсудного.

Така думка знайшла підтримки серед членів Національної комісії з зміцнення демократії та утвердження верховенства права (авторів вищенаведеного Проекту КПК України). Згідно даного Проекту, під час перехресного допиту дозволяється задавати навідні питання.

Обміркувавши аргументи двох сторін більш виправданою, як видається, є позиція про допустимість навідних запитань в перехресному допиті. Навіть в рамках чинного КПК України, відсутня пряма заборона щодо навідних запитань в межах судового допиту. Така заборона встановлена лише в частині допиту, який проводиться на досудовому розслідуванні. А враховуючи те, що допит на досудовому розслідуванні та перехресний допит на судовому слідстві не є тотожними явищами (переконуємося в цьому аналізуючи ознаки, що притаманні їм, вони мають суттєві відмінності щодо завдань, меж їх проведення, суб'єктного складу, обстановки та належності до стадії кримінального процесу ін.), застосування аналогії закону не видається доцільним.

Як підсумок варто зазначити, що перехресний допит є важливою частиною судового процесу.

Перехресний допит повинен бути закладений в основу судового слідства. Він не замінний в умовах змагального процесу. Запитання особи, що веде перехресний допит, впливають на силу показань "свідків", а, крім того, становлять найважливіший компонент остаточного аргументу сторони перед судом.

Українські законотворці, стоячи на порозі великих законодавчих змін (зокрема, прийняття нового КПК), повинні в повній мірі дослідити безлічь інститутів та положень кримінального процесу, де одним із ключових питань повинен бути – перехресний допит. Потрібно проаналізувати законодавство та досвід держав, де такий вид допиту існує вже достатньо давно, провести наукові конференції, зустрічі, дискусії, щоб виявити проблемні (дискусійні) моменти та знайти оптимальні шляхи їх вирішення в умовах української правової системи та законодавчо врегулювати усі питання, що виникають під час проведення перехресного допиту в судовому засіданні, щоб виключити диференційований підхід до розв'язання цих проблем в судовій практиці, що існує на сьогодні.

---

1. Кримінально-процесуальний кодекс України / Відомості Верховної Ради УРСР – 1961.– № 2. – С. 15.
2. The Art of Cross-Examination / Francis L. Wellman – 1908, Norwood Press.
3. Котюк І.І. - Судова гносеологія: проблеми методології та практики: Автореф. дис. д-р юрид. наук: 12.00.09. – Київ, 2008. – 30 с.
4. Мельничок В., Смирнова А. - Криміналістична характеристика психологічних особливостей суб'єкта та їх вплив на його поведінку / Право України - №9. – 2010.
5. Лыкошин А.С. - Значение слова "Перекрестный допрос" В Энциклопедическом словаре Брокгауза и Ефрона [Електронний ресурс] / http://be.sci-lib.com/article078110.html
6. Имвинкельрайд Э. Дж. и др. - Судебные доказательства в американском уголовно-процессуальном праве / Пер. с англ. И. Гаврилова. М., 1983. С. 128.
7. Лоскутова Т.А. Дискредитация свидетеля как элемент перекрестного допроса в уголовном процессе США – М., Адвокат, 2005, № 3. –С. 306.
8. Ароцкер Л.Е. Тактика и этика судебного допроса. – М., 1999.
9. Арсеньев К.К. Судебное следствие. Сборник практических заметок. – СПб., 1991.
10. Васильев А.Н., Корнеева Л.М. Тактика отдельных следственных действий. – М., 1991.
11. Копылов И.А. Следственная ситуация и тактическое решение. – Волгоград, 1988.
12. Кореневский Ю.В. Криминалистика для судебного следствия. – М.: "Центр ЮрИнфоР", 2002.
13. Александров А.С., Белов С.Д. Наводящие вопросы // Законность. 2002. № 2. - С. 15 – 17.
14. Игнатов С. Тактика допроса адвокатом-защитником свидетеля в суде по уголовному делу // Уголовное право. 2004. № 1. – С. 27 – 30.
15. Центров Е. Наводящий вопрос и оглашение показаний на допросе // Российская юстиция. 2003. № 4. – С. 45 – 48.
16. Тертишник В. Кримінально-процесуальне право України – К.: Юрінком, 2003.
17. Судебные системы буржуазных стран: Соединенные Штаты Америки // Соц. законность. — 1974, № 8.
18. Когутич І.І. - Особливості та види судового допиту / Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. С. 185-189.

19. Проект кримінально-процесуального кодексу України в редакції від 11.09.2008 р.; підготовлений робочою групою Національної комісії з зміцнення демократії та утвердження верховенства права.
20. Юридична енциклопедія в 6 томах під загальною редакцією Шемчушенка Ю.С. / Київ. Видавництво "Українська енциклопедія" імені М.П. Бажана – 2004. Том – 2.

СУТЬ И ЗНАЧЕНИЕ ПЕРЕКРЕСТНОГО ДОПРОСА. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ПЕРЕКРЕСТНОГО ДОПРОСА ПРИ РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ В СУДЕ.

В. Бабунич

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Отображены результаты анализа существующих дефиниций "перекрестного допроса", а именно предоставлено виденье автора относительно недостатков дефиниций указанного вида допроса, выраженных отечественными научными работниками, предложено собственно его определение. Сделаны выводы по вопросам допустимости наводных вопросов в пределах данного вида допроса, выражены мысли относительно перспектив развития национального законодательства в части вышеприведенного вида допроса.

Ключевые слова: перекрестный допрос, наводные вопросы, субъектный состав перекрестного допроса.

GIST AND MEANING OF CROSS-EXAMINATION. PROCEDURAL PECULIARITIES OF CROSS-EXAMINATION DURING CRIMINAL CASES CONSIDERATION

V. Babunych

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

Analysis results of the definitions "cross-examination"; as well as authors view on drawbacks of these examination definitions, given by national scholars are presented. The author makes his own conclusions concerning admissibility of leading questions in this examination kind, and potential development of national legislation in the scope of cross-examination is viewed.

Key words: cross-examination, leading questions, cross-examination subjects composition.

Стаття надійшла до редколегії: 25.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

НЕДОПУСТИМІСТЬ ПОГІРШЕННЯ СТАНОВИЩА ПІДСУДНОГО В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Н. Бобечко

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Розглянуто один з інститутів кримінального процесу, який є важливою процесуальною гарантією правосуддя, прав і законних інтересів особи – недопустимість погіршення становища підсудного в апеляційному провадженні. Аналізуючи відповідні норми чинного КПК України, а також погляди науковців, автор подає своє бачення питань, що входять до предмета дослідження, висловлює пропозиції щодо вдосконалення кримінально-процесуального закону.

Ключові слова: апеляційне провадження, недопустимість погіршення становища підсудного, вирок, постанова про застосування примусових заходів виховного та медичного характеру.

Встановлюючи можливість оскарження судових рішень, кримінально-процесуальний закон водночас передбачає і певне правило, яке покликане реально забезпечити підсудному таке його право, а також гарантує охорону прав та законних інтересів інших суб'єктів кримінального процесу під час провадження в апеляційному суді.

Таким правилом, що становить одну з важливих засад, на яких ґрунтується система перегляду судових рішень у кримінальному судочинстві, є недопустимість погіршення становища підсудного. Це правило було відоме ще кримінальному судочинству Стародавнього Риму, де сформулювалося поняття reformatio in pejus (поворот на гірше) та ne pejus (не гірше).

Цей інститут кримінально-процесуального права є засобом, в якому ефективно поєднуються інтереси осіб, які беруть участь в кримінальному судочинстві, та інтереси правосуддя. Він слугує процесуальною формою прояву в кримінальному процесі одного з гуманних та демократичних конституційних положень – зворотної сили закону, який пом'якшує або скасовує відповідальність особи (ст. 58 Конституції України) [2, с. 3]. Крім того, згадане правило відповідає ч.1 ст. 62 Конституції України, згідно з якою право визнати особу винною у вчиненні злочину та призначити їй покарання є прерогативою суду першої інстанції.

Значення цього інституту полягає й у тому, що він служить надійною процесуальною гарантією права підсудного на захист, забезпечує реалізацію свободи оскарження судових рішень, робить її реальною та створює впевненість, що внаслідок оскарження ним судового рішення, його становище не буде погіршене порівняно з першим рішенням суду, а можливо й покращиться. Звідси простежується моральна основа цього правила, оскільки з погляду моралі недопустимо погіршувати становище людини у відповідь на її прохання про допомогу [10, с. 46]. Крім того, існування даного правила, як слушно зазначає М.О. Воробейніков, продиктоване інтересами забезпечення обвинуваченому знати, проти чого саме йому захищатися [4, с. 9–10].

На думку окремих дослідників, аналізований інститут є конкретизацією в кримінальному процесі загальноправового принципу справедливості [6, с. 4,7]. З таким розумінням недопустимості погіршення становища особи в кримінальному судочинстві навряд чи можна погодитися. Варто зазначити, що залишаючи вирок,

© Бобечко Н., 2011

постанову чи ухвалу без змін або в силі, суд вищої інстанції не у всіх випадках погоджується з відповідним рішенням суду нижчого рівня. Так, визнавши необхідним застосувати закон про більш тяжкий злочин або посилити покарання, вища судова інстанція не вправі скасувати вирок і повернути справу на нове провадження, якщо з цих мотивів не подав скаргу прокурор, потерпілий чи його представник. Те саме стосується і незгоди суду вищого рівня з виправдувальним вироком, який не може бути скасований за його власною ініціативою, або ситуації, коли подана скарга підсудним (засудженим, виправданим), а вирок підлягає скасуванню внаслідок істотного порушення прав потерпілого. Відсутність у вищої судової інстанції повноважень у названих випадках безпосередньо виправити судову помилку, зумовлена дією правила про недопустимість погіршення становища підсудного (засудженого чи виправданого).

У силу дії цього правила, – підкреслює М.О. Воробейніков, – суд вищої інстанції залишає судове рішення без змін не тому, що воно законне, обґрунтоване і справедливе, а незважаючи на те, що воно незаконне, необґрунтоване і несправедливе [4, с. 20].

Недопустимість погіршення становища підсудного в апеляційному провадженні, водночас, є й гарантією, яка забезпечує досягнення публічних інтересів – чим більше вільно оскаржуваних судових рішень, тим вищі можливості виявлення, виправлення та попередження недоліків судової діяльності.

Поряд з цим, не можна не зазначити, що недопустимість погіршення становища підсудного значно обмежує можливість апеляційного суду виправити неправосудне рішення, оскільки ускладнює правильне застосування кримінального закону і призначення винному справедливого покарання. З цієї точки зору можна говорити про дію положення in favorem defensionis (перевага надається захисту).

Однак вказане правило не суперечить інтересам правосуддя, не перешкоджає встановленню істини, а відіграє позитивну роль, оскільки завдяки його існуванню підсудний може вільно оскаржити судове рішення, не побоюючись погіршення свого становища, що загалом сприяє виявленню, виправленню та попередженню прийняття неправосудних судових рішень. У цьому аспекті недопустимість погіршення становища підсудного не лише не суперечить завданням кримінального судочинства, але й сприяє їх виконанню.

Недопустимість погіршення особи, щодо якої здійснюється провадження у кримінальній справі, знаходить свій специфічний прояв на всіх стадіях кримінального процесу, де виникає питання про зміну обвинувачення та прийняття інших процесуальних рішень без дотримання гарантій прав особи на захист. У рамках цієї статті інтерес становить дія вказаного правила на стадії апеляційного провадження.

Суть недопустимості погіршення становища підсудного у стадії апеляційного провадження полягає в тому, що з метою забезпечення охорони прав та законних інтересів цього учасника процесу, апеляційному суду забороняється за відсутності передбачених кримінально-процесуальним законом умов, безпосередньо змінювати обвинувачення на більш тяжке або таке, що істотно відрізняється від попереднього за фактичними обставинами, посилювати покарання, або іншим чином погіршувати становище підсудного.

Правила про недопустимість погіршення становища підсудного (засудженого чи виправданого) під час перегляду судових рішень у кримінальному судочинстві безпосередньо законодавчо закріплені лише для касаційного суду (ст. 397 КПК України).

Подібної статті, яка б регламентувала недопустимість погіршення становища підсудного на стадії апеляційного провадження у гл. 30 КПК України немає. Проте це не означає, що дане правило не поширюється і на діяльність апеляційного суду. Звідси ст. 397 КПК України повинна застосовуватися до згаданої глави КПК України за аналогією, з урахуванням особливостей апеляційного перегляду справи. Зокрема, однією з таких особливостей є можливість апеляційного суду постановити свій вирок або винести постанову.

Аналіз ст. 378 КПК України дозволяє констатувати, що недопустимість погіршення становища підсудного (особи, щодо якої застосовано примусові заходи виховного чи медичного характеру) для апеляційної інстанції у разі проведення нею судового слідства означає заборону: 1) безпосередньо посилити покарання, визначене у вироку, з власної ініціативи за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання; 2) безпосередньо застосувати закон про більш тяжкий злочин, за умови, що підсудному було пред'явлено обвинувачення у вчиненні такого злочину, з власної ініціативи за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання; 3) безпосередньо збільшити обсяг обвинувачення, за умови, що підсудний у вчиненні злочину в такому обсязі і від цього обвинувачення захищався в суді першої інстанції, з власної ініціативи за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання; 4) скасувати виправдувальний вирок суду першої інстанції з власної ініціативи та постановити обвинувальний вирок за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання; 5) скасувати обвинувальний вирок суду першої інстанції з власної ініціативи та постановити новий обвинувальний вирок, замінивши звільнення від покарання чи відбування покарання реальним його відбуттям за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання; 6) безпосередньо застосувати більш суворий вид примусових заходів виховного чи медичного характеру з власної ініціативи за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання; 7) безпосередньо перекваліфікувати суспільно небезпечне діяння на більш тяжке, якщо таке було зазначено у постанові слідчого про закриття справи і застосування примусових заходів виховного характеру або про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру з власної ініціативи за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання; 8) скасувати постанову суду першої інстанції про закриття справи щодо неосудного або неповнолітнього з власної ініціативи та винести нову постанову, замінивши закриття справи призначенням примусових заходів виховного чи медичного характеру за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цього питання.

Дозвіл за наявності відповідних підстав та умов погіршувати становище підсудного апеляційним судом без повернення справи на додаткове розслідування та новий судовий розгляд звільняє суди першої інстанції від надмірної завантаженості. Однак судова практика свідчить про те, що апеляційні суди досі не стали справді апеляційною інстанцією, продовжують й надалі скасовувати рішення судів нижчого рівня, тоді як у них є можливість постановити свій вирок або ухвалити постанову.

Пленум Верховного Суду України у п. 1 постанови № 1 від 15 травня 2006 р. "Про практику постановлення судами вироків (постанов) при розгляді кримінальних справ в апеляційному порядку" [11] підкреслив, що наведений у ч.1

ст. 378 КПК України перелік випадків, у яких апеляційний суд скасовує вирок суду першої інстанції та постановляє свій вирок, а також скасовує постанову суду першої інстанції про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру та виносить свою постанову, є вичерпним. При цьому слід наголосити, що у п. 1 ч. 1 та п. 1 ч. 4 ст. 378 КПК України зазначені умови, за наявності яких, виходячи з відповідних підстав, апеляційна інстанція вправі скасувати вирок (постанову) суду першої інстанції та постановити свій вирок (постанову): 1) підсудному було пред'явлено обвинувачення у вчиненні більш тяжкого злочину; 2) підсудний у вчиненні злочину в такому обсязі і від цього обвинувачення захищався в суді першої інстанції; 3) більш тяжке суспільно небезпечне діяння було зазначено у постанові слідчого про закриття справи і застосування примусових заходів виховного характеру або про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру. Якщо такі умови відсутні, то судове рішення повинно бути скасоване, а справа повернута на додаткове розслідування відповідно до пп. 2 і 3 ч. 1 ст. 374 КПК України.

Поряд з цим, Пленум Верховного Суду України у п.3 вказаної постанови роз'яснив, що за змістом ст. 378 КПК України апеляційний суд не може постановити свій вирок тоді, коли в апеляції порушено питання про скасування вироку суду першої інстанції з підстав, передбачених ч. 1 цієї статті, але висловлено прохання повернути справу на додаткове розслідування чи на новий судовий розгляд [11]. Видається, що таке роз'яснення за аналогією повинно поширюватися і на випадки ухвалення апеляційним судом своєї постанови про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру.

Пленум Верховного Суду України також звернув увагу на те, що за змістом ст.ст. 373, 378 КПК України погіршення становища підсудного можливе лише у разі ухвалення апеляційним судом свого вироку (постанови), а у випадку винесення ним ухвали не допускається (ч. 1 п. 8 згаданої постанови) [11].

Звідси випливає, що коли апеляційний розгляд закінчується винесенням ухвали, недопустимість погіршення становища підсудного для апеляційного суду означає заборону: 1) безпосередньо посилити покарання, визначене у вироку, навіть коли справа розглядається за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника; 2) безпосередньо застосувати закон про більш тяжкий злочин, порівняно із законом, який застосував суд першої інстанції, навіть коли справа розглядається за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника; 3) скасувати обвинувальний вирок, постановлений судом першої інстанції, у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або більш суворе покарання з власної ініціативи, за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника з цих питань; 4) скасувати виправдувальний вирок з власної ініціативи за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника, а також виправданого з цих питань.

У цьому контексті варто звернути увагу на неточність редакції ч.3 ст. 397 КПК України, яка всупереч ч.1, п.2 ст. 348, п.2 ч.2 ст. 384 КПК України передбачає право касаційного (апеляційного) суду скасувати виправдувальний вирок за скаргою виправданого лише з мотивів виправдання.

Недопустимість погіршення становища підсудного для апеляційного суду також означає заборону: 1) погіршувати становище інших підсудних, які самостійно апеляцій не подавали або щодо яких судове рішення не оскаржувалось іншими суб'єктами (ч.2 ст. 365 КПК України); 2) скасувати виправдувальний вирок

лише з мотивів істотного порушення прав підсудного (ч.2 ст. 367 КПК України); 3) скасувати постанову про застосування примусових заходів виховного або медичного характеру лише з мотивів істотного порушення прав особи, щодо якої прийнято таке рішення (ч. 2 ст. 367 КПК України)1.

Варто погодитись з В.П. Бойком, який пропонує ті ж правила поширити і на постанову (ухвалу) про закриття кримінальної справи. Адже скасування постанови (ухвали) про закриття справи лише з мотивів істотного порушення прав особи, справу щодо якої закрито, істотно погіршило б її становище, оскільки її знову слід було б повернути у становище обвинуваченого з усіма несприятливими для неї наслідками, що з цього випливають [3, с. 96]. До речі, ч. 3 ст. 398 КПК України містить таке положення, яке, щоправда, поширене законодавцем лише на повноваження касаційного суду.

Отже, кримінально-процесуальний закон встановлює вичерпний перелік ініціаторів, які мають право поставити перед апеляційним судом питання про скасування обвинувального, виправдувального вироку суду першої інстанції, а також постанови про застосування примусових заходів виховного та медичного характеру. Зокрема забороняється скасування вказаних судових рішень з метою погіршення становища підсудного (засудженого, виправданого) за скаргою цивільного позивача, цивільного відповідача, їх представників, а також інших осіб, прямо не зазначених у ст.ст. 378, 397 КПК України.

Хоча цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники згідно з ч. 1 і 2 ст. 384 КПК України також є суб'єктами оскарження виправдувального вироку, однак за змістом ч.2 ст. 397 КПК України касаційна скарга повинна бути подана саме на необґрунтованість виправдання, а вказані учасники процесу, як відомо, обмежені в обсязі оскарження. У зв'язку з цим, якщо прокурор, потерпілий чи його представник оскаржив вирок суду першої інстанції з мотивів та підстав виправдання чи з інших мотивів (не притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб, неправильне обчислення розміру заподіяної майнової шкоди), то апеляційний суд не вправі скасувати вирок (постанову). Припис ч. 2 ст. 397 КПК України поширюється і на скасування вироку про виправдання одного підсудного за скаргою іншого підсудного, засудженого у цій справі, а також його захисника чи законного представника (наприклад, постановлено вирок, яким один підсудний був засуджений, а інший – виправданий). Однак така заборона, наш погляд, не стосується законного представника та захисника виправданого, адже відповідно до п. 2 ст. 348 та ч. 1, 2 ст. 384 КПК України виправдувальний вирок крім самого виправданого може також оскаржити його захисник та законний представник.

Утім можлива ситуація, коли таким вироком засуджено невинуватого, а виправдано винного. Апеляційний суд не задоволить обґрунтовану апеляцію підсудного, щодо якого постановлено обвинувальний вирок, про скасування виправдувального вироку, оскільки це йому забороняє зробити норма ч. 3 ст. 397 КПК України, адже щодо виправданого не внесено апеляції прокурором, потерпілим чи його представником. Отже завдання кримінального судочинства у виді захисту прав та законних інтересів потерпілого, а також захисту особи від незаконного та необґрунтованого засудження, обмеження її прав і свобод не будуть виконані. З огляду на це, окремі дослідники висловились про доцільність

[1] У ч.2 ст. 367 КПК України помилково вказано на постанову про незастосування примусових заходів виховного та медичного характеру, оскільки, як відомо, такої постанови у кримінальному процесі України не існує.

закріплення в законі можливості скасування судом вищого рівня виправдувального вироку ще й за скаргою засудженого, його захисника чи законного представника [14, с. 8; 12, с. 136–137]. Видається, що така пропозиція є слушною. За такої ситуації апеляційний та касаційний суд зможуть скасувати вирок тільки щодо такого засудженого. При новому ж розгляді справи суд першої інстанції не вправі визнати виправданого винним, оскільки вирок скасований з інших мотивів.

Відповідно до п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 15 травня 2006 р. "Про практику постановлення судами вироків (постанов) при розгляді кримінальних справ в апеляційному порядку" у разі порушення в апеляціях питання про погіршення становища одних підсудних та про скасування чи зміну вироку суду першої інстанції щодо інших таких осіб з інших підстав апеляційний суд за наявності до того підстав постановляє вирок лише щодо тих підсудних, становище яких погіршується, а щодо решти виносить ухвалу [11]. Так само апеляція прокурора, потерпілого чи його представника на виправдувальний вирок щодо одного з виправданих не дає апеляційному суду повноважень скасувати вирок і стосовно інших виправданих.

У випадках, коли апеляційний суд відповідно до ст. 378 КПК України постановляє свій вирок лише щодо частини обвинувачення, яке має окрему кримінально-правову кваліфікацію, він цим вироком частково скасовує вирок суду першої інстанції з погіршенням становища підсудного, а іншим процесуальним документом – ухвалою – той самий вирок у частині засудження за іншими статтями КК України залишає без зміни, змінює або скасовує з направленням справи у цій частині на додаткове розслідування чи на новий судовий розгляд (при цьому справа в зазначеній частині виділяється в окреме провадження) / п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України № 1 від 15 травня 2006 р. "Про практику постановлення судами вироків (постанов) при розгляді кримінальних справ в апеляційному порядку"/ [11].

У контексті ч. 1 ст. 378, ст. 397 КПК України під законом про більш тяжкий злочин, насамперед, варто розуміти кримінальний закон, санкція якого передбачає більш суворе покарання. Однак іноді закон і не передбачає більш суворе покарання, але його застосування погіршує становище засудженого (наприклад, зміна кваліфікації зі статті КК, що передбачає не корисливий злочин, на статтю, яка передбачає корисливий злочин, зі статті, що передбачає злочин, вчинений з необережності, на статтю, що передбачає умисний злочин, хоча б ця остання стаття і не мала більш суворої санкції). Тобто в обвинувачення включаються додаткові, не інкриміновані засудженому дії, що тягнуть зміну кваліфікації злочину на закон, який передбачає більш суворе покарання, або такі, що збільшують обсяг обвинувачення, хоча і не змінюють юридичну оцінку вчиненого та призначене за це покарання. Тобто правовими наслідками застосування закону про більш тяжкий злочин можуть бути: 1) незастосування в майбутньому умовно-дострокового звільнення від відбування покарання або застосування його після фактичного відбуття не менше двох третин строку покарання замість половини строку; 2) можливість зняття судимості після спливу більш тривалих строків погашення судимості; 3) незастосування акту амністії або помилування; 4) різного роду паспортні обмеження [9, с. 359; 5, с. 133].

Кваліфікація суспільно небезпечного діяння як більш тяжкого (ч. 4 ст. 378 КПК України) означає застосування норми Особливої частини КК України, яка передбачає відповідальність за більш тяжке діяння.

Під збільшенням обсягу обвинувачення в аспекті ч. 4 ст. 378 КПК України слід розуміти: обвинувачення в більш тяжкому злочині; обвинувачення в нових фактах, епізодах злочинної діяльності, які раніше не інкримінувалися, якщо при цьому кваліфікація злочину залишається незмінною; обвинувачення в закінченому злочині замість готування або замаху; обвинувачення в безпосередній участі у вчиненні злочину замість переховування; зміну наслідків злочину в бік їх тяжкості; зміну форми вини з необережності на умисел тощо. Встановлення обставин, які лише уточнюють, деталізують фактичні обставини, виявлені ще під час першого розгляду справи, не вважається збільшенням обсягу обвинувачення.

За змістом п. 2 ч. 1 ст. 378, ст. 397 КПК України посилення покарання означає збільшення розміру призначеного основного та додаткового покарання (наприклад, строку позбавлення волі, виправних робіт або розміру штрафу) порівняно з визначеним судом першої інстанції; заміну одного виду покарання іншим, більш суворим (наприклад, заміна виправних робіт позбавленням волі); призначення додаткового покарання, якщо воно не було призначене вироком, навіть за умови, що це здійснюється за рахунок зменшення розміру основного покарання; виключення з вироку вказівки про звільнення від відбування покарання з випробуванням та заміну призначеного цим вироком покарання хоч і більш м'яким, але визначеним до відбуття реально; заміну виправних робіт за місцем роботи такими самими в інших місцях в районі проживання засудженого; встановлення більш високого відсотку відрахування із заробітку засудженого до виправних робіт.

Не допускається залишення без змін розміру покарання, призначеного за сукупністю злочинів, якщо вирок скасовується і закривається справа по закону про більш тяжкий злочин, що увійшов до сукупності. Більше того, в разі виключення із сукупності злочинів обвинувачення за законом про менш тяжкий злочин, апеляційний суд зобов'язаний обговорити питання про зменшення розміру покарання і, навіть, вправі залишити його без змін, але з наведенням мотивів такого рішення. Апеляційний суд не вправі виправляти помилки суду першої інстанції при призначенні покарання за сукупністю злочинів або за сукупністю вироків, якщо таке виправлення погіршує становище підсудного.

Поряд з цим, у процесуальній літературі запропоновано повернутися до вже висловленої пропозиції (яка свого часу не знайшла підтримки) про допущення погіршення становища підсудного (засудженого чи виправданого) вищою судовою інстанцією самостійно шляхом застосування закону про більш тяжкий злочин або заміни призначеного покарання на більш суворе. Аргументом для такого рішення є, як пояснює автор, "тенденція пришвидшення та спрощення судочинства, яка відображає потреби суспільства в динамізмі соціальних процесів" [10, с. 47–48].

Однак видається, що переважній більшості населення вже набрид динамізм соціальних процесів у вигляді різкого подорожчання життя, нерегулярної виплати заробітної плати, значного зниження соціальних стандартів, невизначеності, невпевненості у завтрашньому дні. Люди прагнуть спокою, стабільності, державного захисту, який зокрема і проявляється у правилі про недопустимість погіршення становища підсудного (засудженого, виправданого). До того ж, тенденція до спрощення та пришвидшення судочинства, яка справді простежується останніми роками, не є, на наш погляд, позитивним явищем. Законодавець вдається до таких процедур "не з доброго життя". У ході функціонування кожної держави є періоди, коли суспільство захлинається злочинністю, коли криза в політичній, соціально-економічній сферах зумовлює і негативні тенденції в судочинстві. Саме

у ці періоди і застосовують механізми спрощених та пришвидшених форм провадження у кримінальних справах, які з покращенням соціально-політичного життя суспільства і держави використовуються у значно меншому обсязі.

Недопустимість погіршення становища підсудного під час розгляду справи апеляційним судом поширюється на випадки зміни і скасування судового рішення як загалом, так і у певній його частині.

Апеляційний суд з власної ініціативи може покращити становище підсудного, якщо справа щодо нього розглядається за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника.

Під час розгляду кримінальної справи, в якій одну й ту ж особу за одним (чи кількома) законом було засуджено, а за іншим виправдано, за наявності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника тільки на вирок суду в частині засудження апеляційний суд не вправі, скасовуючи вирок в частині засудження такої особи, скасувати вирок і в частині її виправдання.

Із змісту ст. 378 КПК України випливає, що дія правила про недопустимість погіршення становища підсудного поширюється не лише на кваліфікацію злочину (суспільно небезпечного діяння) та міру покарання (вид примусових заходів виховного чи медичного характеру). Дія цього правила в апеляційному провадженні поширюється і на фактичні обставини обвинувачення та вчинення суспільно небезпечного діяння (п. 1 ч. 1, п. 1 ч. 4 ст. 378 КПК України). Це зумовлено тим, що погіршення становища підсудного і порушення його права на захист може бути наслідком корекції апеляційним судом не тільки кваліфікації злочину (суспільно небезпечного діяння) і міри покарання (виду примусових заходів виховного чи медичного характеру), але й фактичних обставин обвинувачення (встановленого суспільно небезпечного діяння), тоді як кваліфікація може залишатись судом попередньою або навіть змінюватися на менш тяжку (наприклад, виключення певних обставин, що пом'якшують покарання, розширення фактичного обсягу обвинувачення). Інакше підсудний визнавався б апеляційним судом винним у вчиненні злочину, за який він не був притягнутий до кримінальної відповідальності та позбавлявся б можливості захищатися від обвинувачення, сформульованого внаслідок скасування вироку в апеляційному порядку.

Тому зміна фактичної сторони обвинувачення (встановленого суспільно небезпечного діяння) апеляційним судом допускається, якщо: а) зміна обвинувачення (встановленого суспільно небезпечного діяння) не погіршує становища підсудного; б) зміна обвинувачення (встановленого суспільно небезпечного діяння) не порушує його права на захист; в) зміна обвинувачення (суспільно небезпечного діяння) не ґрунтується на невстановлених судом першої інстанції обставинах та відкинутих ним доказах; г) зміна обвинувачення (встановленого суспільно небезпечного діяння) не означатиме визнання підсудного винним у вчиненні злочину (вчиненні суспільно небезпечного діяння), який істотно відрізняється за фактичними обставинами від обвинувачення (встановленого суспільно небезпечного діяння), сформульованого у вироку (постанові). Коли будь-яка з названих умов буде порушена, апеляційний суд не вправі змінити фактичну сторону обвинувачення (суспільно небезпечного діяння), а повинен направити справу на додаткове розслідування для пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні менш тяжкого злочину, що істотно відрізняється за фактичними обставинами від того, яке було сформульоване у скасованому вироку (пп. 2, 3 ч.1 ст. 374 КПК України).

Істотною зміною обвинувачення за фактичними обставинами є зміна в ньому: об'єкта посягання; передбачених законом ознак об'єктивної сторони складу злочину: місця, часу, способу та обстановки вчинення злочину; форми вини – з необережності на умисел і, навпаки, або на змішану форму вини; мотиву та мети вчинення злочину, якщо мотив та (або) мета є обов'язковими ознаками складу злочину [7, с. 359].

За суб'єктами недопустимість погіршення становища діє щодо підсудних (стосовно яких постановлено обвинувальний чи виправдувальний вирок, застосовані примусові заходи виховного чи медичного характеру), в тому числі й тих, які самостійно рішення не оскаржували та в інтересах яких це не здійснювали інші суб'єкти.

Утім, в доктрині небезпідставно пропонується поширити правило про недопустимість погіршення становища і на рішення суду вищої інстанції про скасування постанови (ухвали) про закриття справи [9, с. 382; 12, с. 138–139; 2, с. 21]. До речі, відповідно до ч. 2 ст. 40012 КПК України встановлена абсолютна недопустимість перегляду і постанови (ухвали) про закриття справи з метою погіршення становища особи, справу щодо якої закрито. Тому без апеляції прокурора, потерпілого чи його представника, а також апеляції особи, справу, щодо якої закрито, її законного представника та захисника, апеляційний суд не повинен мати можливість скасувати постанову (ухвалу) про закриття справи. Це пов'язано з тим, що закриття справи тягне звільнення особи від кримінальної відповідальності, а у випадку закриття справи за пп. 1 та 2 ч.1 ст. 6 КПК України, такі рішення за своїми правовими наслідками прирівнюються до виправдувального вироку.

Водночас, апеляційний суд вправі скасувати судове рішення і повернути справу на додаткове розслідування чи на новий судовий розгляд з мотивів застосування закону про більш тяжкий злочин або посилення покарання за результатом одночасного розгляду ним скарги підсудного та апеляції прокурора, потерпілого чи його представника. Таке рішення, як слушно зазначав І.І. Мухін, залежатиме від того, доводи якого суб'єкта процесу будуть покладені в основу ухвали про скасування вироку [8, с. 169]. Якщо суд апеляційної інстанції визнає скаргу підсудного необґрунтованою, а визнає слушними аргументи, наведені в апеляції прокурора, потерпілого чи його представника, то погіршення становища при додатковому розслідування або новому розгляді справи допускається. Наявність апеляції прокурора, потерпілого чи його представника в такому разі нейтралізує дію скарги підсудного, хоча апеляційний суд зобов'язаний у своїй ухвалі дати вичерпні відповіді на всі доводи цієї скарги.

Однак можлива ситуація, коли скасування вироку здійснюється як на підставах, викладених в апеляції прокурора, потерпілого чи його представника (неправильне застосування кримінального закону), так і на підставах, наведених у скарзі підсудного (істотне порушення вимог кримінально-процесуального закону). Чи допускається в такому випадку погіршення становища підсудного у разі нового розгляду справи? Варто погодитися з позицією І.І. Мухіна, який позитивно відповідає на це запитання [8, с. 169–170].

А чи вправі апеляційний суд скасувати вирок за м'якістю покарання, якщо в апеляції прокурора, потерпілого чи його представника ставиться лише питання про скасування вироку у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин, але не ставиться питання про посилення покарання? На нашу думку, якщо апеляційна інстанція визнає кваліфікацію злочину правильною, вона не може

скасувати вирок за м'якістю покарання. У разі, коли апеляційний суд скасує вирок у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин, то це надасть можливість його скасувати і за м'якістю покарання. Це пояснюється тим, що міра покарання є похідною від кваліфікації злочину і оскарження неправильного застосування кримінального закону означає також оскарження застосування його диспозиції та санкції. Тому застосувавши після скасування вироку закон про більш тяжкий злочин, суд першої інстанції може призначити і більш суворе покарання.

Недопустимість погіршення становища підсудного поширюється не лише на діяльність апеляційного суду, але й на діяльність суду першої інстанції. Виходячи із змісту ст. 375 КПК України для суду першої чи апеляційної інстанції, це означає заборону: 1) застосовувати закон про більш тяжкий злочин та посилювати покарання при новому розгляді справи, якщо перший вирок не був скасований у зв'язку з необхідністю застосування закону про більш тяжкий злочин чи призначення більш суворого покарання за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника; 2) застосовувати закон про більш тяжкий злочин та посилювати покарання, якщо при додатковому розслідуванні після скасування вироку не буде встановлено, що обвинувачений вчинив більш тяжкий злочин або коли збільшився обсяг обвинувачення; 3) кваліфікувати суспільно-небезпечне діяння як більш тяжке при новому розгляді справи про застосування примусових заходів виховного або медичного характеру, якщо перша постанова (ухвала) не була скасована у зв'язку з цим за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника.

Водночас видається доцільним доповнити редакцію ч. 3 ст. 375 КПК України положенням такого змісту: "а також, коли під час додаткового розслідування справи про застосування примусових заходів виховного або медичного характеру буде встановлено, що особа вчинила більш тяжке суспільно небезпечне діяння".

Перше з наведених положень тісно пов'язане із забороною скасування апеляційним судом вироку у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин або призначити більш суворе покарання за відсутності апеляції прокурора, потерпілого чи його представника. Другий випадок застосування судом першої інстанції закону про більш тяжкий злочин чи посилення покарання можливий незалежно від того, хто та з якого мотиву оскаржив вирок. Що ж стосується третього випадку, то з нього випливає, що постанову про застосування чи незастосування примусових заходів виховного або медичного характеру, винесену судом першої інстанції, може бути скасовано апеляційним судом у зв'язку з необхідністю кваліфікації суспільно-небезпечного діяння як більш тяжкого лише у разі, коли з цих підстав було внесена апеляція прокурором, потерпілим чи його представником.

Після скасування вироку в ході додаткового розслідування іноді встановлюються нові, невідомі суду при першому розгляді справи обставини і факти, що свідчать про вчинення обвинуваченим більш тяжкого злочину, ніж той, за який він був засуджений. Такі обставини і факти можуть стосуватися даних, що обтяжують вину та покарання обвинуваченого та істотно змінюють формулювання обвинувачення на більш тяжке, а також свідчити про вчинення обвинуваченим нових злочинів, які раніше не були розкриті. Саме за таких умов особі пред'являється нове обвинувачення, яке ґрунтується на нових даних, встановлених в ході розслідування. Тому на підставі нового, більш тяжкого обвинувачення до підсудного при повторному судовому розгляді справи суд першої інстанції може застосувати закон про більш тяжкий злочин та посилити покарання.

Отож, ст. 375 КПК України гарантує обвинуваченому від застосування щодо нього закону про більш тяжкий злочин (більш тяжке суспільно небезпечне діяння) або посилення йому покарання (застосування більш суворого виду примусових заходів виховного чи медичного характеру), у випадку оскарження вироку по тому ж обвинуваченню, по якому він був визнаний винним і засуджений, а не за будь-який інший, раніше не розкритий, а згодом, після скасування першого вироку, виявлений злочин.

Водночас ст. 375 КПК України не врегульовує питання про розгляд справи судом першої інстанції після скасування виправдувального вироку, а це має неабияке і теоретичне, і практичне значення. Ми поділяємо думку І.Д. Перлова, що коли виправдувальний вирок скасований у зв'язку з необґрунтованістю виправдання за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника, суд першої інстанції при новому судовому розгляді справи може винести як виправдувальний, так і обвинувальний вирок. Якщо ж виправдувальний вирок скасований з підстав виправдання (наприклад, саме виправдання не ставиться під сумнів, але апеляційна інстанція вважає, що виправдання має бути з іншої підстави), суд першої інстанції не вправі постановити обвинувальний вирок [9, с. 384–385].

Крім того, у випадку скасування першого вироку за скаргою підсудного, а наступного вироку за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника у зв'язку з необхідністю посилити покарання, суд першої інстанції, розглядаючи справу втретє, як видається, не вправі призначити покарання, що є суворішим, ніж покарання за другим вироком. Тож, не допускається можливість призначення більш суворого покарання після скасування вироку за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника у зв'язку з необхідністю посилити покарання. Так само варто вирішувати питання і в разі, коли другий вирок буде скасований за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжкий злочин.

Утім, суд першої інстанції, якому направлено справу на новий судовий розгляд після скасування вироку, вправі повернути справу на додаткове розслідування зі стадії попереднього розгляду справи суддею або судового розгляду, якщо в цьому буде необхідність в процесі повторного розгляду справи та за дотримання умов (вимог), вказаних в законі (ст. 246, 276, 277, 281, 326 КПК України). Як видається, та обставина, що апеляційний суд не прийняв такого рішення, не може зв'язувати суд першої інстанції. З огляду на це, в процесуальній літературі слушно стверджується, що суд вищої інстанції виходить з того, що прогалини досудового розслідування зможе виправити суд першої інстанції, але коли це виявиться неможливим, то суд першої інстанції вправі прийняти рішення про повернення справи на додаткове розслідування [13, с. 209–210; 9, с. 387; 1, с. 442].

Тому допускається погіршення судом першої інстанції становища підсудного у випадку, коли апеляційний суд скасував вирок і повернув справу на новий судовий розгляд зі стадії судового розгляду, а суд першої інстанції при повторному розгляді справи виніс постанову (ухвалу) про повернення справи на додаткове розслідування, в ході якого виявилися обставини, які вказують на вчинення обвинуваченим більш тяжкого злочину, або з'ясувалось, що нове обвинувачення є за фактичними обставинами більш тяжким, хоч кваліфікація злочину залишається без змін.

Якщо в апеляції прокурора, потерпілого чи його представника порушується питання про скасування вироку у зв'язку з необхідністю застосувати закон про

більш тяжкий злочин або посилити покарання, а апеляційний суд прийняв рішення про скасування вироку з інших мотивів, що не погіршують становища підсудного, суд першої інстанції, який розглядатиме справу після скасування першого вироку, не вправі погіршити його становище [1, с. 444].

Якщо ж при новому розгляді справи буде встановлено, що підсудний винен у вчиненні менш тяжкого злочину або виявиться недоведеною частина обвинувачення, за яким він був засуджений за попереднім вироком, суд першої інстанції може пом'якшити покарання, незважаючи на те, що перший вирок був скасований за апеляцією прокурора, потерпілого чи його представника.

Отже, недопустимість погіршення становища підсудного поширюється на рішення апеляційного суду щодо юридичної та фактичної сторони обвинувачення (встановленого суспільно небезпечного діяння), меж його зміни, виду та розміру покарання (виду примусових заходів виховного чи медичного характеру), цивільно-правової відповідальності підсудного за наслідки вчиненого суспільно-небезпечного діяння, а також вказівок, які дає апеляційний суд органам досудового розслідування та суду першої інстанції у випадку скасування вироку і повернення справи на додаткове розслідування чи новий судовий розгляд.

1. Алексеев В.Б. Особенности рассмотрения дел после отмены первоначального приговора // Настольная кника судьи (рассмотрение уголовных дел в суде первой инстанции) / В.Б. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 441-453.
2. Бойко В.П. Заборона "повороту на гірше" в судових стадіях кримінального процесу України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза"/ В.П. Бойко. – Львів, 1997. – 18 с.
3. Бойко В.П. Правила про недопустимість погіршення становища обвинуваченого як процесуальні гарантії: [монографія] / В.П. Бойко. – К.: Атіка, 2008. – 192 с.
4. Воробейников М.А. Запрет преобразования к худшему в советском уголовном процессе: автореф. дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 "Уголовное право и уголовный процесс" / М.А. Воробейников. – Л., 1977. – 24 с.
5. Глушков В.С. Основные принципы советской кассации и пределы изменения приговора в кассационном порядке/ В.С. Глушков // Советское государство и право. – 1976. – № 7. – С. 131-135.
6. Ковбаса Ю.П. Правова характеристика кримінально-процесуального інституту недопустимості повороту до гіршого: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 "Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза"/ Ю.П. Ковбаса. – Харків, 2008. – 19 с.
7. Михеєнко М.М., Шибіко В.П., Дубинський А.Я. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України / М.М. Михеєнко, В.П. Шибіко, А.Я. Дубинський; відп. ред. В.Ф. Бойко, В.Г. Гончаренко. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – 624 с.
8. Мухин И.И. Кассационное обжалование, опротестование и пересмотр приговоров / И.И. Мухин. – М: Госюриздат, 1956. – 200 с.
9. Перлов И.Д. Кассационное производство в советском уголовном процессе / И.Д. Перлов. – М.: Юрид. лит., 1968. – 396 с.
10. Петрухин И.Л. Запрет поворота к худшему в российском уголовном процессе / И.Л. Петрухин // Государство и право. – 2006. – № 3. – С. 46-53.
11. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 15 травня 2006 р. "Про практику постановлення судами вироків (постанов) при розгляді кримінальних справ в апеляційному порядку" [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/C2257199004E1C80?OpenDocument&

12. Потеружа И.И. Роль суда второй инстанции в укреплении законности / И.И. Потеружа. – Минск: Наука и техника, 1980. – 192 с.
13. Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров / М.С. Строгович – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1956. – 320 с.
14. Ширшов М. Мотовиловкер Я. Пределы действия запрета преобразования к худшему / М. Ширшов, Я. Мотовиловкер // Советская юстиция. – 1974. – № 14. – С. 7-8.

НЕДОПУСТИМОСТЬ УХУДШЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЯ ПОДСУДИМОГО В АПЕЛЛЯЦИОННОМ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ

Н. Бобечко

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Статья посвящена рассмотрения одного из институтов криминального процесса, который является важной процессуальной гарантией как правосудия, так и прав и законных интересов лица – недопустимости ухудшения положения подсудимого в апелляционном осуществлении. Исходя из анализа соответствующих норм действующего КПК Украины, а также позиций научных работников, автор подает свое виденье вопросов, которые входят в предмет исследования, выдвигает предложения относительно совершенствования криминально-процессуального закона.

Ключевые слова: апелляционное осуществление, недопустимость ухудшения положения подсудимого, приговор, постановление о применении принудительных мероприятий воспитательного и медицинского характера.

EXCLUSION OF DEFENDANT'S STATE AGGRAVATION IN APPEAL PROCEEDING

N. Bobechko

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article is dedicated to one of criminal process institutes, which is an important procedure guarantee of justice, as well as of person's rights and lawful interests, it is exclusion of defendant's state aggravation in appeal proceeding. Following on from the analysis of the current Criminal Procedural code relevant norms and scholars' views, the author presents his own stand on the research subject; he also presents his propositions concerning Criminal Procedural law improvement.

Key words: appeal proceeding, exclusion of defendant's state aggravation, sentence, decision on application of coercive measures of educative and medical character.

Стаття надійшла до редколегії: 17.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ДОКАЗУВАННЯ ІСТОТНОЇ ПОДІБНОСТІ ПІДРОБЛЕНИХ ГРОШОВИХ ЗНАКІВ ПРИ ПРОВАДЖЕННІ У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ, ПЕРЕДБАЧЕНІ СТ. 199 КК УКРАЇНИ

О. Калужна

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті проаналізовано, чи загальновідомими є знання, на основі яких з'ясовується ступінь подібності підроблених банкнот (монет) до автентичних, а також способи та засоби його доказування.

Ключові слова: істотна подібність підроблених банкнот, загальновідомі факти, засоби доказування ступеня подібності підроблених грошових знаків.

Юридична наука, в тім числі кримінальне право, процес, криміналістика, має зазвичай прикладне спрямування, зорієнтоване на точне засвоєння і відповідне практичне застосування чинних законів, їх окремих норм і положень. Кваліфіковано, правильно і зі знанням справи застосувати ту чи іншу норму права – головне в роботі оперативних співробітників, слідчих, прокурорів, суддів, адвокатів та інших працівників юридичних служб. На цьому тримається вся практична юстиція. Її представники мають добре орієнтуватися у чинному законодавстві в своїй сфері діяльності, у практиці його застосування, нормативних прогалинах і недоліках.

Зокрема, вивчивши і проаналізувавши чималу кількість кримінальних справ про фальшивомонетництва, не можна не спостерегти невідповідності правозастосовної практики меті й змісту ст. 199 КК України. *Причиною* цього є складнощі здійснення переслідування і, відповідно, складна реалізованість цієї норми на практиці, оскільки не всі передбачені нею ознаки складу злочину (зокрема істотна подібність підробок грошових знаків до оригіналів як ознака предмета злочину) успішно доказуються (пізнаються), а *наслідком* – недостатня ефективність цієї норми щодо досягнення цілей правового регулювання.

Щодо питання про засоби доказування, якими можна встановлювати ступінь подібності підроблених грошових знаків до справжніх, то на практиці і в науці є два протилежні підходи.

Один – відносно новий у криміналістичній літературі і не поширений у правозастосуванні, що "лише експерт-документаліст міг би кваліфіковано обґрунтувати висновок про ступінь подібності підроблених банкнот до справжніх" [12, с. 7]. Цю думку висловив ще 1998 р. С.Ю. Петряєв (за результатами спеціального дослідження). Залишена ним без пропозицій щодо її втілення у слідчу і судову практику, вона була підтримана і розвинена у іншому спеціальному дослідженні [7, с. 13] авторкою цієї статті. Зокрема, ми керувались тим, що для можливості бути сприйнятими, надійти і перебувати в обігу на рівні зі справжніми (для придатності до обігу), *підроблені грошові знаки іманентно повинні мати істотну подібність до автентичних за дизайном і загальнодоступними (видимими) елементами захисту*. Тому на вирішення техніко-криміналістичної експертизи банкнот, сертифікатних державних цінних паперів було запропоновано ставити комплекс із двох взаємопов'язаних питань [7, с. 13]: 1) чи відповідає наданий на дослідження грошовий знак (цінний папір) за елементами дизайну і захисту справжнім грошовим знакам такого ж номіналу та року випуску? *(питання про підробленість);* 2) якщо ні, то яка якість відтворення на ньому елементів

© Калужна О., 2011

дизайну та органолептичних елементів захисту? *(питання про ступінь подібності)*. Ідея такого шляху доказування не новаторська, а є аналогією доказування факту придатності вогнепальної зброї до стрільби у справах про злочини, пов'язані зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими пристроями тощо (ст.ст. 262–264 та інші статті КК України)[1].

Другий підхід – превалює у практиці провадження у справах про злочини, передбачені ст. 199 КК України, коли ступінь подібності підроблених грошових знаків суб'єктами доказування хоч не піддається достатньому дослідженню, але оцінюється за достатній для фальшивомонетництва, адже це відображається у формулі кваліфікації інкримінованого обвинуваченому злочину – ст. 199 КК України. Таку практику підтримують і схвалюють й окремі науковці. Зокрема, Є.Г. Коваленко зазначає: "Інколи особи, які проводять доказування по кримінальній справі за поданням спеціалістів чи експертів порушують питання, які не потребують для свого вирішення застосування спеціальних знань, а можуть бути розв'язані на основі загальновідомих знань чи життєвого досвіду. Так, невиправданими є такі випадки призначення експертизи, як наприклад, для визначення ступеня схожості фальшивої монети зі справжньою. Це питання повинно безпосередньо вирішуватись слідчим та судом" [8, с. 485]. Для підкріплення влучності даного прикладу, що мав би, на думку Є.Г. Коваленка, унаочнювати у цілому узгоджену позицію процесуалістів про випадки недоцільності призначення експертизи, він наводить застереження Пленуму ВСУ "про неприпустимість призначення експертизи у випадках, коли з'ясування певних обставин не потребує спеціальних знань" [14, с. 343].

Звідси виникає низка запитань: Чи справді слідчий, суд на підставі загальновідомих знань, життєвого досвіду безпосередньо (без застосування спеціальних знань) може встановлювати ступінь подібності підробленої монети, банкноти до справжньої (*окрему похідну обставину, що залежить від головної)*? Якщо так, то, вочевидь, і сам факт підробки монети, банкноти *(як головна, первинна обставина, що підлягає доказуванню*) теж міг би і мав би встановлюватись у такий самий спосіб? Яка ж роль у цьому випадку відводиться техніко-криміналістичній експертизі?

Поміркуємо над цими простими на перший погляд питаннями, що мають суттєве теоретичне і практичне значення.

Що мало б бути змістом загальновідомих знань, на основі яких можна встановлювати ступінь подібності підроблених грошових знаків до справжніх? Очевидно, висловлюючись побутовою мовою, – це знання про те, як виглядають відповідні справжні гроші, про що нібито відомо всім. Тобто, мовою професійною, – це знання про: 1) елементи дизайну і захисту грошових знаків (а кожний елемент дизайну фактично є й елементом захисту), 2) про те, як їх розпізнавати. Отож, чи є ці знання загальновідомими? Спробуємо дати відповідь через такі припущення. Якщо б ці знання були загальновідомими, то в грошовий обіг могли б потрапляти (проскакувати) і, як наслідок, відповідно виявлятись і вилучатись з нього тільки так

[1] У цій категорії справ відповідно до роз'яснень і рекомендацій Пленуму Верховного Суду України "основною характерною ознакою зброї є її призначення – ураження живої цілі, знищення чи пошкодження оточуючого середовища" (п.3 постанови [13, с. 208]). Тому, відповідно, на балістичну чи експертизу вибухових пристроїв рекомендовано Пленумом ВСУ виносити два взаємопов'язані запитання: а) чи є наданий на дослідження предмет зброєю, вибуховим пристроєм тощо; б) якщо так, то який його технічний стан та чи придатний він до використання за цільовим призначенням – придатність до стрільби, вибуху" (п.10 постанови №3 від 26.04.2002 р. [13, с.209])?

звані "суперпідробки"[1], оскільки, знаючи елементи захисту банкнот і як їх виявляти, населення в межах можливостей своїх сенсорних відчуттів розпізнавало б видимі елементи захисту і не пропускало б у грошовий обіг інших, менш якісних фальшивок. Якщо ж ці знання не загальновідомі – то населення не розпізнавало б, де справжні гроші, а де підроблені взагалі, і підробку будь-якої якості сприймало б за справжній платіжний засіб, – тоді навіщо державі витрачатися на розвиток технологій захисту? Заради іміджу валюти? Але життя не підтверджує ні першого, ні другого припущення. Насправді з обігу вилучаються підробки грошей різної якості. Видається, річ у тім, що хоч усім і відомо, як виглядають відповідні справжні банкноти, монети, адже кожен з нас щоденно тримає їх у руках, однак далеко не кожен знає хоча б половину елементів захисту, за якими, і як можна розпізнавати їх справжність.

Під кутом зору класифікації усіх знань на звичайні та наукові [5, с. 191], знання про те, як виглядають відповідні справжні банкноти, монети у кожного з нас формується внаслідок емпіричних спостережень і повсякденних узагальнень. Воно складається стихійно, джерелами його формування є життєвий досвід. Тобто це знання є *звичайним*. "*Наукові* ж знання стають доступними людині тільки внаслідок пізнавальної і перетворювальної діяльності на рівні теоретичного мислення, їхнє завдання – *пояснити* й *осмислити* факти. Саме тому цей вид знань пов'язаний зі *спеціалізованою* сферою діяльності людини" [5, с. 191]. Ці властивості притаманні знанню про елементи захисту і про способи розпізнавання справжності банкнот, монет. Останнє повно і систематизовано набувається внаслідок професійного навчання чи роботи за спеціальностями, наприклад, поліграфічні й технологічні процеси виготовлення документів суворого обліку, техніко-криміналістичне дослідження документів, а для масового свого поширення потребує організованого навчання чи поглибленої самоосвіти.

Отож, *факт перший:* чи є знання про захисні елементи грошових знаків і про те, як їх розпізнавати, загальновідомими? – Ні, хоч держави (установи-емітенти) намагаються усіма можливими заходами зробити їх такими. Зокрема, з метою попередження появи в обігу підробок емісійні банки турбуються передусім про надання своїм банкнотам таких ознак автентичності, які легко розпізнаються населенням, та ведуть роз'яснювальну роботу. Перед уведенням в обіг банкнот і монет нового зразка НБУ оприлюднює їх опис і розсилає їх зразки банкам-резидентам, центральним іноземним банкам, іншим установам [15]. Поінформованість громадян про елементи захисту грошей і способи їх розпізнання – це складова комплексу заходів емісійних банків, спрямованих на профілактику фальшивомонетництва. Про чим більшу кількість ознак платіжності населення знатиме і виявлятиме їх наявність на банкноті відразу за декількома параметрами, тим більшої трудоємеості вимагатиме робота фальшивомонетників.

Принагідно нагадаємо, що в сучасній процесуальній літературі загальновідомі знання, що мають значення для справи, трактуються як загальновідомі факти [10, с. 47], що доказуванню не підлягають [2, с. 63]. Загальновідомий факт визначають як "специфічний засіб доказування, який як обставина, що має значення для справи, в силу очевидності, всезагального визнання, і відсутності сумнівів в істинності звільняється від доказування взагалі або процес його доказування

[1] Подібні до справжніх за композиційним складом паперу, фарб, за відтворенням чи імітацією текстури банкнотного паперу, рельєфу зображень (глибокого, високого друку, кіп-ефекту, ізарду), УФ та ІЧ-захисту, магнітних зображень.

усічений і полягає у збиранні та оцінці з точки зору належності і значимості для обґрунтування висновків у справі" [10, с. 49]. При цьому трактування О.Р. Бєлкіним загальновизнаного факту як обставини, що використовується учасниками процесу в "готовому вигляді", істинність якого "очевидна" і доказування якого вважається зайвим [2, с. 63], О.В. Левченко вважає прийнятним лише щодо одного виду загальновідомих фактів – так званих "банальних істин": горілка – алкогольний напій, вода – мокра, вночі – темно тощо. Інші загальновідомі факти, на його думку, повинні досліджуватись [10, с. 48]. Отож, *факт другий*: ступінь подібності підробленого грошового знаку (істотна чи неістотна) важко назвати "банальною істиною", про нього можна судити лише внаслідок порівняльного дослідження підробки з оригіналом.

Однак *факт третій*, на підставі вивчених матеріалів понад 200 кримінальних справ про злочини, передбачені ст. 199 КК доходимо висновку, що суб'єкти доказування ступінь подібності підробок трактують як загальновідомий факт – він не піддається дослідженню (пізнанню), не обґрунтовується (мотивується) і його оцінка в обвинувальних висновках і вироках. Фактично *лише з самої кваліфікації вчиненого* за ст. 199 КК потрібно розуміти, що слідчий, прокурор, суд оцінюють ступінь подібності підробок за достатній для їх придатності до надходження і перебування в грошообігу, керуючись очевидно можливістю "бачити власними очима" чи "можливим знанням для себе". І тільки в одичних випадках, коли судові експерти, використовуючи право на ініціативу (п. 2 ч. 1 ст. 13 ЗУ Про судову експертизу), у висновку вказують на істотну (суттєву) подібність досліджуваних банкнот до справжніх, хоч з приводу цього їм і не ставили питання, зазначена обставина дублюється (знаходить обґрунтування) в обвинувальних висновках і вироках.

Водночас аналіз підходів до доказування ступеня подібності підроблених банкнот, монет має на меті не стільки "шукання правильнішого", раціональнішого з погляду процесу пізнання, як спричинений практичною необхідністю. Адже, не піддаючи цю обставину доказуванню, трактуючи її як загальновідомий факт, суб'єкти доказування не завжди дають їй оцінку, адекватну фактичним обставинам справи, і внаслідок цього неправильно застосовують матеріальний закон. По-перше, переважна кількість скасованих в апеляційному чи касаційному порядку вироків скасовується власне із зазначеної підстави з подальшою перекваліфікацією на шахрайство (тобто по одній і тій самій справі суди вищої інстанції доходять іншого висновку – про низьку, примітивну якість підробок і їх непридатність у звичайних умовах до надходження і перебування в грошообігу). По-друге, часто за однакових фактичних обставин справ суди постановляють обвинувальні вироки, в яких однотипні діяння отримують різну правову оцінку. Показовим є те, що за однотипних фактичних обставин (зазвичай, коли підробки банкнот виготовлено струменево-крапельним способом, які від справжніх відрізняються товщиною і фактурою паперу, кольором зображень, відсутністю рельєфного друку, водяних знаків, збувають їх у темну пору доби вуличним чи ринковим торговцям) різні судові рішення приймались як в межах одного місцевого суду, так і Верховним Судом України [17; 18]: в одних випадках суди доходять висновків про невисокий ступінь подібності підробок і очевидну їх невідповідність справжнім грошам (ст. 190), а в інших – вважають достатнім для фальшивомонетництва (ст. 199 КК).

Водночас, як зазначає О.В. Левченко, "загальновідомість фактів дозволяє отримати *однаковий висновок*, який сформує *у всіх учасників процесу єдине внутрішнє переконання* (виділення моє – О.К.), що має значення для прийняття процесуального рішення в справі" [10, с. 50]. Отож, *факт четвертий*, якщо знання

про дизайн і захист грошових знаків з однаковою глибиною відомі всім суб'єктам доказування, тоді чим пояснити різну оцінку ними ступеня подібності підроблених банкнот за однотипних фактичних обставин справ?

Відтак, *факт п'ятий:* чи допустимим є підхід, коли доля обвинуваченого узалежнюється від життєвого досвіду і глибини техніко-криміналістичних знань слідчого, прокурора, судді. Чи допустима практика неоднакового притягнення до кримінальної відповідальності через довільну оцінку фактичних обставин справи з погляду принципів об'єктивної істини, законності, рівності учасників процесу перед законом? Адже однопорядкові учасники процесу (підозрювані, обвинувачені, підсудні) рівні і між собою у правах, в тому числі й у праві на правильну правову оцінку вчиненого [9, с. 77; 11, с. 50] – однакову кваліфікацію за однакових фактичних обставин[1]. Чи можна таку практику виправдати судовою дискрецією? Видається, що тут наявний якраз той випадок, "коли надмірно широкий судовий угляд призводить до суб'єктивізму, нехтування принципу рівності осіб перед законом і тоді про справедливість можна говорити лише умовно у теоретичному плані" [4, с. 421].

Факт шостий: чи досягається у такий спосіб мета правового регулювання? Кримінальний закон (ст. 199 КК) існує не як ізольоване явище правової дійсності, а є санкцією у структурі логічних правових норм, які своєю чергою є складовою частиною механізму правого регулювання випуску і обігу національної валюти України; випуску і обігу державних цінних паперів; випуску іноземними державами своєї валюти або групою держав – міжнародної валюти, її обігу на території України; випуску білетів державних лотерей. Регулювання грошового обігу є метою та умовою забезпечення стабільності національної валюти, а отже, і стабільності цінового росту як важливої передумови економічного росту. Підроблені гроші, цінні папери спричиняють надлишок платіжних засобів в обігу, порушують баланс між товарною і грошовою масами, і тим підривають виконання державою важливої економічної функції – здійснення контролю за інфляцією, забезпечення стабільності національної валюти. Примітивно підроблені банкноти у звичайних умовах фактично не можуть бути видані і сприйняті за справжні, а отже, через *свої об'єктивні характеристики* не можуть перебувати в обігу після їх збуту на рівні зі справжніми, а відтак – впливати на збільшення кількості платіжних засобів, завдавати шкоди грошовому обігу як каталізатори інфляції. Максимальні перспективи їхнього злочинного використання – це можливість за сприятливих умов (темна пора доби; неуважність, поганий зір чи необізнаність потерпілого у вигляді справжніх банкнот) ввести в оману окремих громадян. Відтак, якщо метою ст. 199 КК є охорона грошового обігу, то неякісно підроблені банкноти не становлять предметів фальшивомонетництва, а пов'язана з ними діяльність за наявності інших достатніх підстав може кваліфікуватися як шахрайство.

Тому підроблені грошові знаки повинні мати істотну подібність до справжніх за формою і розмірами носія, графічною точністю, кольоропередачею і узгодженістю елементів дизайну та загальнодоступних[2] захисних елементів, яка

[1] Злочин, передбачений ч.1 ст 190 КК – невеликої тяжкості, ч.1 ст. 199 КК – тяжкий: не до порівняння вид і міра передбаченого покарання, різні строки судимості, шахрай може бути звільнений від кримінальної відповідальності (ст.ст. 44 – 49 КК), амністований, має переваги при виборі запобіжного заходу тощо. Прикрість і в тому, що "штучно зроблені органами юстиції фальшивомонетники", здебільшого, насправді не мають грошей на адвокатів, самостійно не оскаржують вироки, а це в умовах змагального процесу єдиний шлях виправити судову помилку і захистити своє право на справедливе судове рішення.

[2] Їх ще називають органолептичні, сенсорні, видимі або візуальні елементи захисту від підроблення.

забезпечить їм об'єктивну можливість надходження і перебування в обігу на рівні зі справжніми. Принагідно зазначимо, що ми обґрунтовували у публікаціях [6] саме таке бачення вимог до подібності підробок, оскільки природним є те, що виготовляючи їх, фальшивомонетник прагне імітувати саме ті ознаки, за якими населення розпізнає справжні гроші: дизайн і загальнодоступні захисні елементи - інформація (текстова, цифрова, художня), нанесена на грошовий знак, цінний папір, наявність якої і її відповідність до оригіналу визначаються органами відчуттів людини без спеціальних пристроїв. В їх числі певні властивості спецпаперу, розміри; реквізити; асортимент графічних зображень, їх якість, виразність і топографія; водяні знаки, захисні нитки, видимі захисні волокна, кінеграми, суміщені зображення, зображення OVI, кіпп-ефект, ізард; стійкість поліграфічних фарб до механічного впливу, температури, вологи, світла тощо. При цьому достатньо, щоб подібність за загальнодоступними елементами захисту була істотною, а не категоричною (бездоганною), оскільки, наприклад, читання мікродруку без засобів, що збільшують зображення, потребує особливої гостроти зору, яка не властива більшості людей; розміри банкноти, топографію зображень без метричних приладів абсолютно точно теж неможливо оцінити тощо. Крім цього, громадяни в процесі грошообігу здебільшого звертають увагу на сам факт присутності на банкноті елементів захисту, не аналізуючи їх якості.

Науковим підґрунтям зазначеного обсягу ознак, що становитимуть істотну подібність підроблених грошових знаків, є закономірності пізнавальних психічних процесів у людини. Науково доведено, що людина може відображати у своїй свідомості зовнішню дійсність за допомогою мозку і високорозвиненої нервової системи, яка забезпечує необхідні для цього складні фізіологічні процеси. Пізнавальна діяльність завжди розпочинається з чуттєвого відображення світу у відчуттях та сприйманні [16, с. 185–186]. **"**У процесі сприйняття людина вирішує різноманітні завдання узнавання предметів і явищ. Вищим ступенем узнавання є ототожнення предмета з предметом, сприйманим раніше. Особливу роль у вказаних процесах відіграє пам'ять. Сприйняття, думки, почуття, бажання, рухи, дії, які мали місце у минулому досвіді людини, не зникають безслідно, а залишаються у вигляді тих чи інших уявлень. Наявність таких пізнавальних процесів у фізично і психічно здорової людини є загальновідомим, очевидним, загально визнаним і науково доведеним знанням. Ці властивості особистості суб'єкт доказування, інші учасники процесу приймають апріорі, тому нема необхідності у кожному окремому випадку доказувати можливість фізіологічних пізнавальних процесів у людини взагалі, а у свідка, потерпілого, підозрюваного чи обвинуваченого (підсудного), зокрема. Ця обставина, як така, що має значення для справи, буде загальновідомим фактом, який доказуванню не підлягає**"** [10, с. 53].

Отож, *факт сьомий*, з погляду пізнавальних процесів у людини, якщо на підроблених банкнотах фальшивомонетникам вдалося зімітувати ознаки, за якими населення розпізнає справжні гроші (дизайн і загальнодоступні елементи захисту), то вони мають достатній ступінь подібності, щоб людина у процесі їх сприйняття розпізнала в них справжні гроші. І останній факт має прийматись апріорі, доказування не потребує, і свідчить про те, що підробки мають реальну можливість бути успішно збутими і перебувати в грошовому обігу наче справжні. І чим більше видів органолептичних захисних елементів відтворено, чим подібніша якість їх відтворення, тим вищі шанси підробленого грошового знака здійснити більшу кількість оборотів до моменту виявлення їх підробленості і вилучення з обігу.

В ході розмірковування над наведеними фактами доходимо таких висновків:

1. без зміни у правозастосовній практиці підходу до доказування ступеня подібності підроблених грошових знаків проблема інкримінування ст. 199 КК, так виглядає, залишатиметься на тому ж місці;

2. ступінь подібності підроблених грошових знаків є обставиною, що має значення для встановлення істини у справах за ст. 199 КК, його об'єктивне пізнання у кожній справі потребує спеціальних знань і потребує процесуального доказування;

3. вирішуючи питання, чи є ступінь подібності вилученого підробленого грошового знаку до справжнього достатнім для наявності (кваліфікації) фальшивомонетництва, суб'єктові доказування у кожній справі *потрібно встановити* чи відтворено або зімітовано на ньому елементи дизайну і органолептичні елементи захисту, яка їх графічна точність, кольоропередача, топографія (взаємоузгодженість).

Останнє досягти можливо трьома способами:

Спосіб перший. Як відомо, слідчі, дізнавачі, прокурори, судді мають певні спеціальні знання (криміналістичні та інші, отримані під час професійної підготовки та набуті у ході роботи за спеціальністю), які вони можуть використовувати під час провадження окремих слідчих чи судових дій. Без цих знань неможливий процес пізнання взагалі й особа, яка здійснює доказування, не може ефективно виконувати свої обов'язки. Використовуючи свої початкові знання в галузі криміналістичного дослідження документів, слідчий в ході огляду повинен вміти встановити на сумнівних банкнотах, монетах реквізити, елементи дизайну і захисту, які можуть бути з'ясовані *прямими*[1] *(сенсорними)* методами криміналістичних досліджень, і описати їх у протоколі. Закон (ст. 191 КПК) передбачає, що в необхідних випадках слідчий проводить вимірювання або може запросити до участі в огляді спеціаліста (ст. 128-1 КПК), який звертає його увагу на обставини, що мають значення для справи і яких слідчий, не маючи достатнього рівня спеціальних знань, може не помітити. Однак у матеріалах вивчених кримінальних справ за ст. 199 КК у поодиноких випадках знаходимо протокол огляду вилучених сумнівних банкнот з широким (крім номіналу валюти, кольорової гами, серійних номерів, розмірів) описом якості зображень елементів дизайну (подібність – відмінність) і чи є на них видимі захисні елементи. Такий стан справ ще раз підтверджує висновок науковців-криміналістів про наявність істотного розриву між рівнем розвитку криміналістики, наданих нею практичних можливостей для виявлення, збирання та дослідження доказової інформації та фактичним застосуванням рекомендованих нею технічних засобів, прийомів і методів під час розслідування конкретних злочинів [1, с. 5].

Спосіб другий. Якщо ж слідчий самостійно в ході слідчого огляду сумнівного грошового знаку не виявив, чи відтворено або з імітовано на ньому елементи

[1] Звернемо увагу, що класифікація усіх захисних елементів за способом їх виявлення і послідовністю процесу перевірки на автентичність на *загальнодоступні* та *приховані* (машиннозчитувані) збігається з класифікацією методів криміналістичних досліджень за критерієм можливості сенсорного сприйняття на *прямі* та *опосередковані*. *Прямі* методи грунтуються на використанні в процесі дослідження лише органів відчуттів людини, коли суб'єкт безпосередньо звичним для нього способом сприймає криміналістично значущу інформацію, котра у більшій частині має видиму (зорову) природу. У процес пізнання включаються й інші органи відчуттів – дотик, зір, слух. *Опосередковані методи* – це власне криміналістичні методи та спеціальні методи інших наук, які застосовуються, коли сенсорних здібностей людського організму недостатньо для дослідження інформаційного поля речового доказу. Прямими також є методи, в яких технічні засоби використовуються лише для того, щоб збільшити розпізнавальну здатність органів відчуттів людини.

дизайну і органолептичні елементи захисту, то відповідь про ці факти він фактично міг би почерпнути з дослідницької частини висновку експерта, навіть якщо таке питання перед експертизою спеціально не ставилось. Адже у цій частині висновку експерта має бути викладений весь хід експертного дослідження, зазначено методи досліджень, довідково-нормативні матеріали, наукове пояснення і оцінка встановлених фактів, які теж мають доказове значення [5, с. 202–203] і послужили підставою для власне висновків (відповідей на поставлені перед експертом питання).

Справді, незалежно від казуїстики питань, поставлених на техніко-криміналістичну експертизу грошових знаків, експерт на першому етапі дослідження завжди, з засади речі, вирішує основне питання – про справжність наданої банкноти. Від вирішення цього питання залежить послідовність подальшої роботи експерта.

У разі дослідження наданих грошових знаків експерт використовує різноманітні доповнювальні один одного методи досліджень, починаючи з прямих (візуальних, сенсорних), неруйнівних, і завершує складнішими.

Спершу він оглядає і попередньо досліджує банкноту в умовах розсіяного денного освітлення. При цьому він а) визначає її кольорову гаму; б) фіксує її номінал, серію, номер і розміри; в) оглядає можливі забруднення, складки, пошкодження з обох боків банкноти; г) читає всі тексти (можливі помилки), розглядає зображення та реквізити з метою встановлення їх наявності і топографії; д) визначає на дотик якість паперу банкноти, його жорсткість, дзвінкість, тактильність рельєфних зображень. Далі банкноту досліджують у спрямованому світлі: на просвіт та у косо-спрямованих променях. Огляд на просвіт дає змогу вивчити внутрішню структуру паперу, його щільність, однорідність, встановити наявність водяного знаку, захисної стрічки, видимих захисних волокон, а також їхньої відповідності до оригіналу за зовнішнім виглядом, формою, топографією. Огляд у косо падаючому світлі дозволяє вивчити рельєфність паперу банкноти, виявити рельєфність окремих зображень і реквізитів, надрукованих глибоким друком, ізард, “кіп-ефект”, “овіай”, голограми, кінеграми, інтерференційні оптичні зображення.

Після цього застосовуються мікроскопічні методи для вивчення елементів, їх деталей, які неозброєним оком слабко помітні чи зовсім не розрізняються. Огляд країв банкноти з використанням оптичних збільшувальних приладів може виказати її кустарне обрізання, чи склеєна вона з двох аркушів паперу. Огляд у відбитих УФ-променях дає змогу встановити наявність або відсутність люмінесценції паперу, захисних люмінесцентних волокон, стрічок, зображень. За допомогою ІЧ-візуалізатора вивчають наявність і топографію метамерних фарб (прозорість і непрозорість фрагментів зображень в ІЧ-променях). Приладом для магнітного контролю встановлюється наявність магнетизму визначених фрагментів банкнот.

Останнім етапом є дослідження матеріалів наданих на дослідження банкнот – паперу (його композиції (складу за волокном), проклеєння, оптичних властивостей та ін.), фарб (фізико-хімічне та хімічне дослідження), матеріалів, якими відтворено чи зімітовано елементи захисту. Для цього потрібні знання в галузі хімії та фізики.

Отож, за беззаперечним судженням О.В. Воробей, “остаточний висновок про підробленість може бути сформульований тільки тоді, коли вивчений весь комплекс захисних елементів, а не на основі однієї-двох ознак” [3, с. 92], бо тільки так буде досягнуто повноту дослідження. Однак на практиці складність виявляється в тому, що експерти в описовій (дослідницькій) частині висновку не завжди повно викладають хід дослідження і встановлені факти, зокрема щодо наявності й якості відтворення чи імітації кожного захисного елемента. З іншого

боку, суб'єкти доказування не завжди вивчають описову частину висновку експерта: принаймні в обвинувальних висновках чи вироках не трапляється, щоб вмотивування оцінки ступеня подібності підробок ґрунтувалося на даних, викладених у цій частині висновку.

Спосіб третій – якщо слідчому не вдалося самостійно з'ясувати ознаки, на яких ґрунтуватиметься переконання про ступінь подібності підробленої банкноти, монети до справжньої, і щоб на виконання принципу публічності убезпечитись від можливості залишити цю обставину предмета доказування не встановленою, то на техніко-криміналістичну експертизу доцільно винести уточнююче питання *чи відтворено або зімітовано на грошовому знаку органолептичні елементи захисту? Яка їхня, а також елементів дизайну графічна точність, кольоропередача, топографія.* Відмова у таких ситуаціях від постановки цього питання на експертизу може спричинити до того, коли, за словами Ю.М. Грошевого, С.М. Стахівського, "без застосування спеціальних знань обставини, що мають значення для справи, залишаються нез'ясованими. Як результат – наявність слідчої чи судової помилки, за якими стоять людські долі" [5, с. 195].

Висновок експерта з цього питання, як видно з вищевикладеного:

а) самому експерту додаткової дослідницької роботи не додасть, адже ґрунтуватиметься на дослідженнях, які він і так здійснює для відповіді на основне питання – справжній чи підроблений грошовий знак. Тобто це питання не розширить предмет даної експертизи, тому немає підстав для якогось несприйняття цього питання експертами. Але таких підстав і не могло б бути, адже будь-які криміналістичні дослідження фальшивомонетництва (наукові і практичні), мають проводитись в інтересах завдань кримінального процесу, адже криміналістична наука служить меті правосуддя;

б) гарантуватиме повноту викладу у висновку експерта результатів дослідження про подібність та розбіжність у відтворенні елементів дизайну наданого грошового знаку і про встановлення наявності (відсутності) і якості відтворення чи імітації *кожного* захисного елемента;

в) розширить пізнавальні можливості слідства (суду) і сприятиме дослідженню доказів в обсязі, який є необхідним для формування достовірних висновків щодо придатності підробленого грошового знаку до обігу.

Ставити це питання перед експертизою чи ні – залежить від волевиявлення особи, яка веде процес. Його, зазвичай, мали б ставити тоді, коли правильне з'ясування зазначених у ньому фактів неможливе без звернення за допомогою до осіб, які володіють спеціальними знаннями і методами техніко-криміналістичного дослідження документів. Звичайно, маючи певні знання цього виду, слідчий може і сам дослідити ступінь подібності підробок під час їхнього огляду, – все ж рівень його знань не тотожний рівню знань експерта-документаліста. Тому винесення цього питання на експертизу і в такому випадку забезпечувало б вичерпну глибину пізнання зазначених фактів, надійність і переконливість результатів пізнання. Дослідження цього питання шляхом експертизи не призвело б до розширення меж доказування, не потягло б за собою проведення будь-яких процесуальних дій, витрат часу, затягування строків розслідування і судового розгляду справи, не ускладнило б перевірку обґрунтованості рішень слідчого і суду. Якраз навпаки, така практика була б застосуванням найефективнішого і водночас економічного засобу доказування. Відкидати чи ігнорувати цей засіб доказування – нелогістично, це "марнотратство можливостей цього підвиду судових експертиз". А оцінка висновку експерта з питання: "*Чи відтворено або зімітовано на грошовому знаку*

органолептичні елементи захисту, яка їхня, а також елементів дизайну графічна точність, кольоропередача, топографія?" разом з іншими доказами (речовими, показаннями обвинуваченого, свідків) слугувала б ґрунтом для формування у слідчого, суду внутрішнього переконання про потенційну придатність підробленої банкноти (монети) сприйматися за справжню як під час першого збуту, так і надалі перебувати в обігу на рівні зі справжніми.

Сподіваємося, що розглянуті у статті питання, як і висловлені пропозиції сприятимуть ефективному правозастосуванню ст. 199 КК України, а також реалізації підозрюваними, обвинуваченими, підсудними права на захист.

---

1. Бахін В.П. Теоретичні, інформаційні та організаційні проблеми забезпечення розкриття та розслідування злочинів / В.П.Бахін, В.К.Лисиченко // Теоретичні та практичні проблеми використання можливостей криміналістики і судової експертизи у розкритті й розслідуванні злочинів. – К. – 1996.
2. Белкин А.Р. Теория доказывания : науч.-метод. пособ. / А.Р.Белкин. – М. - 1999 – 429 с.
3. Воробей О.В. Криміналістичне дослідження паперових грошей: посібник / О.В.Воробей. – К. : Національна академія внутрішніх справ України, 2003. – 180 с.
4. Грищук В.К., Тлумачення і конкретизація кримінально-правової норми як форми реалізації судового угляду (розсуду) / В.К.Грищук, В.С. Канцір // Вісн. Львівськ. ун. Сер.юрид. – 2000. – Вип. 35. – С.417 - 423.
5. Грошевий Ю.М., Докази і доказування в кримінальному процесі : наук.-практ. посібн. / Ю.М.Грошевий, С.М.Стахівський. – К. : КНТ, Видавець Фурса С.Я. - 2006. – 272 с.
6. Калужна О. Підроблені гроші, державні цінні папери, білети державних лотерей: питання ознак та якості "підробленості" / О.М.Калужна // Вісн. Львівськ. ун.. Сер. юрид. – 2005. – Вип. 40. – С. 342 - 351.
7. Калужна О.М. Криміналістична характеристика фальшивомонетництва : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Академія адвокатури України / О.М.Калужна. – К., 2007. – 20 с.
8. Коваленко Є.Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України : підручник / Є.Г.Коваленко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 632 с.
9. Кримінально-процесуальне право України : підручник / за заг. ред. Ю.П. Аленіна. – Х. : ТОВ "Одіссей", 2009. – 816 с.
10. Левченко О.В. Общеизвестные факты как средства уголовно-процессуального доказывания / О.В.Левченко //Государство и право. – 2002. – №8. – С. 47-54.
11. Назаров В.В., Омеляненко Г.М. Кримінальний процес України : підручник / В.В.Назаров, Г.М.Омеляненко. – К. : Юридична думка, 2005. – 548 с.
12. Петряев С.Ю. Криміналістичне дослідження підроблених іноземних паперових грошей : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / Національна академія внутрішніх справ України / С.Ю.Петряєв. – К., 1998. – 14 с.
13. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. №3 "Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами" // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: Навчально-практичний посібник / Укл. Б.О.Кирись – Львів : Ліга-прес, 2008. – С.207 – 212.
14. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997р. №8 "Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах" // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах: Навчально-практичний посібник / Укл. Б.О.Кирись – Львів : Ліга-Прес, 2008. – С.343-349.

15. Постанова Правління Національного банку України від 17 листопада 2004 р. №547 "Про затвердження Правил визначення платіжності та обміну банкнот і монет Національного банку України", зареєстрована в Міністерстві юстиції України 06.12.2004 за №1549/10148 // Офіційний вісник України від 24.12.2004 – 2004. – № 49. – стор. 68 – ст. 3221.
16. Психологія: Підручник / Ю.Л. Трофімов, В.В. Рибалка, П.А. Гончарук та ін.; за ред. Ю.Л. Трофімова – 3-тє вид. – К. : Либідь, 2001. – 560 с.
17. Ухвала Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України від 03.10.2000 (при відмежуванні виготовлення з метою збуту підроблених грошей від їх збуту шляхом шахрайства необхідно враховувати об'єктивні й суб'єктивні критерії) // Рішення Верховного суду України. – 2001.
18. Ухвала Судової колегії у кримінальних справах Верховного Суду України від 01.03.2001р. (При вирішенні питання про наявність чи відсутність у діях особи складу злочину, передбаченого ст. 79 КК України, необхідно враховувати художнє оформлення грошового знака, яке передбачає певний ступінь завершеності зображення на підроблених грошах) // Рішення Верховного Суду України. – 2002.

ДОКАЗЫВАНИЕ СУЩЕСТВЕННОГО СХОДСТВА ПОДДЕЛЬНЫХ ДЕНЕЖНЫХ ЗНАКОВ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ ДЕЛ О ПРЕСТУПЛЕНИЯХ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ СТ. 199 УК УКРАИНЫ

О. Калужна

Львовский национальний университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье проанализировано, являются ли общеизвестными знания, на основании которых устанавливается степень сходства поддельных банкнот (монет) к аутентичным, а также способы и средства ее доказывания.

Ключевые слова: существенное сходство поддельных банкнот, общеизвестные факты, средства доказывания степени сходства поддельных денежных знаков.

PROVING OF SUBSTANTIAL RESEMBLANCE OF COUNTERFEIT CURRENCY NOTES DURING PROCEEDINGS ON CRIMES, FORESEEN IN ARTICLE 199 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

O. Kaluzhna

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The author analyses the relevant knowledge facts that help to prove substantial resemblance between counterfeit banknotes (coins) and real money, as well as methods and means of its proving.

Key words: substantial resemblance of counterfeit currency notes, generally recognized facts, proving of resemblance degree of counterfeit currency notes.

Стаття надійшла до редколегії: 17.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ОКРЕМІ МІРКУВАННЯ ЩОДО ВИКЛАДУ О.С. АЛЕКСАНДРОВИМ "СУПЕРЕЧНОСТЕЙ ТА ПРОБЛЕМ СУЧАСНОЇ КРИМІНАЛІСТИКИ"

І. Когутич

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті розглянуто питання щодо стану та окремих тенденцій розвитку сучасної науки криміналістики в контексті дискусії, що триває серед правників, науковців та практиків у мережі Інтернет.

Ключові слова: криміналістика, гріхи криміналістики.

У мережі Інтернет 20 травня 2010 р. була опублікована стаття професора Нижегородської академії МВС Росії О.С. Александрова "Сім смертних гріхів сучасної криміналістики" [1], яка спричинила певний резонанс між науковцями криміналістами та процесуалістами.

Почнемо з подяки на адресу шановного автора за його прагнення, як слушно зазначили М.К. та О.М. Камінські, допомогти криміналістам розглянути своє справжнє обличчя, тому що, як казав поет: "велике бачиться на відстані". А оскільки О.С. Александров перебуває дещо за межами криміналістики, адже він - процесуаліст - йому й карти в руки [2].

Взявши частково за основу запропоновану в статті "методу спору", спробуємо якомога коректніше апелювати на захист криміналістики та криміналістів від сформульованих О.С. Александровим обвинувачень.

Щоб не спотворити авторство тверджень О.С. Александрова, цитуватимемо їх дослівно.

1. "Як відомо першим "смертним гріхом" у традиційному переліку є гординя (Superbia). Я думаю, це головний гріх сучасної криміналістики, усі інші – похідні від нього.

Самовдоволенням віє від міркувань колег про "закономірності", які нібито відкриває (відкрила?) криміналістика. Найбільше яскраво концепт "закономірності" відбився на визначенні "предмета" – обов'язкового елемента автореферату будь-якої дисертації з криміналістики. Інших помітних наслідків криміналістичного вчення про "закономірності" назвати важко.

А пояснюється це тим, що в радянський період було кілька діячів, які сформували парадигму для всього наукового пізнання за фахом 12.00.09. Але завдяки зусиллям епігонів їх учення стали догмою, перетворилися в гальмо для розвитку всієї нашої науки.

Як процесуаліст я цілком усвідомлюю, що в такій сфері, як теорія доказів, де інтереси криміналістів і процесуалістів перетинаються, саме криміналістичний дискурс задає тон, формує контент. Процесуалісти – теоретики немовби повинні ухвалювати як об'єктивні дані результати дослідження їх колег криміналістів. Але занадто багато причин з'явилося для того, щоб сумніватися в "істинах", пропонованих Старшим Братом – Криміналістом. Ці істини неабияк віддають нафталіном".

Дещо дивує таке агресивне ставлення О.С. Александрова до "закономірностей" у визначенні предмета криміналістики.

© Когутич І., 2011

Згідно з канонами філософії закон – це об'єктивно існуючий постійний та необхідний зв'язок між явищами. У науковому контексті закон – загальне положення будь-якої науки, що є результатом осмислення й узагальнення окремих спостережень, досліджень. Отож закономірність – це відповідність до закону, послідовний вияв дії певного закону. Звідси, як слушно вважають криміналісти, одержуємо класичне визначення предмета криміналістики - закономірності механізму вчинення злочину, виникнення інформації про злочин і його учасників, закономірності збирання, дослідження, оцінки й використання доказів та спеціальні методи і засоби судового дослідження й запобігання злочинів, які ґрунтуються на пізнанні цих закономірностей.

Отож криміналістиці важливо враховувати чинники та розглядати зв'язок умов, що визначають будь-яку подію (наприклад, злочин). Тому криміналістика працює з об'єктивно - типовими, тобто закономірними відносинами сфери свого "впливу" (злочин, учасники злочину, робота з доказами). Це очевидно, і до чого тут гординя?

2. "Не створи собі кумира". Гріх порушувати цю заповідь. Боюся, що авторитет деяких криміналістів такий, що вони одержали статус кумирів, чиї судження шануються незаперечними істинами на всьому значеннєвому просторі спеціальності 12.00.09. Тим часом, істини які вони створювали, залишилися в минулому столітті. У найкращому разі їх навчання виправдовують себе стосовно до досудового провадження у кримінальній справі, але не в суді. Замість того, щоб створювати нові концепти, теорія доказів вовтузиться зі скелетоподібними схемами минулого, на кшталт радянських понять "доказ" і "доказування", знов - таки сформованих під впливом криміналістів.

"Розумова й щиросердечна лінь", "дефіцит нових ідей, невирішені питання, низька якість суспільної дискусії, у тому числі й критичних виступів", характерні для всієї нашої науки, але, по-моєму, саме в середовищі криміналістів найменше помітні якісь спроби перелаштуватися й найбільше всього до них підходить визначення "вічно вчорашні".

Отож, другий смертний гріх - криміналісти порушили заповідь "не створи собі кумира".

Про яких криміналістів йде мова? Якщо про класиків криміналістики (С.М. Потапова, А.І. Вінберга, Р.С. Бєлкіна, О.М. Васильєва та ін.), то з ними щодо цього часто активно сперечаються, хоча більша частина їх творчої спадщини повністю зберегла свою значущість і аж ніяк не залишилася в минулім столітті. Незрозуміло, як слушно вважає О.Г. Філіппов, а хто заважає фахівцям у сфері кримінального процесу розбудовувати теорію доказів і навіщо вони також вовтузяться із "скелетоподібними схемами минулого " [3] ?

Оцінкою гріха № 2 "не створи собі кумира" О.С. Александров сучасну криміналістичну науку та освіту, чомусь характеризує як "вічно вчорашню".

Автор вважає, "що авторитет окремих криміналістів такий, що вони одержали статус кумирів, судження яких вважаються незаперечними істинами на всьому значеннєвому просторі спеціальності 12.00.09. Тим часом, істини які вони створювали, залишилися в минулому столітті".

Справді, сучасна криміналістика формується на працях Р.С. Бєлкіна, А.І. Вінберга, С.М. Потапова, І.М. Якимова, М.В. Терзієва, Л.Ю. Ароцкера та інших видатних науковців, які працювали в минулому столітті. Однак О.С. Александров забув згадати ще й тих, хто працював на криміналістику раніше, зокрема в позаминулому столітті. У цьому контексті "кумирами" криміналістів є В. Гершель, Г. Фолдс, А. Бертильйон, Ф. Гальтон, Є.Ф. Буринский, Х. Вучетич,

Г. Гросс та ін. Водночас відомо, що без поваги і знання минулого не можна будувати гідне майбутнє.

3. “Гріх важкослів’я, словоблудства. Створюється враження, що криміналісти спеціально так ускладнили свою мову, щоб їх ніхто не розумів. Те про що пишуть у своїх наукових працях професори М.К. Камінський, В.Я. Колдін, А.Ф. Лубін і багато інших корифеїв не зрозуміло, не тільки практикам, але навіть ученим – колегам за фахом (процесуалістам). Ця штучна “пташина” мова зрозуміла тільки вузькому колу посвячених у “високу криміналістику”. Але чи не тому настільки ускладнена ця мова, що предмет розмови банальний. Я не бачу ніякого наукового, а тим більше практичного змісту в дисертаціях, скажімо на таку тему: “Теоретичні основи криміналістичного аналізу організованої злочинної діяльності й можливості його практичного використання” (О.М. Камінський, Н. Новгород, 2008). Скажу прямо – практичні можливості використання такого “аналізу” – нульові. Це типовий продукт нижегородської кабінетної криміналістики. Ні дослідження кримінальних справ, ні пропозицій з розкриття злочинів, зроблених цією самою організованою злочинністю. Усі – “криманаліз” замінив. У Нижегородській академії МВС 90% криміналістичних досліджень такі ж. Припускаю, що й в інших місцях ситуація не краще.

Однак, згадаємо: що будуть вартувати тисячі загальних слів про нібито виявлені закономірності, структурні зв'язки, системні залежності, стратегічні завдання, одиниці аналізу та ін., коли важливо буде вміння вирішувати практичні питання? Знання одержують не заради знання, а для дії. Світ запитує не те, що ви знаєте, а що ви вмієте. Цим цінна людина, що знає, що вміє, і наука криміналістика, до речі, – теж”.

Як бачимо, О.С. Александрова не влаштовує мова криміналістики, яка, на його думку, є складною та незрозумілою широкому загалові тощо.

Звичайно, окремі криміналісти, як і окремі юристи інших спеціальностей, користуються ускладненою мовою. Однак – це об’єктивно.

Мова криміналістики рухлива й розвивається. Аналіз літератури засвідчує, що визначилися певні тенденції розвитку наукової мови криміналістики, які детально проаналізував білоруський колега, Д.В. Ісютин – Федотков [4]:

Перша тенденція. Має місце розширення кола використовуваних понять і визначень. Стрімкий розвиток науки й техніки завжди пов'язаний з появою нових понять, визначень і криміналістика не є винятком. Такі поняття, як “криміналістична дерматогліфіка”, “криміналістична голографія”, “ольфакторні сліди”, “лінгвокриміналістика” та інші є прикладами запозичення криміналістикою досягнень інших наук.

У криміналістиці розширення кола використовуваних понять і визначень відбувається, передусім, за рахунок активного використання запозиченої (іншомовної) лексики, насамперед у рамках діяльності міжнародних організацій у сфері боротьби зі злочинністю.

Використання запозиченої (іншомовної) лексики є самостійною тенденцією розвитку мови криміналістики.

Використання іншомовної лексики в українській (російській) мові неминуче впливає на мову науки. За допомогою особливих визначень запроваджуються нові мовні вирази, уточнюються вже наявні й, у такий спосіб, напрацьовується наукова термінологія, тобто сукупність слів або словосполучень із точним, єдиним значенням у рамках відповідної наукової дисципліни.

Під впливом мовних і позамовних чинників наша мова поповнюється запозиченою чи іншомовною лексикою. До мовних чинників зачислюють спрямованість до звуження багатозначності слова або уточнення поняття, яке воно позначає. Позамовними чинниками іншомовних запозичень є причини соціально - історичного характеру – різнобічні зв'язки між народами: торгово-економічні, політичні, культурні. Унаслідок цих відносин відбувається процес переміщення слів з однієї мови в інші.

Мовні чинники найчастіше є об'єктивними, певною мірою відповідають потребам самої мови, тому що вписуються в основні тенденції її розвитку (наприклад, відповідають дії закону мовної економії). Однак, необхідно констатувати, що на цьому тлі українська мова стала дещо засміченою і такою, що накопичила чимало словесного баласту. Іноземне слово стало не тільки необхідним, потрібним, але й привабливим, престижним. За цієї тенденції втрачено належний відбір у застосуванні іншомовної лексики. Перемагає загальний настрій, мода, бажання бути нарівні зі століттям. Як, приклад, можна провести лексичні паралелі, що підтверджують відсутність необхідності в запозиченні, тому що існують фразеологічні еквіваленти: ольфакторні сліди – запахові сліди, модельні зразки – експериментальні зразки, контрафактні товари – підроблені товари тощо.

Варто зазначити, що поява нової термінології у мові криміналістики часто відбувається в рамках наукових дискусій. Це перешкоджає багатозначності вживання термінів і появі новомодної не наукової термінології в криміналістиці.

Друга тенденція. Розвиток загальної теорії судової експертизи, практичної судово-експертної діяльності також призводить до використання в мові криміналістики термінів технічних та інших наук. Прикладом тому є розвиток мови криміналістики залежно від появи нових видів судових експертиз: комп'ютерно – технічної, геномної (типогенетичної), фоноскопічної, фонографічної, одорологічної і т.д.

Виникнення нових термінів або неологізація мови криміналістики зумовлені об'єктивними змінами в сучасному житті і є природним процесом, що відображає загальні напрями розвитку української мови та мови вітчизняної науки.

Третя тенденція. Простежують зміну наявних визначень. Ця тенденція виявляється як у заміні одних визначень іншими, так і в уточненні вже наявних дефініцій. Адже не завжди появу в науці нового поняття можна виразити старими термінами, так само не завжди можна пояснити наявною термінологією той чи інший новий аспект розгляду усталеного поняття.

Четверта тенденція. Диференціація понять та їх визначень. Виокремлюються криміналістичні категорії, визначення яких є родовими стосовно визначень понять, що ними охоплені. До таких належать поняття предмета науки, поняття криміналістичної техніки, тактики й методики, поняття прийому, засобу, рекомендації.

П’ята тенденція. Уніфікація термінології криміналістики. Термінологія криміналістики – сукупність, система термінів криміналістики. Як видається, уніфікація термінології (приведення до однакового розуміння значення (змісту) термінів) сучасної криміналістики формується з урахуванням домінуючої традиційної чотирьохелементної системи криміналістики та криміналістичних категорій.

Уніфікувати систему термінів криміналістики можна також шляхом кодифікації термінології через складання словників.

Шоста тенденція. Розробка знакових систем. Ця тенденція проявляється у спробах створити уніфіковані системи математичних та інших символів, що

позначають або виражають певні криміналістичні поняття. Передусім, це системи цифрового позначення ознак папілярних візерунків, ознак зовнішності, графічних знаків, що позначають об'єкти, які виявляють під час огляду. Знакові системи криміналістики – найменш розроблена частина мови науки й, водночас, одна з найперспективніших її частин. Саме із цією частиною пов'язана можливість використання в криміналістиці деяких положень кібернетики, математичної логіки, семіотики та інших сфер наукового знання.

Сьома тенденція. Скорочення складених термінів і широке використання абревіатур. Виконуючи компресивну функцію, абревіація в мові історично активна. Однак необхідно констатувати, що “життя” абревіатур в українській мові було складним, суперечливим. У різні періоди переважали різні типи абревіатур: буквенні, звукові, змішані. Абревіатурам оголошувалася “війна”, їх виганяли й засуджували. Але вони з'являлися знову, мова вже не могла обходитися без абревіатурних скорочень.

Мова криміналістики як наукова мова також сприймає абревіатури. Абревіатура, як засіб мовного коду значно заощаджує мову на рівні тексту, особливо розмовну.

У криміналістиці абревіатурні форми найчастіше виникають через скорочення багатокомпонентних термінологічних форм, частого використання загальноприйнятих термінів кримінального блоку юридичних наук, використання у мові криміналістики багатокомпонентних технічних термінів.

Можна сказати, що основною причиною появи абревіатур у мові криміналістики є використання запозиченої (іншомовної) лексики. Активне застосування запозиченої лексики з достатком абревіатур пов'язане з використанням досягнень природничих, технічних і гуманітарних наук у розкритті й розслідуванні злочинів.

Найчастіше абревіатури в криміналістичній літературі використовують для скорочень: назв нормативних правових актів – КПК, КК тощо; назв установ, організацій, підрозділів – ДНДЕКЦ, НДЕКЦ, НДІСЕ, ГУМВС, УБОЗ, УБНОНЗ тощо; назв злочинів – ДТП, назв складових розділу криміналістичної техніки – АІПС, АДІС і т.п.; назв видів діяльності органів внутрішніх справ – ОРД, СГ, СОГ і т.п.; назв деяких експертиз, об'єктів досліджень – ПММ, ВР, ВП тощо.

У розмовній мові криміналістів трапляються такі скорочення, як КХЗ (криміналістична характеристика злочинів), кримтехніка, кримтактика, кримметодика, фоторобот, ізоробот, біодетектор та ін.

Немає сумнівів, що абревіатури термінів можна використовувати в наукових текстах. Абревіатури дають економію на рівні тексту, але їх не бажано використовувати у назвах наукових праць, навчальній, довідковій літературі, тому що абревіатура буде зрозуміла лише вузькому колу фахівців криміналістів.

Це основні тенденції мови криміналістики. Науково-технічний прогрес і активні процеси в українській мові неминуче впливатимуть на мову науки криміналістики. Подальше вивчення тенденцій мови криміналістики полегшить розуміння наукових текстів і дасть змогу уникнути непотрібних термінів, понять, визначень.

4. “Криміналістика виродилася в схоластику. Вона напрацьовує, головно те, що нікому не потрібне, крім самих криміналістів. Найяскравішим підтвердженням цьому є пошуки сутності та спори про слова: що таке криміналістка, тактика, стратегія, модель, ситуація та ін.

Втративши прикладний, утилітарний характер, криміналістика перестала бути творчою силою; забувши своє первісне призначення, вона змінила свою суть:

бути помічницею юриста. Вона взялася відігравати не свою роль: зі служниці прагне перетворитися в "володарку" спеціальності 12.00.09. Результат, на мій погляд, вийшов негативний.

Криміналістика перетворилася в мегапроект, у рамках якого створюється світоглядна платформа, загальна для всіх наукових напрямів за фахом 12.00.09. Перефразовуючи Ф. Достоєвського, можна сказати: занадто широка криміналістика, а треба б звузити: настав час повернутися до чорнової, польовій роботи – технічного обслуговування кримінального процесу. Оскільки дослідження щодо розробок різноманітних спекулятивних схем – однаково ніякого пуття не принесе.

Криміналістам треба зрозуміти те, що теорія не їх доля, не треба братися за розробку таких питань як природа судової істини, критерії оцінки істини, сутність доказу та ін.; подібні питання вирішуються не з їхнім інструментарієм, а головне – не з їхнім світоглядом".

Отже, за О.С. Александровим, "криміналістика виродилася в схоластику". Доказом цього, як він вважає, є "безглузді спори про слова: що таке криміналістика, тактика, стратегія, модель, ситуація та ін.".

З цим обвинуваченням важко погодитись, передусім, через його голослівність. Хоча переважна більшість криміналістів і підтримує відоме визначення криміналістики, яке запропонував Р.С.Бєлкін, однак окремі науковці обстоюють інші погляди. Зокрема, триває дискусія про структуру криміналістичної тактики, про систему криміналістики загалом. Сказати, що це "безглузді спори про слова" може тільки людина, яка далека від криміналістики. Аналогічна оцінка стосується базових понять - тактика, стратегія, модель, ситуація.

Про мову, терміни криміналістики вже йшлося. І все ж частково необхідно погодитися з тим, що "теорія доказування", "криміналістичні теорії доказування", "рівні доказування", "алгоритми", "систематизація матеріалів як метод реалізації криміналістичного доказування" та інші криміналістичні "об'єктивності", є похідними від структури кримінального процесу.

5. "Ще один гріх сучасної криміналістики полягає в тому, що вона нав'язала спеціальності 12.00.09 далекий юристам природничо - науковий світогляд. Зокрема, концепт "об'єктивна істина" у кримінальному процесі багато в чому тримається завдяки криміналістам, які вірять у постулати радянської криміналістики. Необхідно переглянути багато застарілих теоретичних стереотипів. Треба відмовитись від дурного оптимістичного пафосу: світ може бути пізнаваним, а отже, не існує злочинів, що не можуть бути розкриті. Зрозуміло, що польова криміналістика не може не використовувати технічні засоби, запозичені в природничих наук, де можливий точний результат, там треба застосовувати криміналістичну техніку. Але сфера застосування науково-технічних засобів у доказуванні обмежена; а для розробки судової тематики природничо-науковий пафос взагалі недоречний. На суді абсолютне знання не досяжне, тут царює думка. Математичний аналіз, застосування машин ніколи не замінять людський фактор у судовім доказуванні фактів. Судова істина є результат судоговоріння, а судове доказування є мистецтво. Як говорив І. Бентам: "Обов'язок судді полягає в прийнятті доказів з тієї й іншої сторони, у можливо кращій формі, у порівнянні їх і в постанові рішення на підставі їх імовірної чинності. У такий спосіб мистецтво судочинства є в сутності ніщо інше як мистецтво користуватися доказами".

Як відомо, теорію судових доказів кілька раз спокушали можливістю щеплення з математикою, міражем абсолютного знання (що означало б її ідейне

перероджения), однак теза про те, що теорія судових доказів скоріше мистецтво, аніж наука залишався і залишається непорушним (принаймні, у пануючій на Заході інтелектуальній традиції). Є межа (етична), яку не можна переступати під час використання науково-технічних засобів у доказуванні: людину може судити тільки людина; презумпція невинуватості обмежує можливості, бажання, спонукання, ретельність суб'єкта доказування. У судових справах судді завжди повинні оцінювати докази за внутрішнім переконанням; а раціональне пізнання, логіка переплітаються з тим, що називається “розуміння”. Судова істина є ймовірне знання, вона має моральну складову, яку неможливо, не можна раціоналістично “обчислити”.

Вважаю, що теза про наукову об'єктивність, прийнята за наполегливою вимогою криміналістів, має скоріше етичне, ніж природне походження. У зв'язку із цим нагадаю, що є як загальні, так і відмінні риси між “справжньою” наукою і мистецтвом: мистецтво, передусім, бачить проблему й пропонує науці розв'язати її тими засобами, які є в її розпорядженні. Якщо наука не може розв’язати проблему, мистецтву залишається запропонувати тільки оптимальний варіант дій з тим або іншим ступенем імовірності її вирішення. Мистецтво не гарантує досягнення результату, воно не стурбоване створенням алгоритму, але застерігає від вчинення невиправних помилок. Звичайно, існує взаємозв'язок між ними і є граничні сфери, де мистецтво панує тільки тимчасово – у чинність нерозвиненості науки. Однак повністю мистецтво й наука не зіллються ніколи. Якщо говорити про судочинство, то тут завжди мистецтво буде превалювати. Це обумовлено декількома чинниками: ігровим моментом, який несе із собою змагання (1); оцінкою доказів суддею за внутрішнім переконанням (2); дією критерію справедливості судового рішення (3).

Природничо - науковий, позитивістський концепт об'єктивної істини повинен бути відкинутий. Судова вірогідність є стан переконаності судді (присяжного), яка і є метою аргументації обох сторін. Стандарти вірогідності, об'єктивності знання ґрунтуються в системі мовних моделей, схем, що становлять мовний досвід націй, здоровий глузд”.

Отож, криміналістика “…нав'язала спеціальності 12.00.09 невластивий юристам природничо-науковий світогляд…”.

У цьому контексті незрозуміло, і чому це зробила саме криміналістика, враховуючи те, що сама вона належить до юридичних наук (щоправда, проф. Р.С. Бєлкін після довгих коливань дійшов висновку, що природа криміналістики двоєдина. Вона і юридична, і природничо – синтетична наука. Однак переважна більшість криміналістів не поділяє цього погляду, вважаючи його, винятково юридичним). Тому, й тут О С. Александров припускається неточності…

Більше того, як відомо, парадигма “наукового пізнання за фахом 12.00.09” була сформована й примусово вживлена в теорію кримінального процесу й практичну діяльність правоохоронних органів у 30 - ті р. минулого століття.

І зроблено це було, про що у своїх відповідях на статтю О.С. Александрова також зазначали Л.Я. Драпкін [5] та вже згадуваний О.Г. Філіппов [3], не стільки науковцями криміналістами, скільки власне найвизначнішими представниками кримінально-процесуальної науки – А.Я. Вишинським і М.С. Строговичем. Погляди цих науковців відповідали тодішньому партійному й чиновницькому замовленню, з огляду на що сформульована наукова позиція й була прийнята на озброєння.

Якнайменше прагнучи когось обвинувачувати в будь-яких гріхах, на кшталт професора Александрова, зазначимо, що "у ті ще роки" було надзвичайно небезпечно виступити проти парадигми, взятої за основу державної політики.

Далі, О.С. Александров зазначає, що "сфера застосування науково-технічних засобів у доказуванні обмежена; а в розробці судової тематики природничо-науковий пафос взагалі недоречний. Для суду абсолютне знання не досяжне, там царює думка". Можливо що й так, однак думка все ж формується і за допомогою природних та точних наук. Мовними моделями (які є формою) можна корегувати думки в судовому доказуванні. А змістом цієї форми, як відомо, власне й будуть результати застосування науково-технічних засобів.

Ніхто не заперечує того, що "математичний аналіз, застосування машин ніколи не замінять людський фактор у судовому доказуванні фактів. Судова істина є результат судоговоріння, а судове доказування є мистецтвом". О.С. Александров цитує І. Бентама: "Обов'язок судді полягає у якомога кращому сприйнятті доказів з тієї та іншої сторони, у їх порівнянні та в постановленні на їх основі належного рішення. У такий спосіб мистецтво судочинства є за суттю ніщо інше як мистецтво користуватися доказами". Отож, йдеться не про що інше, як про користування доказами, в тому числі й за допомогою засобів криміналістичної техніки. Відомо, що під користуванням доказами криміналісти розглядають цілісний системний процес щодо їх виявлення, фіксації, вилучення, збереження, дослідження та використання. Хто володіє мистецтвом користуватися доказами, той і формує думку, у тому числі і в суді.

Що ж до того, що криміналісти не хочуть відмовлятися від "…дурного оптимістичного пафосу: світ такий, що може бути пізнаний, а отже немає злочинів, які б не можна було розкрити" – справді винні, адже саме так вважають. Правда, проф. О. С. Александров викладає цю позицію не зовсім правильно: питання не в тому, чи світ пізнаваний, а в тому, що вчинити злочин, не залишивши слідів, неможливо. Отож, у принципі, будь-який злочин може бути розкритий.

6. "Криміналістика не перелаштувалась на рейки змагальності або майже не перелаштувалась. Про це свідчить те, що вона не бачить наукового інтересу в розробці тем, пов'язаних з розслідуванням справи в суді, за інерцією відпрацьовуючи попереднє розслідування. І навіть коли вона береться за освоєння начебто такої теми як адвокатська діяльність, виходить текст типу "Основні компоненти адвокатської майстерності в кримінальному судочинстві" (Зашляпін О.Л. Єкатеринбург, 2008).

Цей гріх має й іншу сторону – ігнорування криміналістикою зв'язку із законом, точніше її не чутливість до загального тренда правового розвитку (убік змагальності, звичайно), правозастосування. Кримінально-процесуальне право зробило якісне переродження. Наука повинна штовхати далі законодавця убік демократизації процесуальних відносин, гласності, змагальності й т.п. Криміналістика ж мислить і діє в системі координат радянського попереднього розслідування. Від криміналістики потрібно нове знання: про проблеми сучасного змагального правосуддя, у тому числі суду за участю присяжних засідателів. Але замість живої справи ми бачимо за назвою криміналістичних досліджень схоластичні вправи у світі штучно надуманих проблем.

Криміналістика "не бачить" судового слідства, тому що зійшла зі стовпової дороги – закону, ввійшовши у свій штучно створений спекулятивний світ "елітної криміналістики". На перевірку ж завжди виявляється, що криміналісти оперують інквізиційними стереотипами. Цій інквізиційній ідеології властива вистава, що

судове слідство – судоговоріння, є продовженням попереднього слідства. Відповідно, відмінність між судовим доказуванням і доказуванням на досудовій підготовці не проводиться. Значення усної мови в понятті судового доказу, у формуванні судової істини не оцінюється.

Тим часом уже давно не секрет те, наскільки відстала наша наука в розробці таких фундаментальних для змагального правосуддя тем, як техніка прямого, перехресного допиту, переддопиту; мистецтва формулювання й постановки запитань; допустимість, належність запитань; критерії навідних запитань, лінгво - психічна чинність судових доказів та ін. Нічого цього сучасна криміналістика не тільки не вивчала, але навіть не поставила на порядок денний вивчення й викладання (досить подивитися останні підручники з криміналістики). Вітчизняна криміналістика не змогла запропонувати скільки-небудь прийнятних практичних рекомендацій адвокатам, прокурорам, суддям для роботи з доказами в суді”.

Отож – “криміналістика не перелаштувалась на рейки змагальності або майже не перелаштувалась. Вона не бачить наукового інтересу в розробці тем, пов'язаних з розслідуванням (розумій – розглядом) справи в суді, за інерцією відпрацьовуючи попереднє розслідування”.

Так, справді, порівняно до недавна криміналісти займалися, головно, досудовим розслідуванням, хоча й раніше виходили дуже серйозні роботи щодо питань судового слідства. Однак неправда, що сьогодні нічого не змінилося: майже в кожному з випусків журналів криміналістичного спрямування, практично у всіх збірниках за матеріалами наукових конференцій, криміналістичних читань публікуються статті щодо тактики підтримання державного обвинувачення в суді, або з тактики окремих судово-слідчих дій. З’явилися солідні монографічні публікації, захищені дисертації. То ж рух у цьому напрямі є очевидним, назвавши прізвища, принаймні, таких науковців, як Л.Ю. Ароцкер, І.В. Головачов, К.С. Єгоров, М.В. Жижін, С.Л. Кисленко, А.Ю. Корчагін, С.П. Сухов, О.А. Сичов та ін.

Що ж до закиду О.С. Александрова про те, що “вітчизняна криміналістика не змогла запропонувати скільки-небудь прийнятну практичну допомогу адвокатам, прокурорам, суддям для роботи з доказами в суді”, можна згадати праці Т.П. Андріанова, М.О. Баєва, Т.В. Варфоломеєвої, К.В. Вишневецької, О.В. Вишневської, М.М. Зоріна, Д.С. Ігнатова, Є.П. Іщенко, В.Я. Колдіна, І.М. Можара, О.А. Соя-Сірко, Т.М. Федоренко й ін. Погоджуємося, не завжди дисертація є засобом практичної допомоги. Але наука рухається в напрямі криміналістичного забезпечення тактики та методики судового розгляду кримінальних справ. Це тенденція розвитку сучасної криміналістики.

Можна дискутувати із О.С. Александровим і щодо його твердження, що “відстала наша наука в розробці таких фундаментальних для змагального правосуддя тем, як техніка прямого, перехресного допиту, переддопиту; мистецтва формулювання й постановки запитань; допустимості, належності запитань; критеріїв навідних запитань, лінгво - психічної чинності судових доказів та ін. Нічого цього сучасна криміналістика не тільки не вивчала, але навіть не поставила на порядок денний вивчення й викладання”.

З цим важко погодитися. Лише в останнє десятиліття різним аспектам допиту й очної ставки, в тому числі в суді, було присвячено чимало дисертацій.

7. “Криміналістика “підім'яла” під себе теорію доказів кримінального процесу, скалічила її. Криміналістика й теорія доказів належать до різних типів науки: перша належить до точних наук, друга – до юридичних, гуманітарних.

Природа криміналістики несумісна із природою теорії судових доказів: теорія доказів – це гуманітарне знання, вона веде своє походження від "Риторики" Аристотеля, а ще точніше сказати – від навчання софістів. Саме в рамках цих вчень про мистецтво доказування в змагальному суді – мистецтві перзуазивного (переконуючого) судоговоріння й сформувалися основні концепти теорії доказів: поняття доказу, аргументу, доказування, мети доказування, прийомів і способів доказування. Криміналістика з її природничо науковим пафосом одержання точного знання й націленістю на пізнання об'єктивних закономірностей зробила дегуманізацію теорії доказів. Криміналістика нав'язала кримінальним процесуалістам свій предмет дослідження (закономірності) і своє бачення цього предмета. Традиційна проблематика, розроблювальна класичною теорією доказів – доказування позову в умовах змагального судочинства – зовсім не береться в розрахунок криміналістами.

Можу вказати точку відліку, з якої почалося "недружнє поглинання" криміналістикою теорії судових доказів: 60 - ті роки, саме тоді вона стала задавати тон у дослідженнях зі спеціальності 12.00.09 і претендувати на роль мегадискурса. Об'єктивна причина цього явища полягала в тодішній моді на кібернетику. Надія на відновлення соціалізму й насамперед підвищення ефективності керування радянськими інтелектуалами наївно зв'язувалася з використанням інформаційних технологій. У зв'язку з активним освоєнням юридичною наукою кібернетики був даний новий імпульс експансії криміналістики на інтелектуальну вотчину теорії доказів. Були й суб'єктивні причини "криміналізації" теорії судових доказів: ціла плеяда блискучих криміналістів Р.С. Бєлкін, А.І. Вінберг, І.М. Лузгін та ін. своїми роботами фактично сформували новий будинок теорії доказів, під яким виявився нерозрізнений уже його первісний фундамент. У результаті, було забуто гуманітарне коріння теорії доказів. Тому сучасні криміналісти й процесуалісти пов'язують традицію свого знання не з Аристотелем, Цицероном і Квітиліаном, а з "шестидесятниками", творча спадщина яких перейнята ідеєю про те, що доказ – це інформація, а доказування – обмін, переробка, нагромадження та ін. операції з інформацією. Подібні погляди – це редукціонізм, що спотворює правильний погляд на доказування, що переконує аудиторію, на доказ як факт і т.п.

Отже, "Криміналістика "підім'яла" під себе теорію доказів кримінального процесу, скалічила її…".

Видається, що схожі твердження неприпустимі як в етичному контексті, так і абсолютно неправдиві — з фактичного погляду міркування Л.Я. Драпкіна в цьому контексті більш ніж переконливі.

Вихідною "точкою відліку" цього уявного поглинання Л.Я. Драпкін цілком слушно вважає 60-ті р. XX століття. Саме тоді, за твердженням О.С. Александрова, почалося "недружнє поглинання" криміналістикою теорії судових доказів. Однак, як відомо, саме в ці роки почалася найтісніша й дружня взаємодія науковців цих двох напрямів. Зрештою це ознаменувалося двома виданнями досить серйозної й прогресивної для того часу наукової праці – "Теорії доказів у радянському кримінальному процесі". Авторський колектив цієї монографії охопив найзнаніших учених як процесуалістів (В.Я. Дорохов, Л.М. Карнєєва, Г.М. Міньковський, І.Б. Михайловська, І.Л. Петрухін), так і криміналістів (Р.С. Бєлкін, А.І. Вінберг, Г.І. Кочаров, А.Р. Ратінов, С.С. Степічев, В.Г. Танасевич, О.О. Ейсман, Н.А. Якубович).

Більше того, основні глави, що визначають зміст усього дослідження: "Методологічні основи теорії доказів", "Поняття й класифікація доказів",

“Суб'єкти доказування”, “Показання свідків і потерпілих”, “Показання обвинувачених і підозрюваних”, повністю написали вчені -процесуалісти. Ще сім глав цієї монографії написані спільно вченими обох спеціальностей і лише одна XI глава виявилася “суто криміналістичною” — “Речові докази”. А якщо проаналізувати кількісну оцінку, то з 45-ти параграфів монографії повністю або ж у співавторстві 34-х написали процесуалісти і лише 2 - криміналісти.

Отож, саме ця монографія вплинула на розвиток теорії кримінального процесу й криміналістики на багато років. Тому про жодне поглинання криміналістикою теорії кримінального процесу говорити недоречно!

Що ж до нав'язування криміналістикою категорії матеріальної істини, “радянських понять доказу й доказування”, ”заперечення принципу змагальності”, то це також, як слушно вважає Л.Я. Драпкін, несправедливо і голослівно. У цієї проблеми зовсім інший родовід. Адже в основу теорії доказів, яку досить успішно критикує О.С. Александров, були покладені праці вже згадуваних А.Я. Вишинського (“Теорія судових доказів у радянському праві”), М.С. Строговича (“Природа радянського кримінального процесу й принцип змагальності”, “Матеріальна істина й судове провадження”).

Що ж стосується закликів шановного О.С. Александрова про повернення теорії судових доказів до “джерел”, розуміючи під ними риторику й логіку Аристотеля й навіть ще більш ранні вчення софістів, то наш автор, за словами того ж Л.Я. Драпкіна, обвинувачує сучасних криміналістів, а заодно й процесуалістів у редуціонізмі (поверненні до минулого, спрощенстві). Водночас, він сам закликає повернути теорію судових доказів не лише до силогізмів Аристотеля, але навіть у ще більш прадавній час — до навчання софістів, які розробляли способи й прийми цілеспрямованого спотворення фактів, використання неправдивих аргументів і міркувань, що ґрунтується на словесних хитрощах, хитромудрому доборі логічних вивертів.

За всієї поваги перед логічною спадщиною Аристотеля (яку він назвав “Аналітикою” – тобто мистецтвом аналізу), його силогізми діють лише в простих ситуаціях. Дедуктивна логіка Аристотеля оперує лише із уже отриманими посилання, висновок з яких не створює нового знання, не встановлює, а отже, і не доказує невідомі обставини кримінальної справи. Зрозуміло, в аналізі й перевірці вже отриманих доказів суттєвими є саме дедуктивні умовиводи.

Невже слідчим і сторонам у ході судового провадження виправдано робити ставку на неправду, обман, провокації, вигадування й логічні спотворення? – запитує Л.Я. Драпкін. Видається, що О.С. Александров, побачивши у вченні ранніх софістів (Протагор, Горгій та інші) раціональний принцип релятивізму, не врахував, що згодом доведена до абсурду ця позиція стверджувала, що кожна людина має свою особливу істину. Перенесена в теорію пізнання концепція софістів призвела до панування думки про те, що всі висловлювання можуть містити неправду й обман, а тому основні методи будь-якої дискусії, у тому числі й у суді, мають базуватися на жонглюванні словами, хитрощах, обмані й логічних спотвореннях, уміло замаскованих фальшивими міркуваннями.

Традиційна логіка Аристотеля й основні положення риторики (науки про ораторське мистецтво, теорію переконання й красномовство), безсумнівно, мають бути широко використані криміналістикою. Але в складних криміналістичних ситуаціях проблемного конфліктного й венчурного (ризикованого) характеру основну пізнавальну базу криміналістики мають становити евристичні прийоми пошуку інформації та її перетворення в докази. В основу головних способів

розкриття й розслідування злочинів, подолання проблемних ситуацій покладено евристичний (пошуковий) метод конструювання й перевірки версій, а в конфліктних і ризикованих ситуаціях — евристичний метод рефлексивних міркувань і пов'язані з ним тактико-психологічні прийоми, тактичні операції й комбінації.

Евристичні методи розробляв ще великий Сократ, сформулювавши свою відому методику пошуку — "майєвтику" (досл. пологове мистецтво - метод Сократа одержувати приховуване людиною знання з допомогою дотепних навідних запитань).

Згодом евристичну "естафету" запропонували М. Галілей, Ф. Бекон, Р. Декарт, Л. Ейлер та інші науковці. У новітній період теорію евристики розбудовували А. Пуанкаре, Ж. Адамар, Г. Сеге й особливо Д. Пойа.

Примітно, що свої теоретичні розробки вчені базували на практичному матеріалі з різних сфер діяльності. А Д. Пойа, головно, спирався на матеріали слідчої й судової практики, успішно демонструючи процеси пошуку інформації й послідовної або одномоментної трансформації імовірнісних даних у достовірне знання.

Достовірне знання досягається шляхом використання правдоподібних міркувань — такий головний висновок Д. Пойа. І цей висновок після відповідної адаптації цілком застосуємо в криміналістиці та слідчій практиці. Це переконливо підтвердили роботи наших видатних науковців - криміналістів і насамперед О.О. Ейсмана "Висновок експерта. Структура й наукове обґрунтування", "Логіка доказування") та І.М. Лузгіна ("Логіка слідства").

Проте, деякі зауваження О.С. Александрова є корисними і своєчасними. Теоретичні напрацювання криміналістики завжди повинні бути основою для оптимальних рекомендацій співробітникам правоохоронних органів і суддям. І ми, криміналісти повинні бути вдячні за критику нашому шановному опонентові.

Відзначаючи окремі надмірності в статті О.С. Александрова, не можна не побачити в ній раціональне зерно — не все гаразд у криміналістиці: нескінченні спори про проблеми криміналістики, слідчі (криміналістичні) ситуації, предмет самої криміналістики, її закономірності відвертають нашу науку від виконання її основної функції — обслуговування досудового й судового провадження. Зрозуміло, перелічені проблеми дуже важливі для нашої науки, але обговорювати їх нескінченно, уперто повторюючи ті самі докори й не звертаючи уваги на уроки й висновки світової науки, неможливо.

Проблеми наукового пошуку і розвитку в криміналістиці є, але схожі проблеми характерні для багатьох юридичним, як і більшості гуманітарних наук. Пов'язано це, швидше за все, з настанням певного перехідного, переломного періоду або етапу розвитку криміналістики. Як відомо, виокремлюють три етапи формування й розвитку криміналістики: 1-й етап – становлення криміналістики і накопичення емпіричного матеріалу (кінець XIX ст. 1930-і роки; 2-й етап - формування окремих криміналістичних теорій (кінець 1930-х років – кінець 1960-х років; 3-й етап – формування загальної теорії криміналістики і подальшого розвитку окремих її теорій (з кінця 1960-х до сьогодні).

Вочевидь, як слушно зазначає Д.В. Ісютин – Федотков, настає момент становлення четвертого етапу розвитку криміналістики. Він пов'язаний з активною технізацією суспільства загалом й гуманітарного знання зокрема" [4].

---

1. Александров А.С. Семь смертных грехов современной криминалистики [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://iuaj.net/node/342#comment-11. Опубліковано Anrc у Чт., 20/05/2010 - 09:28
2. Каминский М. К., Каминский А. М. О “грехах” криминалистики и о непорочной деве в лице науки уголовного процесса [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.iuaj.1gb.ru/node/371. Опубліковано zash у Вівтор., 29/06/2010 - 16:49
3. Филиппов А.Г. О статье проф. А. С. Александрова “Семь смертных грехов современной криминалистики” // Вестник криминалистики" № 3 (35). С. 63-66. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www. iuaj.net/ node/588. Опубліковано adm у Нд., 14/11/2010 - 13:54
4. Исютин-Федотков Д.В. Смертельны ли грехи современной криминалистики? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // http://www.iuaj.net/node/511/Опубліковано adm у Чт., 23/09/2010 - 08:41
5. Драпкин Л.Я. Совсем несмертные грехи профессора А.С. Александрова [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.iuaj. net/node/ 360. Опубліковано adm у Сер., 09/06/2010 - 16:50

ОТДЕЛЬНЫЕ РАЗМЫШЛЕНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ИЗЛОЖЕНИЯ А.С. АЛЕКСАНДРОВЫМ “ПРОТИВОРЕЧИЙ И ПРОБЛЕМ СОВРЕМЕННОЙ КРИМИНАЛИСТИКИ”

И. Когутич

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье рассмотрены вопросы о состоянии и отдельных тенденциях современной науки криминалистики в контексте дискуссии, продолжающейся среди юристов учёных и практиков в сети Интернет.

Ключевые слова: криминалистика, грешная криминалистика.

SOME CONSIDERATIONS ON EXPOSITION OF “DIVERGENCES AND PROBLEMS OF CURRENT CRIMINALISTICS” BY O. ALEXANDROV

I. Kogutych

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article highlights the issues of the state and some trends of current criminalistics development in the context of discussion between law scholars and legal practitioners in the Internet.

Key words: criminalistics, criminalistics’ drawbacks.

Стаття надійшла до редколегії: 09.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗУМНИХ СТРОКІВ СУДОЧИНСТВА У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

М. Костін

Національна академія Служби безпеки України
вул. Трутенка, 22, 03022 м. Київ

У статті отримали розкриття суттєві ознаки нормативно-правового механізму забезпечення розумних строків кримінального судочинства. Обгрунтований висновок про те, що зазначена вимога має розглядатись як окремий принцип кримінального процесу. Розглянуті проблемні аспекти реалізації вказаного принципу на практиці, у чинному кримінально-процесуальному законодавстві, а також у проектах нового Кримінально-процесуального кодексу України. На підставі викладеного автором сформульовані рекомендації з формування належних нормативно-правових умов реалізації зазначеного принципу.

Ключеві слова: розумні строки кримінального судочинства, принцип, справедливий судовий розгляд, обвинувачений, суд, прокурор, слідчий.

В умовах розбудови України як правової і демократичної держави, приведення національного кримінально-процесуального законодавства у відповідність до європейських стандартів в області прав людини, особливої уваги заслуговує розроблення науково-обгрунтованих пропозицій для формування належних нормативно-правових умов реалізації розумних строків кримінального судочинства. Уперше про нагальну необхідність Україні вирішити це питання було заявлено Європейським Судом з прав людини (Суд; ЄСПЛ) ще 30 березня 2004 року, в ухваленому рішенні (справа "Меріт проти України"), де уперше був зафіксований факт порушення Україною права заявника на розумний строк кримінального судочинства. Нажаль, до цього часу мало що змінилось. Механізм реалізації права особи на справедливий розгляд у частині, що розглядається, досі не сформований. Це часто призводить до зухвалих порушень прав людини. Наприклад, у 2010 році виявлений факт, коли суддя Єнакіївського міського суду К. чотири з половиною роки не розглядав кримінальну справу за обвинуваченням громадянина, який увесь цей час утримувався в слідчому ізоляторі, при тому, що досудове слідство у цій справі було завершено за три дні [1].

Наслідком невирішеності проблеми стало й те, що вердикт Суду про порушення Україною права заявника на розумний строк кримінального судочинства винесений вже у тисячах справах, а кількість скарг українців, що надходять за вказаної підстави до ЄСПЛ невпинно продовжує зростати. За оприлюдненими даними на сьогодні Україна займає вже третє місце серед європейських держав за кількістю звернень (біля шістнадцяти тисяч на рік) до Європейського Суду щодо дотримання прав і свобод людини [2].

Важливості вирішенню вказаного питання додає також підготовка нового Кримінально-процесуального кодексу України (КПК) і рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-учасникам забезпечити контроль відповідності проектів законів стандартам, закріпленим Європейською Конвенцією про захист прав людини і основних свобод, 1950 року, (далі – Конвенція), а також удосконалювати закони і правозастосовчу практику з метою запобігання порушенням Конвенції [3].

© Костін М., 2011

Переходячи до сутнісних характеристик вимоги до здійснення кримінального судочинства в розумні строки, перш за все, слід зазначити, що вона (вимога) складає невід'ємну частину права людини на справедливий судовий розгляд, передбачений основоположним нормативно-правовим актом Ради Європи в області прав людини - Європейською Конвенцією про захист прав людини і основних свобод, яка підлягає виконанню Україною з моменту її ратифікації 17 липня 1997 року [4]. Так, частина 1 статті 6 (Право на справедливий судовий розгляд) Конвенції, що згідно частини 1 статті 9 Конституції України є складовою частиною національного законодавства України, встановлює: "Кожен… при пред'явленні йому будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і публічний розгляд справи в розумний термін незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону". Виходячи з прецедентної практики рішень Європейського Суду слід врахувати, що сфера реалізації вказаного права людини, а, відповідно, й предмет механізму нормативно-правового регулювання забезпечення розумних термінів кримінального судочинства, не обмежуються судовими стадіями кримінального процесу. Вони поширюють свою дію також на стадії порушення кримінальної справи (дослідчого провадження, офіційного початку кримінального переслідування) і досудового розслідування. Враховуючи це, варто вказане положення розглядати як окремий принцип кримінального судочинства.

Не буде перебільшенням сказати, що вимога про дотримання владою розумних термінів кримінального судочинства вистраждана людством в ході відстоювання гідності і прав особи, залученої в процесуальні відносини з державними органами. У своєму історичному розвитку вказана вимога-принцип сповна довела суспіл

ьну і особисту цінність, і тому в наші дні однозначно оцінюється визнаними правовими і демократичними державами як істотна гарантія ефективної охорони і забезпечення безпеки особистої свободи людини. Відомості про зародження вказаного положення зустрічаємо в стародавніх джерелах права. Можна обґрунтовано припустити, що вже тоді це питання вважалося достатньо важливим, оскільки засулужило правового регулювання в невеликих за об'ємом нормативних актах тієї пори. При цьому призначення строків кримінального судочинства і правові форми їх забезпечення традиційно відображали існуючі в конкретно-історичну епоху політичні і національно-культурні особливості держав, функціональну організацію кримінального судочинства, і, особливо, рівень визнання публічною владою прав і свобод особи. Сформований на цій основі конкретно-історичний тип кримінального процесу напрацьовував і відповідні йому процесуальні традиції в підходах до нормативно-правового регулювання процесуальних строків. Через це вказані традиції, в більшості своїй, втрачають свою практичну цінність з переходом до якісно нового типу кримінального судочинства. Звідси для вітчизняного законодавця слідує очевидний висновок про недоцільність керуватися віджилими процесуальними традиціями у виробленні практичних рекомендацій по вирішенню розглядуваного питання. В той же час, історико-правовий погляд на передумови і форми розвитку вказаних традицій може виявитися корисним, дозволить глибше пізнати природу вказаного права особи, й точніше оцінити перспективи його ефективного забезпечення.

Так, в обвинувальному типі російського кримінального процесу, дія якого поширювалась і на сучасні території України, у підходах до нормативного визначення процесуальних термінів здебільшого керувались їх

правозабезпечувальною роллю. Це було обумовлено прагненням захистити законні інтереси позивача (потерпілого, приватного обвинувача), оскільки завершення судочинства повязували із поновленням його права. І вже до цього приєднувався "публічний" інтерес, пов'язаний із так би мовити "інструментальними" якостями процесуальних строків, спрямованими на швидке і повне виявлення слідів злочину, надійне формування доказів, виявлення злочинця тощо. Так, у найпростішому і позитивістському варіанті нормативно-правового забезпечення процесуальних строків, повільності судового розгляду протиставлялося обмеження судових процедур типовими для всіх, або встановленими для окремих категорій справ часовими межами. Наприклад, Новгородською Судною грамотою (середина XV в.; переписана на ім'я завойовника Новгорода Івана III в 1471 р.) передбачений місячний термін розгляду справи *(орудья)* суддями: *"... а далі того їм орудья не волочити"* - наказує грамота (ст. 9). Очевидно виходячи з судової практики розгляду земельних тяжб і усвідомлення суспільної важливості земельних відносин в аграрній країні, *тривалість судового розгляду* останньої категорії справ обмежувалася, як виняток, двомісячним терміном (ст. 28, 29). Одночасно з цим були передбачені захисні правові заходи у разі порушення вказаного терміну з вини судді або сторін. Наприклад, якщо "суддя поїде геть з міста не кінчивши суду" (ст. 28) позивачу відшкодовувалися збитки, а на суддю накладався штраф. В тому випадку, якщо "суддя не закінчує справи про землю в два місяці", позивач наділявся правом узяти проти нього двох представників (приставів) на Віче Великого Новгорода, і суддя повинен був закінчити суд "перед цими приставами". Якщо ж зволікання судового розгляду відбулося не з вини судді, а з вини доповідачів, суддя з позивачем мав звернутися до Віче Великого Новгорода і "*узяти приставів на доповідачів"*. Передбачалася також можливість продовження термінів судочинства з урахуванням конкретних обставин розслідування. Зокрема, для збору додаткових доказів (отримання документів або доставлення в суд свідків) - сторона мала право лише один раз продовжити термін розгляду справи до трьох тижнів. Для цього за договором з іншою стороною, і за погодженням суду, сторона-ініціатор мала одержати "строкову грамоту" (на строк відкладення суду) з печаткою судді (ст. 24, 30, 31, 32) [5]. Слід особливо підкреслити, що в механізмі контролю і дотримання процесуальних строків активна роль, направлена в основному на забезпечення природних інтересів обвинувача (потерпілого), відводилася судовим органам.

У більш пізнім за часом Зводі законів, що поширювали свою юрисдикцію на територію сучасної України, і отримали назву "Права за якими судиться малоросійський народ" (1734), серед найголовніших обов'язків судді також визнавалось судити *"безволокітно"* (пунктъ 2, Артикулъ 4). А для неодмінного завершення судового процесу передбачалась можливість використання певних забезпечувальних заходів, зокрема, судового розшуку, приводу, короткочасного затримання, штрафу. У разі самовільної відмови сторони від участі у судовому розгляді справи, передбачалась можливість задоволення, або, відповідно, відмови у задоволенні позову [6].

Кримінально-процесуальним законодавствам, в основі яких значна роль відведена гуманістичним ідеалам, були характерні більш складні способи нормативно-правової регламентації забезпечення розумних строків. Вони відходять від абстрактно встановлених процесуальних термінів, зміщуючи акцент на обставини конкретного правового спору і законні інтереси обвинуваченого.

Звідси, на мій погляд, беруть початок сучасні тенденції перебудови принципової схеми усього механізму забезпечення строків кримінального судочинства: від захисної реакції на порушення абстрактних процесуальних термінів – до охорони живих, законних інтересів усіх зацікавлених суб'єктів кримінального процесу, і насамперед обвинуваченого. Тому набувають поширення форми судового контролю за дотриманням термінів судочинства і запобіганню можливих порушень вказаного права конкретних суб'єктів провадження. Відтак, вже сам суд, з урахуванням характеру протиправного діяння і обставин справи, вправі був встановити терміни досудового розслідування, надати оцінку їх виконанню, а у необхідних випадках вирішити питання про їх продовження. Наприклад, у широко відомому зразку англійського законодавства, акті Карла II (Habeas Corpus Act, 1679), заарештований отримував право вимагати отримання від будь-якого судді або канцлера наказу *"habeas corpus"*. З виданням наказу заарештований отримував право вимагати невідкладного представлення судді для перевірки останнім законності затримання і встановлення строку, протягом якого мало бути здійснено досудове провадження і відбутись відання цієї особи до суду.

У розшуковому процесі, який прийшов на зміну обвинувальному, з поступовим монополізуванням органами кримінального переслідування мотиваційних установлень потерпілого (приватного обвинувача) у визначенні термінів кримінального процесу, останні жорстко не регламентувались. І це було цілком логічним кроком. Оскільки мова вже йшла не про правозабезпечувальні якості процесуальних строків, а, насамперед, про їх "інструментальні" якості, про забезпечення результатів судочинства. Терміни лише мали бути достатніми для дослідження органами кримінального переслідування усіх відомих обставин справи, а також самого обвинуваченого, який виступав певним об'єктом дослідження. Інтереси інших суб'єктів процесу у питаннях визначення строків судочинства уступали шлях реалізації державному інтересу. Недарма в Статуті кримінального судочинства Росії (СКС, 1864) міститься лише "обережна" вимога щодо провадження досудового слідства "з усілякою можливою швидкістю"[7]. Але навіть й у цьому випадку зберігалась видимість участі суду у визначенні процесуальних строків. Оскільки досудове слідство того часу, перейнявши багато рис французького кримінального процесу, носило характер судової діяльності і здійснювалось представником судового відомства – судовим слідчим. Прокурор не впливав на визначення термінів, маючи повноваження лише оцінювати кінцеві результати слідчого провадження.

За часів радянської влади розшукові тенденції у нормативно-правовій регламентації строків кримінального судочинства стають усе більш помітними. У КПК УРСР (1927) "судовий слідчий" був замінений на "слідчого від державного відомства", від якого ч. 1 ст. 113 КПК вимагалось закінчити досудове розслідування у встановлений законом, абстрактно визначений двомісячний термін від появи у справі фігури обвинуваченого. Характерна обвинувальному процесу роль суду у контролі над дотриманням процесуальних термінів повністю зосереджується у руках охоронця державних інтересів – прокурора. Зокрема, ч. 3 ст. 113 вказаного КПК містить положення, за яким "продовження попереднього слідства на певний термін дозволяється прокурору в залежності від складності справи" (підкреслено автором, - М.К.) [8]. Тобто, часові параметри продовження слідства віддаються на угляд прокурора, і поступово легалізується закономірність примата державних інтересів: процесуальні терміни – результат розслідування. Безпосередні, живі законні інтереси конкретних суб'єктів процесу у наведеній

формулі не знаходять собі місця. При цьому абсолютно ігнорується їх критеріальне значення у досягненні мети кримінального судочинства.

Виправдання цьому, на мій погляд, криється у невірній думці про те, що у встановленні типізованих (абстрактних) процесуальних термінах враховані типізовані законні інтереси суб'єктів кримінального процесу, а тому ці терміни, начебто, виступають процесуальними гарантіями останнім. Насправді, за своєї природної байдужості до реальних потреб суб'єктів процесу, ігноруванні конкретних обставин справи, віддаленості від належного забезпечувального впливу, вказані типові процесуальні терміни навряд чи можуть претендувати на роль процесуальних гарантій. Формальне дотримання їх сьогодні (позитивістська законність), і встановлення при цьому численних порушень прав людини по суті у рішеннях Європейського суду – добре цьому підтвердження.

Наслідування традицій пріоритетності державних інтересів у питаннях регламентації термінів розслідування спостерігається нині і у чинному КПК України. Зокрема, серед завдань кримінального судочинства (ст. 2) визначено швидке розкриття злочинів, а ч. 1 ст. 120 КПК містить загальну вимогу про завершення досудового розслідування по кримінальних справах у абстрактно визначених два місяці від дня порушення провадження відносно підозрюваного (обвинуваченого) у справі, і ін. У ст. 120 КПК також встановлений порядок продовження строків розслідування прокурорами різних рівнів. Певне виключення з угляду прокурору по цьому питанню передбачене у разі необхідності водночас із продовженням строків досудового слідства продовжити й строк тримання обвинуваченого під вартою. У цьому випадку необхідне судове рішення (ст. 156 КПК). Але враховуючи те, що продовження строків досудового слідства безпосередньо не залежить від обрання будь-якого виду запобіжного заходу, а питома вага тримання під вартою серед інших видів запобіжних заходів становить, за різними оцінками, від 30 до 60 відсотків, – вплив прокурора на визначення строків досудового слідства залишається значним [9].

Зазначений механізм регламентації строків розслідування, на мій погляд, консервує усі недоліки розшукового процесу, що були наведені вище. Очевидним є те, що у ньому без врахування специфіки конкретного кримінального провадження волею законодавця встановлені типізовані терміни досудового розслідування, а від процесу реалізації права на справедливий судовий розгляд усунуті не лише заінтересовані суб'єкти, зокрема, потерпілий і обвинувачений (сторона захисту), але й сам суд. Викривленими залишаються і функції прокурора.

За слушною думкою вітчизняних науковців [10] і авторів найбільш відомих проектів КПК України (ст. 168, 208 проекту КПК, підготовленого робочою групою ВР України (КПК ВРУ), а також ч. 4 ст. 34 проекту КПК, підготовленого робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права при президентові України (КПК Нацкомісії)) основною функцією прокурора у сфері кримінального судочинства має стати процесуальне керівництво кримінальним переслідуванням та підтримка державного обвинувачення у суді. У чинному же КПК, прокурор, як представник сторони обвинувачення, відстоюючий державні інтереси, по суті узурпує частину суддівської (третейської) влади, коли на власний розсуд продовжує "собі" строки розслідування. Зазначений порядок продовження строків надає переваги одній із сторін процесу, що, враховуючи призначення і функції прокуратури, завжди породжуватиме обґрунтований сумнів у справедливості її дій. Цей висновок відображений у низці відповідних рішень

Європейського суду. Зокрема, з п. 62 рішення "Меріт проти України" випливає, що подача скарг на надмірну тяганину розслідування до прокурора вищого рівня не може розглядатися як "ефективні" та "доступні" засоби правового захисту, "… оскільки статус прокурора за національним законодавством та його участь в кримінальному провадженні проти заявника не надають достатньої гарантії для незалежного та безстороннього розгляду скарги заявника".

Також слід відзначити, що використаний у чинному КПК термін "швидке розслідування" не є тотожним сучасній вимозі здійснення кримінального судочинства у розумні строки. Хід розслідування, наприклад, не може ігнорувати належне виконання змагальних процедур, а тривалість розумних строків, в залежності від конкретних обставин справи, доволі часто може бути значною. Наприклад, утримання під вартою обвинуваченого терміном чотири з половиною роки у справі „Варнер протів Швейцарії" (1993) було визнано Європейським Судом обґрунтованим. Натомість, тримання під вартою обвинуваченого у справі „Летелье проти Франції (1991), терміном у два роки і дев'ять місяців, оцінено Судом як невиправдано тривале.

Подібна практика закономірна. Оскільки сам термін "розумні процесуальні строки" передбачає, що абстрактні проміжки часу слідства і судового розгляду справи як би одухотворяються людською якістю – "розумом", тим самим органічно приєднуючи конкретного суб'єкта процесу, його безпосередні, а не якісь типові законні інтереси, з урахуванням конкретних обставин справи, до змісту і оцінки вказаних строків. "Розумні процесуальні строки", таким чином, відображають максимальну ступінь конкретизації законних інтересів і обставин провадження. Тому "процесуальний строк", сам по собі, формально встановлений законом, ніколи не буде "розумним". *Він набуває цієї якості лише за умови забезпечення балансу законних публічних і особистих інтересів в умовах конкретного кримінально-процесуального провадження у демократичній і правовій державі* [11]. Звідси випливає, що спроби авторів проекту КПК ВРУ вирішити розглядуване питання шляхом максимально-докладного унормування процесуальних строків не призведе до виконання вимоги про забезпечення "розумних строків" у смислі, який вкладається у це поняття ч. 1 ст. 6 Конвенції.

Необхідно усвідомити, що для вітчизняного кримінально-процесуального законодавства 1961 року вимога щодо "розумності процесуальних строків" є не просто черговою термінологічною новацією. Цей термін з якісно іншої правової реальності; тому його сприйняття і реалізація вимагає від законодавця і правозастосовця вже сьогодні якісно іншого типу правового мислення, відмінного від все ще домінуючій у вітчизняній правовій науці, догматичної за стилем, легістсько-позитивістської традиції праворозуміння [12].

Достатньою мірою, як уявляється, концептуальну сумісність і безпосереднє впровадження сучасна вимога забезпечення "розумних строків кримінального судочинства" отримала у проекті КПК Нацкомісії. У цьому проекті КПК строки розслідування в умовах змагальності сторін встановлює суд, який має можливість неодноразово оцінити "розумність" строків кримінального переслідування (ст. 243, 249 проекту) і виправити допущені порушення.

Проте, механізм забезпечення "розумних строків", не обмежується запобіганням (охороною), а також правовими засобами виправлення (частковим захистом) допущених порушень, тобто оскарженням тривалості провадження і можливістю його прискорення. Окрім зазначеного, Європейський Суд

наголошує на наданні реальної можливості безпосереднього і швидкого відшкодування заявнику за необґрунтовану затримку провадження, у разі задоволення його позову національним судом. Досвід інших європейських країн показує, що зазначений компенсаційний механізм встановлюється окремими законами (тобто перебуває за межами норм КПК). Зокрема, на виконання рішень Європейського суду з прав людини відповідні закони прийняті в Італії, Польщі, Хорватії, Словацькій Республіці і інших країнах. Від 30 квітня 2010 року закон "Про компенсацію за порушення права на судочинство в розумний строк або права на виконання судового акту в розумний строк", почав діяти і в Російській Федерації [13].

Вітчизняними фахівцями також підготовлений проект Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права особи на досудове провадження, розгляд справи судовим органом або виконавче провадження протягом розумного строку" *(розроблений Міністерством юстиції України, реєстраційний № 3665)*. Зазначений законопроект врегульовує, зокрема, порядок подання заявником до судів адміністративної юрисдикції позовної заяви про встановлення факту порушення його права на досудове провадження, розгляд справи органом судової влади або виконавчого провадження [14].

У підсумку необхідно відзначити, що у новому КПК України має бути врахована вимога Європейської Конвенції про захист прав людини і основних свобод щодо дотримання розумних строків судочинства. Цю вимогу необхідно розглядати як самостійний принцип кримінального процесу, що підлягає реалізації правозастосовцями вже сьогодні. Концептуальною основою нормативно-правового механізму забезпечення розумних строків кримінального судочинства має стати формування системи ефективних правових засобів, що дозволяли би досягти балансу реалізації публічних і законних особистих інтересів конкретних суб'єктів кримінально-процесуального провадження у максимальному наближенні до індивідуальних обставин правового спору. Необхідним вбачається посилення у вказаному механізмі охоронної складової за активної ролі суду, а також вдосконалення складової захисту (поновлююче і компенсаційне провадження) з використанням критеріїв, напрацьованих практикою Європейського Суду. Необхідно також врахувати, що запровадження сучасного механізму забезпечення розумних строків кримінального судочинства вимагає системного підходу в організації усього кримінального судочинства.

---

1. ВСЮ внес представление на увольнение енакиевского судьи // - 06.12.2010. Главред-Медиа. Електронний ресурс: http://glavred.info/archive/2010/12/06/185111-16.html
2. Украина занимает третье место по количеству обращений в Европейский суд. 06.12.10. Електронний ресурс: http://glavred.info/archive/2010/12/06/143358-10.html
3. Преамбула рекомендации № R (2004) 5 КМСЕ "По вопросу контроля за соответствієм проєктов законов, действующих законов и практики их применения стандартам, закрепленним в европейській конвенции по правам человека" от 12 мая 2004. Електронний ресурс: http://zakon.rada.qov.ua/laws/114op3_
4. Закон України "Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції". - № 475/97 – ВР від 17.07.1997. Електронний ресурс: http://zakon.rada.qov.ua.
5. Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах. Т. I. Законодательство древней Руси. – М.: Юрид. лит., 1984. – С. 300 – 320.

6. Кистяковский А.О. Права, по которымъ судится малороссійскій народъ. – К., 1879. – 297 с.
7. Уставъ Уголовнаго Судопроизводства с коментар. Шрамченко и Ширковъ. – М.: Законъ, 1913. – Ст. 295.
8. Уголовно-процессуальный кодекс УССР. Утвержден постановлением ЦИК УССР от 20 июля 1927 г. (официальный текст с изменениями на 1 июля 1950 г.). – М.: Госюриздат, 1950. – Ч. 2 ст. 207.
9. Проблеми застосування кримінально-процесуального закону щодо досудового обмеження свободи особи (аналіз проблем, рекомендації щодо удосконалення законодавства та слідчої і судової практики) // Вісник Центру суддівських студій. Інформаційний бюлетень. - № 14. – 2010. – С. 13.
10. Сібільова Н. Обговорення проблем реформування судових і правоохоронних органів України / Рекомендації науково-практичної конференції "Реформування судових і правоохоронних органів України: проблеми та перспективи", 14 травня 2010 р. // Право України. - № 8. – 2010. - С. 213.
11. Костін М.І. Співвідношення особистих і публічних інтересів як важлива складова професійної підготовки юриста // Актуальні проблеми професійної підготовки суддів, прокурорів та працівників правоохоронних органів: зб. матеріалів міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 23 квітня 2009 року). – К.: Генеральна прокуратура України, Національна академія прокуратури України, 2009. – С. 68 – 70.
12. Селіванов В.М. Право і влада в сучасній Україні: методологічні аспекті. – К., 2002. – С. 511; Тацій В. Правова наука в Україні: стан та перспективи розвитку // Вісник Академії правових наук України. – 2003. - № 2-3. – С. 8-9, і ін.
13. Закон РФ "О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок", от 30.04.2010, № 68-ФЗ. Електронний ресурс: http://www.eg-online.ru/document/law/99194/
14. Законопроекти, що знаходяться на розгляді Верховної Ради України (станом на 1 липня 2010 року) // Вісник Центру суддівських студій. Інформаційний бюлетень. – С. 5. - № 14. – 2010.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ УМНЫХ СРОКОВ СУДОПРОИЗВОДСТВА В КРИМИНАЛЬНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ

М. Костин

Национальная академия Службы безопасности Украины
ул. Трутенко, 22, 03022 м. Киев

В статье раскрыты существенные признаки нормативно-правового механизма обеспечения разумных сроков уголовного судопроизводства. Обоснован вывод о том, что указанное требование должно рассматриваться как самостоятельный принцип уголовного процесса. Рассмотрены проблемные аспекты реализации данного принципа в практике, действующем уголовно-процессуальном законодательстве, а также в проектах нового Уголовно-процессуального кодекса Украины. С учетом изложеного, автором предложены рекомендации по формированию надлежащих нормативно-правовых условий реализации указанного принципа.

Ключевые слова: разумные сроки уголовного судопроизводства, принцип, справедливое судебное разбирательство, обвиняемый, суд, прокурор, следователь.

RATIONAL TERMS OF CRIMINAL PROCEEDINGS UNDER CRIMINAL PROCEDURAL LEGISLATION OF UKRAINE

M. Kostin

National Academy of Security Service of Ukraine,
Trutenka Str. 22, UA – 03022 Kyiv, Ukrainee

The article elucidates the essential features of normative-legal mechanism of rational terms of criminal proceedings providing. It is substantiated, that the mentioned requirement should be regarded as separate criminal procedure principle. Issues of this principle practical application in criminal procedural legislation, as well as in drafts of the Criminal Procedural Code of Ukraine are revealed. The author makes his own recommendations concerning formation of the due normative conditions of this principle embodiment.

Key words: rational terms of criminal proceedings, principle, fair court hearing, defendant, trial, prosecutor, investigator.

Стаття надійшла до редколегії: 29.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПОДАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ ДО СУДОВОЇ РЕФОРМИ 1864 РОКУ

С. Крушинський

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

Проводиться аналіз інституту подання доказів у кримінальних справах у різні історичні періоди: від часів Київської Русі до проведення судової реформи у 1864 році. Автор аналізує положення основних нормативних актів, які були чинними у ті часи, в частині, що регулювала подання доказів учасниками кримінального процесу.

Ключові слова: кримінальне судочинство; історичний тип кримінального процесу; подання доказів.

Сучасне кримінально-процесуальне законодавство України формувалося протягом багатьох століть, його основи зароджувалися ще за часів Київської Русі. А тому для вдосконалення чинного кримінально-процесуального закону та проекту нового КПК України варто врахувати здобутки та прорахунки минулого. Свого належного нормативного врегулювання чекає, зокрема, й процедура подання доказів.

Історія зародження та розвитку інституту подання доказів тісно пов’язана з іншими дискусійними питаннями кримінального судочинства: історичними формами кримінального процесу, співвідношенням публічних і приватних інтересів, засадою змагальності тощо.

Дослідження окремих теоретичних та практичних аспектів подання доказів здійснювали А. Д. Арсеньєв, О. В. Астапенко, Д. І. Бедняков, Н. А. Громов, В. І. Діденко, Е. А. Доля, М. І. Капінус, Л. Р. Карнєєва, Л. Д. Кокорєв, Т. Х. Кондратьєва, Н. П. Кузнєцов, А. Р. Ларін, П. А. Лупинська, В. А. Пономаренков, В. О. Попелюшко, В. І. Федоров, С. А. Шейфер та інші науковці. Разом з тим, у працях цих вчених взагалі не приділялася увага історичним аспектам подання доказів учасниками процесу та іншими особами. У зв'язку з цим питання, пов'язані з історією зародження та розвитку інституту подання доказів у вітчизняному кримінальному судочинстві, залишаються недослідженими, і як наслідок – актуальними.

Метою цієї статті є дослідження інституту подання доказів у ретроспективі, аналіз відповідних положень основних нормативних актів, виданих, починаючи з часів Київської Русі і до проведення судової реформи 1864 року, а також поглядів науковців на вказану проблематику.

Первісне судочинство, як зазначає Я. Падох, “спиралося на самопомочі, спочатку роду і сім'ї. З народженням і зміцненням держави в судочинство вривається посторонній чинник, який поступово обмежує самопоміч сторін і з часом віддає судівництво у треті руки – публічних судів. За сторонами лишається тільки щораз вужче коло свобідної диспозиції процесовими діями перед публічним судом” [6, с. 39–40].

У добу Київської Русі цивільний і кримінальний процеси не були відокремлені один від одного, оскільки в обох панував приватно-правовий принцип. Тобто у ті часи мав місце перший історичний тип кримінального процесу – обвинувальний (приватно-позовний, змагальний). Це найдавніший процес, що отримав свою назву внаслідок того, що головним у процесі було обвинувачення, без якого не могло

© Крушинський С., 2011

бути розпочато провадження у справі. Цей процес має змагальний характер, тобто є змаганням рівноправних сторін перед незалежним від них судом [4, с. 30].

Зважаючи на приватний характер судочинства, воно характеризувалося активною участю у ньому осіб, заінтересованих у вирішенні конфлікту: потерпіла особа (позивач, обвинувач) підтримувала в суді обвинувачення, зобов'язана була збирати докази і подавати їх до суду; протилежна сторона – відповідач (обвинувачений) – визнавала обвинувачення, а у разі його заперечення мала подати до суду докази, які спростовували пред'явлене до неї обвинувачення.

Звичайно, у даному випадку не йдеться про подання доказів у його сучасному розумінні (як подання виключно предметів чи документів [5, с. 98]). У Київській Русі використовувалися такі види судових доказів: особисте зізнання, свідчення "послухів і видоків", речові докази, "суди божі". Доказами могли бути також сліди побоїв (синці на обличчі і тілі потерпілого), знайдені у підозрюваного вкрадені речі, знайдення трупа на території громади та інше [2, с. 88].

Значна доля відомостей по справі одержувалася від свідків. За Руською Правдою свідки ділилися на кілька категорій – видоків, послухів і людей. "Видоками" вважали осіб, які були очевидцями вчинення злочинних дій, що стали приводом для порушення кримінальної справи. "Послухами" називали свідків доброї слави сторони, яка брала участь в судовому процесі. А під терміном "люди" розумілися свідки у справах, обставини яких могли бути відомими багатьом.

У деяких випадках Руська Правда для підтвердження того чи іншого факту вимагає виставляти заздалегідь визначену кількість свідків. Так, обвинувачений у вбивстві міг відвести від себе підозру шляхом виставлення семи послухів, а якщо обвинувачений був іноземцем – кількість послухів обмежувалася двома: "Аще будеть на кого поклепная вира, то же будеть послухов 7, то ти виведуть виру; паки ли варяг или кто ин то два" (ст. 18 Руської Правди просторової редакції) [11, с. 31]. При цьому послухами могли бути тільки вільні люди ("Ты тяже все судять послухи свободными" – ст. 85 Руської Правди просторової редакції), і лише в окремих випадках – боярські тіуни або закупи ("А послушества на холопа не складають; но оже не будеть свободнаго, но по нужи сложити на боярска тивуна, а на инех не складивати; а в мале тяже по нужи възложити на закупа" – ст. 66 Руської Правди просторової редакції) [11, с. 35–36].

Зважаючи на приватно-обвинувальний характер процесу по Руській Правді, доказування за допомогою показань свідків здійснювалося виключно самими сторонами. Діяльність суду у цьому відношенні обмежувалася лише вимогою від них у потрібних випадках цих доказів і спостереженням за їх поданням.

В окремих статтях Руської Правди згадується і про подання речових доказів ("знаменія"). Так, ст. 67 Руської Правди просторової редакції передбачає: "А кто порветь бороду, а въньметь знамение, а вылезуть людие, то 12 гривен продаже; аже без людии, а в поклепе, то нету продаже". Я.Н. Щапов вважає, що тут регламентується процесуальна сторона справи: повинні бути подані речовий доказ (знаменіє) і свідки злочину; без свідків обвинувачення розцінюється як неправдиве (поклеп), а штраф не присуджується [9, с. 107].

Таким чином, аналіз староруського законодавства свідчить, що подання доказів здійснювалося сторонами (позивачем і відповідачем) переважно шляхом забезпечення явки до суду свідків-очевидців, що засвідчували фактичні обставини у справі, або певної кількості свідків-очисників (послухів), які дозволяли очиститися від обвинувачення. Крім того, могли подаватися і речові докази, однак, поруч із цим, все одно обов'язково вимагалися ще й показання свідків.

У часи перебування українських земель під владою Литви та Польщі зберігався обвинувально-позовний процес, успадкований від давньоруського права. Основними джерелами, що регулювали тогочасні процесуальні відносини, були Судебник Казимира 1468 року і Литовські статути.

Судочинство починалося за заявою заінтересованої сторони – потерпілого або його родичів. Позивач повинен був самостійно зібрати усі докази, подати їх суду і підтримувати обвинувачення. На будь-якій стадії процесу він мав право відмовитися від позову або обвинувачення, укласти мирову угоду. Разом з тим, щодо найтяжчих злочинів (наприклад, державного характеру, проти церкви) слідство і суд були обов'язковими незалежно від заяви сторони. Тут практикувалися доноси, застосовувалися катування, додержувалася таємниця судочинства, тобто почали виявлятися риси розшукового процесу [2, с. 200].

Досить розгалуженою була система доказів, які застосовувалися в судах. Вони підрозділялися на досконалі та недосконалі ("повні" і "неповні"). Литовські статути містили перелік найважливіших доказів. Починаючи з доказів, що мають найбільшу доказову силу, Я. Падох виділяє: а) зізнання; б) грамоти; в) оглядини і речові докази; г) свідків; ґ) присягу; д) жереб; є) допити на муках [6, с. 58].

Дуже важливе доказове значення мало подання сторонами грамот (письмових доказів). Грамоти поділялися на публічні (урядові) і приватні. Найпопулярнішими урядовими доказами були виписи з урядових книг, куди зазвичай заносили заяви возних і вижів, викликаних для оглядин і підтвердження порушення права та його наслідків. Сюди належали також виписи зі судових книг, що видавалися сторонам за їх бажанням. До доказів з приватних грамот належали різні боргові, заставні листи, реєстри, здебільшого підтверджені урядом, різні заяви і договори, зкріплені підписами і печатками [6, с. 58].

Не менш важливе значення відігравало подання речових доказів та пред'явлення для огляду (оглядин) слідів злочину. При доказуванні крадіжки велике значення мало "лице", з яким зхоплено злодія або яке знайдене у його домі. Зхоплення злодія з "лицем" (поличним) і доставлення його до суду дозволяло скоротити, прискорити процес та зрештою тягнуло страту винного. Так, наприклад, ст. 15 Судебника Казимира передбачає: "А который хотя первое украл, а копьская татба, коня украл, а с лицом приведуть, того узвесити" [12, 58].

Пред'явлення для огляду трупа, поранень, слідів побоїв тощо возному, вижу та околічним сусідам становило зазвичай найчастіші та головні докази вини. Інколи (наприклад, при зґвалтуванні жінки) подання таких доказів вимагалося обов'язково і їх не могли замінити інші докази [6, с. 59].

Як і за часів Київської Русі, велика роль відводилася поданню доказів за допомогою свідків, які поділялися на урядових і приватних. Урядовими свідками були передусім возні, які залучалися до підтвердження і перевірки доказів та їх забезпечення для подальшого використання судом, а також інші урядові особи. Приватні свідки поділялися на дві головні групи: безпосередніх свідків, що бачили або чули спірні факти чи події, та свідків-знавців, які підтверджували більше моральні якості сторін.

Як стверджує Я. Падох, існували доказові норми, які встановлювали рід і кількість потрібних доказів. Для різного роду справ існували різні доказові вимоги. Зокрема, це відносилося до різноманітних комбінацій доказів (наприклад, при вбивстві вимагалися показання свідків, які оглянули сліди вбивства, виписи із судових актів про факт вбивства, заява возного і присяга пошкодованого з двома свідками) та до числа доказів, передусім свідків, яке було різним [6, с. 58].

Слід наголосити на тогочасній становій нерівності суспільства, що значним чином вплинула і на норми доказового права. Насамперед, це виявлялося у тому, що в однорідних справах (про однакові злочини) до представників різних прошарків населення ставилася вимога подання до суду різних видів і різної кількості доказів (комбінації доказів). Так, важливість доказу, який подає шляхтич, незалежно від того, чи виступав він стороною, чи свідком, була набагато вищою від показань нешляхтича. Наприклад, щоб покарати шляхтича смертю за вбивство посполитого, потрібно було подати 6 свідків: 2 шляхтичів і 4 посполитих. Зате для оборони шляхтича-вбивці вистачало його власної присяги з двома свідками [6, с. 48].

Кількість доказів, яка мала бути подана суду, залежала також від того, чи злочин був вчинений вперше. Так, ст. ст. 7-9 першого Литовського статуту передбачають кількість доказів, які необхідно подати у випадку обвинувачення шляхтича у крадіжці, за умови, що при ньому не було виявлено викраденого: якщо вчинив злочин вперше – достатньо особистої присяги, якщо вдруге – особистої присяги і двох свідків-шляхтичів, якщо втретє – особистої присяги і шести свідків-шляхтичів. "Тем уставляем, иж колибы который шляхтич о злодейство без лица обвинен первый раз был перед правом; тогды таковы, естли лица при нем не застанут, мает присягою своею телесною невинность свою очищати. Еслибы тотже шляхтич другий раз о злодейство также без лица был обвинен; тогды вжо сам третей собе ровными шляхтичы доброе славы присягою своею телесною мает ся очищати. Колибы третий раз тотже шляхчич без лица о злодейство обвинен был; тогды сам сем, то есть з шестью шляхтичов, себе во чсти захованых, присягою своею и их телесною мают с того ся выправити" [7, с. 81-82].

Після вирішення формальних питань, пов'язаних з викликом сторін, суд надавав можливість позивачу зачитати письмовий або оголосити усний позов, після чого слово надавалося відповідачеві, який міг викласти свої заперечення. Висловившись, сторони подавали докази, якими бажали доказувати свої твердження. Вислухавши скарги та заперечення сторін, суд перевіряв подані докази (грамоти і урядові свідоцтва, речові та інші докази) і вирішував, "котра сторона є ближче до доказу", тобто яка сторона має присягати зі своїми свідками [6, с. 57]. Насправді таке рішення суду мало вирішальне значення для розв'язання справи. Якщо сторона, яка була "ближче до доказу" (докази якої були більш переконливими) давала присягу і приводила до присяги необхідну кількість свідків, справа вирішувалася на її користь, якщо ж відмовлялася – програвала спір.

Доба Гетьманщини успадкувала основні риси процесуального права попереднього історичного періоду, однак воно все ж зазнало деяких змін, передусім внаслідок зміни судового устрою та змінених політичних і соціальних умов краю у XVII столітті, зокрема й під впливом російського процесуального права.

М.О. Шевченко взагалі зазначає, що в тогочасній Українській державі цивільні справи розглядалися в межах обвинувально-змагального процесу, а кримінальні – в межах слідчого [3, с. 65]. Однак з такою позицією, на нашу думку, не можна до кінця погодитися, оскільки, як слушно наголошує Я. Падох, у великій частині кримінальних справ процес починався з внесення скарги позивачем (обвинувачем), який надалі подавав докази і підтримував обвинувачення. І лише у деяких справах суд розпочинав процес без скарги потерпілого. Були це, передусім, справи про насильні напади, зґвалтування жінок, напади на церкви і монастирі, проти злочинців, зловлених на гарячому вчинку та інші [6, с. 75]. Тому видається, що не

зовсім правильно вважати кримінальний процес Гетьманщини чисто інквізиційним, він містив і елементи змагального типу процесу.

Система доказів мало відрізнялася від тієї, що мала місце у литовсько-польську добу. До них відносилися: а) зізнання, б) грамоти, в) свідки, г) присяга, г) оглядини і речові докази, д) допити на муках. Важливе місце посідало подання письмових доказів (грамот), які поділялися на публічні і приватні. Публічні грамоти, до яких відносилися усякі урядові документи, та документи, складені перед урядом і поміщені в урядові книги, деякі договори, вважалися повним доказом і проти них суд не допускав доказів від свідків чи присяги. Меншу вартість мали приватні документи, які можна було заперечувати іншими доказами [6, с. 77].

В 1715 році в Російській імперії було видане "Краткое изображение процессов либо судебных тяжб", яке вплинуло і на практику кримінального судочинства на українських землях. Друга частина цього документу присвячена питанням процесуального доказування. Так ст. 1 глави першої цієї частини передбачає: "Вторая часть судебного процесу начинается от доказом, чрез которые челобитчик и ответчик доношения своя так уверяют, что правда из оных познавается" [10, с. 414].

З цього приводу О. І. Чистяков вказує, що доказування висунутих позивачем підстав для претензій і спростування їх відповідачем шляхом подання доказів складають особливий етап процесу. Тягар доказування лягає у першу чергу на позивача. Він повинен доказати підставність своєї скарги під страхом програшу справи і навіть покарання, якщо обвинувачення було особливо тяжким. Відповідач також повинен активно доказувати безпідставність скарги на нього, тобто презумпція невинуватості тут не застосовується [10, с. 435].

"Краткое изображение процессов" вперше на нормативному рівні закріпило чіткий перелік доказів: "Впротчем на четыре образа бывают доказы: 1) чрез своеволное признание; 2) чрез свидетелей; 3) чрез писмянные доводы; 4) чрез присягу" [10, с. 415].

З точки зору сучасного трактування інституту подання доказів, на увагу заслуговує аналіз письмових доказів, які могли подаватися сторонами. Глава четверта другої частини "Краткого изображения процессов" (ст. 1) дає своєрідне визначення письмових документів: "Третий образ доказания бывает чрез грамотки и писмянное свидетельство в сих писмах находится, что друг другу обязан, и по силе оных един из них имеет право от другаго что нибудь претендовать" [10, с. 419]. Якщо виходити з буквального змісту цієї статті, то під письмовими доказами потрібно розуміти лише документи, в яких записані зобов'язання однієї сторони стосовно іншої, а не будь-який текст, що містить підтвердження чи спростування того чи іншого факту, важливого для справи. Однак ст. 2 власне показує, що законодавець розумів письмові докази більш широко. Дається приблизний перелік письмових доказів, причому вони діляться на дві основні категорії: документи, які так чи інакше зареєстровані в державних органах, і всякого роду приватна переписка чи записки [10, с. 442].

При цьому, якщо подані документи вирішували питання про предмет спору, достатньо було, щоб сторона, проти якої направлений зміст цього документа, визнала достовірність письмового доказу. Якщо ж подані письмові докази посилалися на інші, то відповідній стороні необхідно було подати і ці документи.

1728 року російський імператор Петро II на прохання Війська Запорізького видав "Решительные пункты" гетьману Данилу Апостолу, якими дозволив

здійснювати в Україні (Малоросії) судочинство (суд і розправу) за стародавніми правами і вольностями, “по прежнему их обыкновению” [8, с. 626]. “Решительные пункты” затверджували загальну схему судів на Гетьманщині, однак для поліпшення судочинства, більш детального з'ясування практичних питань щодо судів і розправи 1730 року була видана Інструкція гетьмана Данила Апостола судам. Джерелом для неї стали виключно практика та закони, що вживалися раніше в Гетьманщині – Литовський статут, Саксонське Зерцало та Порядок судів і справ міських права майдебурзького [1, с. 416].

Найважливіший пункт інструкції (4-й) викладає форму процесу в судах Гетьманщини. Містила Інструкція і деякі вказівки на подання доказів. Так, як відзначає М. П. Василенко, за доводи в справах були: документи, свідки, присяга. Справа в засіданні суду починалася читанням прохання або “доношення”. Відповідача або винуватця після цього допитували по суті справи, і писар записував його відповідь. Зачитавши її відповідачеві і виправивши згідно з його зауваженнями, писар давав йому підписати. Після свідчення відповідача позивач міг робити свої заперечення, подавати документи, посилатися на свідків тощо. Те ж саме міг робити і відповідач. Документи, що подавали сторони, мусіли бути оригінальні; в суді з них переписували копії, оригінали ж поверталися. Коли оригінал викликав сумнів, то суд вирішував питання про його автентичність. Коли вирішення було негативне, суд мусів робити відповідний напис на документі, подаючи свої мотиви [1, с. 417].

Таким чином, на відміну від староруського процесу, за якого докази подавалися сторонами переважно шляхом забезпечення явки до суду свідків, судочинство доби Гетьманщини передбачає можливість подання документів-доказів, тобто інститут подання доказів поступово набуває більш традиційного, сучасного розуміння.

Як бачимо, становлення інституту подання доказів безпосередньо обумовлене типом кримінального процесу, який мав місце в аналізовані історичні періоди. В добу Київської Русі обвинувальний (змагальний) процес характеризувався тим, що сторони кримінального конфлікту для відстоювання власних інтересів самі повинні були подати докази до суду (забезпечити явку свідків, надати речові докази, пред’явити для огляду тілесні ушкодження тощо). Такі правила успадкував і процес литовсько-польської доби і доби Гетьманщини, за тим винятком, що в окремих справах про найбільш тяжкі злочини процес був розшуковим (інквізиційним). Навіть після входження українських земель до складу Російської імперії, в якій панував на той час розшуковий тип процесу, суттєвих змін не відбулося, оскільки українські суди і надалі керувалися переважно усталеними звичаями і актами попереднього історичного періоду.

Завершуючи, відзначимо, що подальші дослідження історії становлення кримінального процесу на теренах України, його окремих інститутів, у тому числі й інституту подання доказів у кримінальних справах, є досить перспективними, оскільки у вітчизняній науці кримінального процесу ці питання є малодослідженими.

---

1. Василенко М. П. Вибрані твори у трьох томах. – Том 2. Юридичні праці / М. П. Василенко; Упорядники: І. Б. Усенко, Т. І. Бондарук, А. Ю. Іванова, Є. В. Ромінський; Відп. ред. Ю. С. Шемшученко, І. Б. Усенко. – К.: Юридична думка; Вид. дім “Академперіодика”, 2006. – 560 с.
2. Історія держави і права України: [підручник]. – У 2-х т. / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький та ін.; За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. – К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003. – Том 1. – 656 с.

3. Історія українського права / За ред. О. О. Шевченка – К.: Олан, 2001. – 214 с.
4. Калиновский К. Б. Основные виды уголовного судопроизводства: [учебное пособие] / К. Б. Калиновский. – СПб.: Издательство юридического института (Санкт-Петербург), 2002. – 63 с.
5. Крушинський С. А. Предмет подання доказів у кримінальному судочинстві України / С. А. Крушинський // Правове регулювання суспільних відносин: актуальні проблеми та вимоги сьогодення: Матеріали ІІ Міжнародної науково-практичної конференції (м. Запоріжжя, 31 березня 2011 року). – У 4-х частинах. – Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація "Істина", 2011. – Ч. 3. – С. 97-99.
6. Падох Я. Суди і судовий процес Старої України / Я. Падох. – Нью-Йорк – Париж – Сідней – Торонто – Львів: Наукове товариство ім. Шевченка, 1990. – 128 с.
7. Перший Литовський статут 1529 року // Хрестоматія з історії держави і права України. У 2 т. – Том 1. З найдавніших часів до початку ХХ ст.: [навч. посіб. для юрид. вищих навч. закл. і фак.] / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький; За ред. В. Д. Гончаренка. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 60-83.
8. Рігельман О. І. Літописна оповідь про Малу Росію та її народ і козаків узагалі / О. І. Рігельман; Вст. сл., упор. та примітки П. М. Саса, В. О. Щербака. – К.: Либідь, 1994. – 768 с. – ("Пам'ятки історичної думки України").
9. Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах. – Т. 1. Законодательство Древней Руси / Отв. ред. тома В. Л. Янин; Под общ. ред. О. И. Чистякова. – М.: Юридическая литература, 1984. – 432 с.
10. Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах. – Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма / Отв. ред. тома А. Г. Маньков; Под общ. ред. О. И. Чистякова. – М.: Юридическая литература, 1986. – 512 с.
11. Руська Правда (Просторова редакція) // Хрестоматія з історії держави і права України. У 2 т. – Том 1. З найдавніших часів до початку ХХ ст.: [навч. посіб. для юрид. вищих навч. закл. і фак.] / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький; За ред. В. Д. Гончаренка. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 29-39.
12. Судебник князя Казимира 1468 року // Хрестоматія з історії держави і права України. У 2 т. – Том 1. З найдавніших часів до початку ХХ ст.: [навч. посіб. для юрид. вищих навч. закл. і фак.] / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький; За ред. В. Д. Гончаренка. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 57-60.

ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ ИНСТИТУТА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ УКРАИНЫ ДО СУДЕБНОЙ РЕФОРМЫ 1864 ГОДА

С. Крушинский

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул, Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

Проводится анализ института представления доказательств в уголовных делах в разные исторические периоды: от времен Киевской Руси до проведения судебной реформы в 1864 году. Автор анализирует положения основных нормативных актов, действующих в те времена, в части, регулирующей представление доказательств участниками уголовного процесса.

Ключові слова: злочинне судочинство; історичний вид судочинства злочинця; представлення доказів.

ORIGIN OF EVIDENCE FILING IN CRIMINAL JUSTICE OF UKRAINE BEFORE THE 1864 JUDICIAL REFORM

S. Krushyns'kyi

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

In the article the institute of evidence filing in criminal cases in different historical periods: beginning from the Kyivan Rus' to the 1864 judicial reform is researched. The author provides an analysis of principal normative acts provisions valid in that historical period on evidence filing by criminal process participants.

Key words: criminal justice, historical type of criminal process, evidence filing.

Стаття надійшла до редколегії: 23.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПОНЯТТЯ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА ЇХ ОСНОВНІ ОЗНАКИ

О. Кучинська

проректор Академії адвокатури України
бульвар Тараса Шевченка, 27, 01032 Київ

В статті автор висвітлює одне з центральних питань кримінального судочинства – визначення поняття принципів кримінального процесу та їхніх основних критеріїв.

Ключові слова: закон кримінального процесу, принципів законного поля, принципи кримінального процесу.

Становлення України, як незалежної, суверенної держави, передбачає перш за все побудову її як правової держави. Однією з ознак правової держави є забезпечення прав і законних інтересів людини і громадянина. У ст. 3 Конституції України визнано, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю. Права і свободи громадянина та їх гарантії є основним змістом діяльності держави.

Конституційні права людини і громадянина є постійним предметом наукових досліджень.

Однією із форм захисту прав і свобод людини є кримінальне судочинство. Фактично особливості кримінального правосуддя, становище людини в ньому є чи не основними чинниками, на підставі яких відрізняють демократичну, правову державу від тоталітарної [6, 11]. Цілком справедливою є думка Т.Н. Добровольської, яка визначила, "якщо ми хочемо дізнатися, яким є кримінальний процес держави, ми повинні встановити, якими є принципи, що визначають зміст цього процесу" [2, 5].

Проблема визначення та реалізації принципів кримінального судочинства й сьогодні залишається однією із центральних. Найважливішою умовою законності та обґрунтованості рішень у кримінальних справах є дотримання процесуальних норм, забезпечення захисту особи, її прав ті свобод. Недопустимо протиставлення інтересів суспільства інтересам окремих осіб, обмеження прав людини не може бути виправдане державною необхідністю. До цього часу українське кримінально-процесуальне законодавство не повною мурою відповідає міжнародним та конституційним стандартам. Норми, які закріплюють зміст системи принципів кримінального процесу, містяться в різних правових актах. Це затрудняє виявлення суті та порядку взаємодії принципів в рамках єдиної системи, не дозволяє створити цілісну теоретичну модель реалізації процесуальних основ при провадженні кримінальної справи. Особливо актуальним вирішення зазначених питань є саме зараз, під час проведення правової реформи, яка повинна модернізувати кримінально-процесуальне законодавство, завершивши його прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України.

В теорії кримінального процесу накопичено значний матеріал, що стосується розробки проблем, пов'язаних з реалізацією окремих принципів кримінального процесу. Вивченню цих питань присвятили свої наукові дослідження такі українські вчені: С.А. Альперт, В.Г. Гончаренко, Ю.М. Грошевой, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, М.М. Михеєнко, О.Р. Михайленко, В.В. Навроцька, В.В. Назаров, В.Т. Нор, В.П. Шибіко, М.Є. Шумило та інші.

© Кучинська О., 2011

Разом з тим до цього часу залишається цілий ряд не вирішених важливих проблем, пов'язаних з необхідністю приведення кримінального судочинства у відповідність з вимогами як Конституції України, так і з міжнародними стандартами, що стосуються гарантій прав і свобод людини і громадянина; відсутній механізм реалізації принципів кримінального процесу; не розроблені нормативні положення щодо змісту конкретних принципів та їхніх систем; немає єдиної думки щодо визначення поняття "принципи" та їхніх ознак.

Перш за все слід зупинитися на визначенні терміну "принцип". Під принципом (від лат. prіncіpіo – основа, начало) за загальнонауковим змістом прийнято розуміти основні начала, на яких побудовано що-небудь (якась наукова система, теорія), точка зору, правило поведінки [14,827]. За С.І. Ожеговим "принцип – основне, вихідне положення будь-якої теорії, вчення, науки" [9, 515]. Формулювання даного положення стосовно сфери кримінального судочинства є однією з найбільш важливих теоретичних проблем, тому що принципи кримінального процесу по суті представляють собою "… основні положення, які визначають всю систему процесуальних форм, всю побудову процесуальних відносин"[11, 206].

Досліджуючи питання співвідношення термінів "принципи" та "засади", О.З.Хотинська наголошує, що в науковій літературі немає однозначного підходу до цих визначень [15, 16]. Говорячи про поняття зазначених термінів, автор статті цілком розділяє думку В.В.Навроцької про те, що терміни "принципи" та "засади" за лексичним значенням є дуже близькими (так, під "засадами" розуміють вихідне, головне положення, принцип, основу світогляду, правило поведінки), а етимологічно вони ідентичні [8, 11].

Конституція України в ст. 129 вживає термін "основні засади" судочинства, визначаючи, що основними засадами є: законність; рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; забезпечення доведеності вини; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; підтримання державного обвинувачення в суді прокурором; забезпечення обвинуваченому права на захист; гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом; обов'язковість рішень суду.

В.Т. Маляренко, даючи визначення засадам кримінального процесу, під ними розуміє фундаментальні ідеї і положення, які визначають спрямованість і побудову процесу, форму і зміст його стадій та інститутів [7, 4]. В той час, такі науковці як М.М. Михеєнко, В.П. Шибіко визначають принципами кримінального процесу закріплені в законі панівні в державі політичні і правові ідеї щодо завдань, способу формування й здійснення правосуддя в кримінальних справах, які визначають спрямованість і побудову кримінального процесу в цілому, форму і зміст його стадій та інститутів [4, 29].

І.Б. Шицький, даючи визначення конституційним принципам правосуддя, під ними розуміє закріплені в Конституції України й інших законах основні, вихідні, нормативні положення (правила, вимоги, ідеї) найбільш загального характеру, що виражають демократичну сутність правосуддя, і утворюють єдину систему, що визначає організацію і діяльність судової влади, спрямовану на виконання завдань, що стоять перед нею [16, 4].

Принципи права, як слушно зазначає А.М. Колодій, - це такі відправні ідеї існування права, які виражають найважливіші закономірності і підвалини даного

типу держави і права, є опорядкованими із сутністю права і становлять його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення певного суспільного ладу [3, 27]. То ж, більшість авторів під принципами кримінального процесу розуміють перш за все ідеї про організацію системи правосуддя, які віднайшли своє втілення в чинному законодавстві. В роботах інших авторів також містяться визначення кримінально-процесуальних принципів, які по суті не відрізняються від наведених вище. Однак, у зовні схожих понять вчені-процесуалісти по-різному визначають зміст.

Видається, що суть принципів кримінального процесу можна визначити, виявивши притаманні їм найбільш значущі ознаки, тобто, визначити притаманні їм критерії. Перш за все слід відзначити, що найбільш значущим критерієм принципів є їхній чітко виражений нормативний характер. С.А. Альперт підкреслював, що як норми права принципи виступають основними, вихідними положеннями, що визначають характер всіх інших процесуальних правил [1, 50]. В.М. Савицький визнавав можливість за допомогою принципів тлумачення всіх кримінально-процесуальних норм [10, 20–21].

Принципи є нормами права, тому вони наділені всіма ознаками, притаманними кримінально-процесуальним нормам. Як і будь яка норма, вони мають гіпотезу, диспозицію і санкцію. Гіпотезою норм-принципів є умови, за яких виникає необхідність реалізації певного принципу. Оскільки принципи є загальними для всіх стадій процесу, універсальною гіпотезою слід вважати умови виникнення кримінально-процесуальних правовідносин.

Диспозиція права визначає їхній зміст. То ж, в ст. 16 КПК України, яка закріплює принцип здійснення правосуддя на засадах рівності громадян перед законом і судом, диспозицією є вказівка на дії, спрямовані на певне дотримання рівності прав громадян. Особливістю диспозиції норми-принципу є прояв її змісту не в одній нормі права, а в цілому їх комплексі. Саме в цьому і є специфіка регулятивної і охоронювальної функцій принципів по відношенню до інших норм.

Санкції кримінально-процесуальних норм полягають у вказівках на можливість застосування державних заходів, спрямованих на поновлення порушених правовідносин.

Деякі складності у визначенні принципів кримінального процесу як керівних правових норм виникають у зв'язку з відсутністю єдиного бачення необхідності їхнього нормативного вираження. Наприклад, М.С. Строгович розглядає принципи як основні, загальні, керівні ідеї незалежно від їхнього законодавчого закріплення в тій чи іншій формі [12, 72]. Є вчені, які принципами визнають лише закріплені в законах положення [13, 51].

Розглянемо визначену проблему з точки зору динаміки розвитку державно-владних інститутів. Вочевидь стає ясним, що принципи породжуються політикою держави в галузі правосуддя. Спочатку вони формуються у вигляді ідей, поступово під час правотворчості закріплюються у вигляді норм чинного законодавства. То ж, принципи проходять певні етапи розвитку: виникнення ідей про правосуддя, підготовча робота та відображення ідей в нормах права.

Досить слушним, на наш погляд, є визначення поняття принципів кримінально-процесуального права, яке висловив Л.М. Лобойко. Цілком погоджуємося з тим, що принципи кримінально-процесуального права – це закріплені в правових нормах вихідні положення, що відбивають панівні в державі політичні та правові ідеї і визначають сутність організації і діяльності

компетентних державних органів щодо порушення, досудового слідства і судового розгляду кримінальних справ [5, 36].

Головною особливістю кримінально-процесуальних принципів є їхня нормативність. Лише за умови вираження у вигляді норм найвищої нормативної сили вони мають можливість впливати на правовідносини, що виникають під час провадження у кримінальній справі.

Нормативні джерела, в яких містяться кримінально-процесуальні принципи, можна поділити на наступні. Перш за все, це - міжнародні нормативно-правові акти, ратифіковані Україною на рівні законодавства. До системи таких актів, які є носіями змісту принципів кримінального процесу, є: Загальна декларація прав людини (1948 р.), Конвенція про захист прав людини і основних свобод (1950 р.), Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (1966 р.), Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах (1972 р.), Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх ("Пекінські правила") (1985 р.) тощо.

Наступним нормативним джерелом, в якому містяться принципи кримінального судочинства, є Конституція України від 28 червня 1996 року. В цьому джерелі зосереджена велика група норм, які гарантують права особи у сфері кримінального судочинства. Саме в Конституції викладено більшість принципів, які стосуються кримінального провадження, що є гарантіями та надійністю їхнього застосування. Так, в ч. 2 ст. 8 даного акту закріплене положення про верховенство Конституції України. Ряд статей Конституції забезпечують гарантії належної процедури досудового розслідування та судового розгляду, а також містять норми, які забезпечують права і свободи людини та громадянина у сфері кримінального провадження (ст.ст. 24, 27, 28, 29,30, 31,32,55, 59, 60, 61, 62, 63 тощо).

Кримінально-процесуальний кодекс України є найбільш об'ємним нормативно-правовим актом, який вміщає в собі як визначення, так і систему норм, що регламентують процедуру реалізації положень, які входять до їхнього змісту. У вигляді системи норм-приписів в КПК викладені такі принципи, як недоторканність особи (ст. 14), недоторканність житла, охорона особистого життя громадян, таємниця листування, телефонних розмов і телеграфних повідомлень, банківських вкладів та рахунків (ст. 14-1), здійснення правосуддя на засадах рівності громадян перед законом і судом (ст. 16, 261), незалежність суддів і підкорення їх тільки законові (ст. 18), гласність судового розгляду (ст. 20), забезпечення підозрюваному, обвинуваченому і підсудному права на захист (ст. 21), всебічне, певне і об'єктивне дослідження обставин справи (ст. 22). Разом з тим, загальним недоліком викладених положень є те, що як в їхній назві, так і в змісті переважно йдеться про положень судового розгляду, і в меншій мері – про досудове провадження. Крім того, звертає на себе увагу той факт, що законодавець в більшій мірі приділяє увагу гарантіям прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, забуваючи про особу потерпілого.

В законодавстві існують і інші закони, що стосуються регламентації кримінально-процесуальної діяльності. До таких законів, в яких містяться принципи кримінального судочинства, можна, наприклад, віднести Закон України "Про судоустрій і статус суддів" від 7 липня 2010 р. В Законі закріплено вимоги про самостійність судів, незалежність і недоторканність суддів (ст.ст. 6, 47,48), встановлено рівність перед законом і судом (ст. 9), відображено положення про гласність і відкритість судового процесу (ст. 11), регламентується використання мови судочинства і діловодства в судах (ст. 12), знайшли своє закріплення й такі,

наприклад норми, як обов'язковість судових рішень, право на оскарження судових рішень. Серед законів, в яких закріплені в тій чи іншій мірі принципи кримінального провадження, можна назвати Закон України: "Про прокуратуру", "Про міліцію", "Про службу безпеки України", "Про оперативно-розшукову діяльність" тощо.

Одним із спірних проблем кримінально-процесуальної науки є питання про кількісний склад та найменування принципів. Вважаємо, що їхня кількість і найменування можуть мінятися в залежності від державної ідеології. Цілком підтримуємо думку вчених, які вважають, що дискусія про кількість та назву того чи іншого принципу має актуальність лише в плані забезпечення зручності у використанні певного положення[10, 26]. То ж, слід визнати, що будь-яка прийнятна назва та кількість принципів можуть змінюватися за умови їхньої здатності забезпечити мету та завдання, що стоять перед кримінальним судочинством та містяться в ст. 2 Кримінально-процесуального кодексу України.

Вважаємо, що до критеріїв, якими визначаються принципи, доцільно включити наступні положення: – принципи представляють собою основи формування всієї системи кримінально-процесуального права; вони повинні бути закріплені в чинному законодавстві як правові приписи; вони найбільш повно відображають зміст кримінально-процесуального законодавства; розповсюджуються на всі без винятку стадії кримінального процесу; тісно взаємодіють з державною політикою у сфері кримінального судочинства, з урахуванням положень міжнародних актів з прав людини; мають регулятивний і охоронювальний вплив по відношенню до всіх кримінально-процесуальних норм.

У зв'язку з викладеним, приходимо до висновку, що принципи слід визначати як основи створення та направленості всієї системи відповідної галузі права, які найбільш повно відображають зміст кримінально-процесуального законодавства, пов'язані з державною політикою у сфері кримінального судочинства, є загальними для всіх стадій процесу та мають вплив на всі кримінально-процесуальні норми.

---

1. Альперт С.А. Принцип публичности (официальности) и его значение в деятельности советских органов предварительного расследования // Ученые записки Харьковск. юрид. инст-та. Вып.9. Харьков. -1957. – С.49-60.
2. Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса / Т.Н.Добровольская. – М.: Юрид. лит., 1971. – 199 с.
3. Колодій А.М. Принципи права України / А.М.Колодій. – К.: Юрінком Інтер. – 1998. – 208 с.
4. Кримінальний процес України: Підручник / М.М.Михеєнко, В.Т.Нор, В.П.Шибіко. – К.: Либідь. – 1992. – 431 с.
5. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право: Курс лекцій/ Л.М.Лобойко. – К.: Істина. – 2005. – 456 с.
6. Маляренко В.Т. До питання доктрини кримінальної юстиції в Україні / В.Т.Маляренко // Право України. – 2009. - №2. – С.11-23.
7. Маляренко В.Т. Кримінально-процесуальне законодавство України: питання становлення і розвитку // Право України. – 2003. - №9. – С.3-10.
8. Навроцька В.. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України / В.А.Навроцька. – Львів. – 2010.- 439 с.
9. Ожегов С.И. Словарь русского языка / С.И.Ожегов. – М.: Русский язык. – 1985. – 796 с.

10. Панько Н.К. Деятельность адвоката-защитника по обеспечению состязательности / Н.К.Панько. –Воронеж: ВГУ. – 2000. – 146 с.
11. 11.Савицкий В.М. О принципах уголовного процесса// Проблемы кодификации уголовно-процессуального права. М.: Юрид. Лит. - 1987. – С.19-30.
12. Строгович М.С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности / М.С.Строгович. – М.: Юриздат., 1939. – 148 с.
13. Строгович М.С. Советский уголовный процесс / М.С.Строгович. – М.: Госюриздат. – 1946. – 482 с.
14. Советский уголовный процесс. Учебник. / Под ред. Л.М. Карнеевой. М.: Юрид. лит. – 1980. – 568 с.
15. Толковый словарь под ред. Ушакова Д.Н. М.: Гос. изд-во иностранных и национальных словарей. Т.3. – 1939. – 1423 с.
16. Хотинська О.З. Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства: дис.. … канд.. юрид. наук: спец. 12.00.10 / О.З.Хотинська. – К., 2006. - 195 с.
17. Шицький І.Б. Правовий статус місцевих господарських судів в Україні: становище і розвиток: автореферат дис.. канд..юрид. наук: спец. 12.00.10 / І.Б.Шицький. – К., 2006. – 2о с.

ПОНЯТИЕ ПРИНЦИПОВ КРИМИНАЛЬНОГО ПРОЦЕССА И ИХ ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ

О. Кучинская

проректор Академии адвокатуры Украины
бульвар Тараса Шевченко, 27,01032 Киев

В статье автор освещает один из центральных вопросов криминального судопроизводства - определения понятия принципов криминального процесса и их основных критериев.

CONCEPT OF CRIMINAL PROCEDURE PRINCIPLES AND THEIR MAIN FEATURES

O. Kuchyns'ka

Vice-rector of the Academy of the Advocacy of Ukraine,
Taras Shevchenko blv, 27, UA –01032 Kyiv, Ukraine

The article highlights one of the central issues of criminal justice – criminal procedure principles definition and their main criteria.

Key words: law of criminal procedure, legal-field principles, criminal procedure principles.

Стаття надійшла до редколегії: 25.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ ЯК ПРИНЦИП КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА ЙОГО ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ

В. Нор

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті досліджується конституційний принцип кримінального судочинства – презумпція невинуватості особи. З'ясовується її зміст, коло суб'єктів, на яких вона розповсюджує свою дію, межі та способи інформування суспільства про осіб, щодо яких здійснюються процесуальні дії інкримінаційного характеру, аналізується практика Європейського Суду з прав людини щодо презумпції невинуватості як складової частини права особи на справедливий суд.

Ключові слова: презумпція невинуватості, обов'язок доказування вини, тлумачення сумнівів, непереборний сумнів, легітимність доказів і доказування вини, право на справедливий суд.

Презумпція невинуватості особи, яка обвинувачується у вчиненні злочину, є однією з найважливіших демократичних засад, що характеризують правову державу та її кримінальне судочинство. Тому й невипадково, що питання, пов'язані з названою засадою кримінального судочинства, постійно знаходяться в полі зору як науковців, так і правознавців-практиків. При цьому в багатьох з цих питань відсутня єдність в поглядах, а також існує певний різнобій і в практичній реалізації правових положень, що випливають із засади презумпції невинуватості. Для його усунення важливе значення має практика Європейського Суду з прав людини щодо застосування ним права людини на справедливий суд, складовою частиною якого є презумпція невинуватості. Її вивчення і застосування вітчизняними органами, які реалізують кримінально-процесуальне право, без сумніву матиме вплив на захист прав і свобод суб'єктів процесу.

Метою цієї статті є з'ясування на основі вітчизняного законодавства, практики його застосування судами, рішень Європейського Суду з прав людини, пов'язаних із застосуванням ч.2 ст. 6 Конвенції (Євроконвенції) про захист прав людини і основоположних свобод, яка закріплює названу засаду, суті презумпції невинуватості як об'єктивного правового положення у сфері кримінального судочинства, кола суб'єктів кримінального процесу, на яких вона розповсюджується, меж та способів інформування суспільства про скоєні злочини та осіб, які підозрюються чи обвинувачуються у їх вчиненні, представниками влади та журналістами в недійних засобах з дотриманням презумпції невинуватості, а також аналіз тих правових положень, що випливають з презумпції невинуватості, а саме: заборона покладання обов'язку доказування невинуватості на особу, яка обвинувачується; заборона обґрунтування обвинувачення доказами, одержаними з порушенням закону, або припущеннями, тлумачення неспростовних сумнівів на користь обвинуваченого. Нормативне положення про те, що особа, яка обвинувачується у вчиненні злочину, вважається невинуватою доки її вину не буде встановлено у визначеному законом порядку, знайшло своє відображення насамперед у найважливіших міжнародно-правових актах, які закріпили універсальні стандарти основних прав і свобод людини, зокрема: Загальній

© Нор В., 2011

декларації прав людини (п. 1 ст. 11); Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (п. 2 ст. 14); Європейській конвенції прав людини і основоположних свобод (п. 2 ст. 6). Власне, перелічені міжнародні нормативно-правові акти визначили той універсальний перелік прав і свобод, який у своїй єдності має забезпечити нормальну життєдіяльність людини в суспільстві і який знайшов своє закріплення переважно в основних законах держав, що визнали названі акти, в тому числі і в Конституції України. При цьому слід підкреслити, що право особи на презумпцію невинуватості у вітчизняній Конституції визначено більш повно і чіткіше, аніж у перелічених міжнародно-правових актах. Крім Конституції України презумпція невинуватості обвинуваченого у вчиненні злочину знайшла своє закріплення і в галузевому законодавстві, зокрема у Кримінальному кодексі України (ч. 2 ст. 2) та опосередненo у Кримінально-процесуальному кодексі України (ч. 2 ст. 15), хоч в останньому вона б мала бути закріплена в конституційному формулюванні, оскільки презумпція невинуватості істотно впливає на суть і характер вітчизняного кримінального судочинства.

Формула презумпції невинуватості, яка міститься у ч. 1 ст. 62 Конституції – особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду – це об'єктивне правове положення, констатація і вимога закону, насамперед Основного – Конституції України, звернена до всіх державних і громадських формувань, посадових і службових осіб, громадян, до загальної суспільної думки: обвинувачений вважається невинуватим доти, доки той, хто вважає його винним на суб'єктивному рівні (слідчий, прокурор, потерпілий чи інший суб'єкт процесу), не доведе у встановленому законом порядку (тобто у кримінально-процесуальній формі) його вину перед належними судом, допустимими і достовірними доказами. Лише коли суд погодиться з ними, на їх основі ухвалить обвинувальний вирок щодо обвинуваченого (в суді він підсудний), і цей вирок набере законної сили, лише з цього моменту обвинувачений вважається винним у вчиненні злочину, і лише з цього часу можна вважати і називати його злочинцем.

Таким чином, призначення презумпції невинуватості насамперед полягає в тому, щоб протистояти у кримінальному судочинстві обвинувальному ухилу, суб'єктивізму, тенденційності чи навіть свавіллю всьому, що перетворює кримінальне судочинство у знаряддя розправи над обвинуваченим, ототожнює обвинуваченого з винуватим, робить його фактично безправним.

Визнання обвинуваченого винним у вчиненні злочину лише за умови доведеності у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку його вини характеризує демократичну суть кримінального судочинства, надійно гарантує його від необґрунтованого, свавільного притягнення до кримінальної відповідальності. Увесь сенс презумпції невинуватості полягає не в тому, що слідчий чи прокурор, який погоджується з його висновками про наявність вини обвинуваченого, вважають його винним. Внутрішнє переконання про винуватість особи у вчиненні злочину може сформуватись у них вже на самому початку провадження у кримінальній справі, навіть на стадії її порушення. Воно може укріплюватися в ході досудового розслідування в результаті одержання все нових доказів її вини, і знайти своє закріплення у відповідних прийнятих ним процесуальних актах (постанові про притягнення особи як обвинуваченого, обвинувальному висновку). І у випадку надходження до суду справи з обвинувальним висновком обвинувачена особа визнається винною у вчиненні

злочину у свідомості (на суб'єктивному рівні) слідчого та прокурора, який затвердив обвинувальний висновок, і висновки цих суб'єктів процесу про вину обвинуваченого насправді можуть бути істинними. Але обвинувачений поки що визнається невинуватим перед законом і суспільством. Переконання названих осіб на суб'єктивному рівні (внутрішнє переконання) не спростовує презумпції невинуватості. Для її спростування необхідне зовнішнє переконання у наявності вини обвинуваченої особи, переконання **всіх,** яке настане лише після встановлення вини особи судом в результаті розгляду та вирішення кримінальної справи і ухвалення ним обвинувального вироку. Визнати ж особу винною у вчиненні злочину, а також піддати її кримінальному покаранню інакше як за вироком суду в демократичній державі неможливо (ст. 15 КПК).

Ст. 62 Конституції України є спеціальною правовою нормою, яка зберігає свою дію лише у сфері кримінального судочинства. Вона не поширюється на випадки притягнення особи до будь-якої іншої юридичної відповідальності. Свою регулятивну дію вона розповсюджує не лише на таких учасників кримінального судочинства як обвинувачений, підозрюваний, підсудний та засуджений (цей до вступу вироку в законну силу). Під її захистом перебуває будь-яка особа у кримінальному судочинстві, стосовно якої ведуться дії інкримінаційного характеру. Це, зокрема, особа, щодо якої лише ставиться питання про порушення кримінальної справи, а також свідок, якого допитують про обставини, які можуть бути використані проти нього.

Не припиняє своєї дії презумпція невинуватості і щодо осіб, звільнених від кримінальної відповідальності з закриттям кримінальних справ за т.зв. нереабілітуючими підставами, зокрема у зв'язку з: амністією або помилуванням; дійовим каяттям; примиренням винного з потерпілим; застосуванням до неповнолітньої особи примусових заходів виховного характеру. Не дивлячись на те, що в перерахованих випадках у постанові суду про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності та закриття кримінальної справи не констатується висновок про його невинуватість, а радше, навпаки – він передбачається, дія презумпції невинуватості розповсюджується на такого обвинуваченого. В перелічених випадках вина особи встановлюється, але не для визнання її винною вироком суду і покарання, а метою закриття кримінальної справи. Тож, суд при цьому не визнає особу винуватою у вчиненні злочину своїм вироком. Він ухвалює постанову про закриття кримінальної справи, яка не замінює вироку суду, а отже, вона й не є тим судовим актом, яким згідно ст. 62 Конституції особа визнається винуватою у вчиненні злочину. Не випадково, що в цих випадках особа визнається такою, що не має судимості (с. 88 КК). Саме так тлумачить коло осіб, на яких розповсюджує свою дію презумпція невинуватості, Європейський Суд з прав людини. У справі "Хужін та інші проти Росії" (2008 р.) він вважає, що кримінальне переслідування настає не лише з моменту затримання особи за підозрою у вчиненні злочину, але й до нього, якщо для неї у цьому зв'язку можуть настати певні негативні наслідки. Власне, у названій справі особа була допитана як свідок про обставини ніби нею вчиненого злочину [9]. В іншій справі ("Адольф проти Австрії", 1982) Суд визнав незаконним постанову суду, якою стосовно заявника справа була закрита в суді за ініціативою обвинувачення внаслідок зміни обстановки, але при цьому на обвинуваченого були віднесені судові витрати. Таке рішення Суд вважав непрямим підтвердженням вини обвинуваченого, тобто порушенням презумпції невинуватості.

Не дивлячись на те, що принцип презумпції невинуватості за своїм регулятивним впливом розповсюджується на сферу кримінального судочинства, де

особа перебуває у статусі підозрюваного, обвинуваченого підсудного, засудженого (до вступу вироку в законну силу), і виходить за його межі в тій мірі, в якій щодо особи вчиняються інкримінаційні дії, він (принцип) знаходить свій вплив на правовий статус особи не лише у кримінально-процесуальних, але й інших правових відносинах, у яких вона виступає суб'єктом. Так, за обвинуваченим у вчиненні злочину до вступу обвинувального вироку в законну силу зберігаються трудові, житлові, сімейні та інші права і свободи людини (п.7 ст. 36 Кодексу законів про працю, ст. 71 Житлового кодексу). Загалом ст. 62 Конституції України, як норма прямої дії, забороняє поводитися з особою як винною до вступу в законну силу обвинувального вироку. Проте за наявності передбачених законом підстав до неї можуть вживатися заходи процесуального примусу, в тому числі запобіжні заходи, інші заходи, що обмежують деякі права особи. Так, серед заходів процесуального примусу чинне кримінально-процесуальне законодавство передбачає відсторонення обвинуваченого від посади з санкції прокурора у разі, якщо обвинувачений є посадовою особою і завдяки своєму становищу може негативно впливати на хід досудового слідства (ст. 147 КПК)[1]. Якщо у справі є докази того, що такий обвинувачений дійсно вчиняє протиправні дії (знищує чи фальсифікує документи, впливає на інших обвинувачених, потерпілих чи свідків з метою давання ними неправдивих показань тощо), то застосування до нього такого заходу буде ґрунтуватися на легітимній основі, оскільки він викликаний неправомірною поведінкою самого обвинуваченого.

Але нерідко бувають ситуації, коли обвинуваченого не лише без достатніх (передбачених законом) підстав відсторонюють, але й звільняють з роботи відразу після порушення (або й до цього) кримінальної справи, мотивуючи тим, що його дії дискредитують займану посаду, звання чи установу (організацію), в якій він працює. Такі дії та мотиви, що їх викликали, не можуть узгоджуватися з презумпцією невинуватості. Саме такої позиції дотримується Європейський Суд з прав людини. В справі "Кузьмін проти Росії" (2005 р.) Суд у своєму рішенні про прийнятність скарги на порушення ч. 2 ст. 6 Євроконвенції відзначив, що презумпція невинуватості мала б утримати Генерального прокурора РФ від ствердження про вину заявника у вчиненні злочину в своєму наказі про його звільнення з посади відразу після порушення кримінальної справи і до вирішення її судом [12, с. 91, 92].

В іншій справі ("Хужін та інші проти Росії", 2008 р.) Європейський Суд у своєму рішенні про прийнятність заяви про порушення презумпції невинуватості ще більш розлого підтвердив свою позицію. Обставини справи в контексті визначення наявності порушення презумпції невинуватості полягали в такому: заявники стверджували про те, що слідчий у їх справі, інші працівники прокуратури надали телепрограмі необмежений доступ до матеріалів кримінальної справи, а також особисто брали активну участь в телевізійній програмі, під час якої характеризували вчинені заявником дії як "злочини" і що вони є винуватими у їх вчиненні.

[1] З цього загального правила є передбачені ст. 147 КПК винятки щодо суб'єкта, який ухвалює рішення про відсторонення обвинуваченого від посади. Так, службова чи посадова особа, яка призначається Президентом України, може бути відсторонена від посади лише самим Президентом України на підставі вмотивованої постанови Генерального прокурора України (ч.3 ст. 147 КПК). Законом України "Про судоустрій та статус суддів" від 7 липня 2010 р. передбачено, що відсторонення від посади судді у зв'язку з притягненням його до кримінальної відповідальності здійснюється Вищою кваліфікаційною комісією суддів України на підставі мотивованої постанови Генерального прокурора України (ст. Закону про судоустрій і статус суддів України; ч. 4 ст. 147 КПК).

У своєму рішенні суд нагадує, що положення ч. 2 ст. 6 Конвенції (презумпція невинуватості) спрямоване на те, щоб убезпечити обвинувачену особу від порушень її права на справедливий процес упередженими твердженнями, що тісно пов'язані з розглядом її справи в суді. Презумпція невинуватості є одним із елементів справедливого судового розгляду. Цей принцип забороняє формування передчасної позиції суду, яка б відображала думку про те, що особа, обвинувачена у вчиненні злочину, є винуватою ще до того, коли її вина буде доведена відповідно до закону.

Суд чітко дотримується тієї позиції, що презумпція невинуватості буде порушена у випадку, коли твердження посадової особи стосовно обвинуваченого відображає думку про те, що вона є винуватою, тоді як її вина не була попередньо доведена відповідно до закону. Навіть за відсутності формальної думки про винуватість особи достатньо, щоб були певні підстави вважати, що суд чи посадова особа ставиться до обвинуваченого як до винуватого у вчиненні злочину.

Суд звертає свою увагу на те, що всі троє посадовців в аналізованій ситуації, описували вчинені дії саме як "злочин". Такі твердження не обмежувалися повідомленням про стан розслідування справи чи "висловленням підозри" щодо заявника, а чітко і без жодного застереження відображали факт причетності заявників до вчинення інкримінованих їм злочинів [9].

За часом презумпція невинуватості зберігається до вступу обвинувального вироку в законну силу. Тільки з цього часу обвинувачений, а тепер він вже є засудженим, державою (вирок ухвалюється іменем держави), суспільством вважається винним у вчинені злочину. До цього часу будь-які публічні твердження про винуватість особи є протиправними, оскільки вони будуть порушувати принцип презумпції невинуватості. Так, Європейський Суд з прав людини в справі "Аллене де Рібермон проти Франції" (1995 р.) визнав порушенням п. 2 ст. 6 Євроконвенції ("Кожен обвинувачений у вчиненні злочину вважається невинуватим, доки його вину не доведено в законному порядку") повідомлення поліцейського високого рівня на прес-конференції про те, що заявник є "**підбурювачем** вбивства". Суд у своєму рішенні підкреслив, що названа посадова особа у своєму повідомленні прямо заявила про винність заявника, а це, з одного боку, спонукало громадськість повірити у неї, а з іншого – передувало оцінці фактів компетентними суддями.

Суд переконаний, що такі твердження з боку посадової особи правоохоронного відомства становить "декларацію/проголошення винуватості" заявників і що ці висловлювання спотворили оцінку фактичних обставин справи судом. Беручи до уваги той факт, що зазначені особи (комісар поліції, який вів слідство зробив вищеприведену заяву в присутності міністра внутрішніх справ і директора департаменту кримінальної поліції) займали важливі публічні посади в місті та регіоні, вони змушені були приділяти неабияку увагу і обережність у виборі слів, описуючи процес розслідування кримінальної справи. Виходячи з наведених міркувань, суд наголосив на необхідності чіткого розмежування між твердженням про те, що особа лише підозрюється у вчиненні певного злочину, і відвертим визнанням того, що особа його вчинила. Він неодноразово наголошував на важливості вибору слів у твердженнях посадових осіб про обвинуваченого ("Вогмері проти Німетчини", "Нестакі проти Словакії" та ін.). Тож, в даному випадку суд дійшов висновку про порушення презумпції невинуватості заявників [10].

За часом дія презумпції невинуватості не завершується з вступом в силу виправдовувального вироку. Вона діє і після цього. Тому, якщо органи чи посадові особи публічної влади висловлюють думку всупереч виправдовувальному вироку, то вони порушуватимуть принцип презумпції невинуватості (Справа "Мінеллі проти Швейцарії", 1983 р.) [4].

В той же час, на думку Євросуду презумпція невинуватості не заперечує представникам влади інформувати громадськість про порушення кримінальної справи, що ведеться її розслідування, про наявність підозри, про арешт певних осіб, про визнання ними своєї вини. Але вона вимагає, щоб влада робила це стримано і делікатно, "як цього вимагає повага до презумпції невинуватості" [10, п. 38].

Таким чином, презумпція невинуватості за своєю правовою природою є гарантією права особи, щодо якої розпочато кримінальне переслідування, на визнання її невинуватою з боку держави в особі її публічних органів та посадових осіб до часу, коли вину її визнає суд своїм вироком, що набрав законної сили.

Важливим щодо розуміння презумпції невинуватості є також питання про те, чи можуть засоби медії та журналісти, зокрема у своїх публікаціях, порушити презумпцію невинуватості особи у вчиненні злочину. Оскільки презумпція невинуватості є складовою частиною більш широкого права особи – права на справедливий судовий розгляд, то вважається, що поширення ними інформації щодо ходу кримінального розслідування і вини підозрюваних чи обвинувачених здатне підірвати право особи на справедливий суд. Тому не випадково, що Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи від 10 липня 2003 р. (Рекомендація REC (2003) 13 "Щодо надання інформації стосовно кримінального судочинства через засоби масової інформації" задекларувала окремий принцип №2 "Презумпція невинуватості" такого змісту: "Повага до принципу презумпції невинуватості є невід'ємною частиною права на справедливий суд. Згідно з цим, погляди та інформація стосовно судових процесів, що відбуваються, мають передаватися або розповсюджуватися через засоби масової інформації тоді, коли це не зашкоджує презумпції невинуватості підозрюваного, обвинуваченого або підсудного" [8, принципи 2].

Серед українського інформаційного законодавства лише в Законі України "Про телебачення і радіомовлення" від 9 березня 1994 р. йдеться фрагментарно про презумпцію невинуватості. Так, у його ст. 59 "Обов'язки телерадіоорганізації" у п.1-з на телерадіоорганізацію покладається обов'язок "не поширювати матеріали, які порушують презумпцію невинуватості підсудного або упереджують рішення суду" [1]. Буде цілком логічним розповсюдити такий підхід на всі засоби масової інформації.

Європейський Суд з прав людини досить гнучко підходить до вирішення питання про те, чи була порушена презумпція невинуватості щодо конкретної особи в контексті її права на справедливий суд, через оцінку збалансування інтересів суспільства мати відповідну інформацію через засоби масової інформації про діяльність певних осіб, особливо тих, які виконують публічні функції, та самих цих осіб. На підставі аналізу його рішень, ухвалених в аналізованому контексті, можна дійти висновку, що Суд використовує принаймні два важливих підходи до оцінки оприлюднення в засобах масової інформації відомостей про злочини та осіб, які їх вчинили. Один з них: якщо стосовно особи ще не була порушена кримінальна справа, то інформація про суспільно-небезпечні діяння та осіб, які їх вчинили, не може порушити презумпцію невинуватості, оскільки вона є частиною

права особи на справедливий суд, а про нього ще не йдеться. В такому випадку правова ситуація може знаходитись і вирішуватись під кутом зору захисту честі і гідності особи за нормами цивільного права. Другий, - якщо проти особи порушена кримінальна справа і ведеться досудове розслідування чи справа надійшла до суду для її розгляду і вирішення, то "журналісти, які висвітлюють кримінальні процеси, що ще не завершились, мають впевнитися, що вони не переходять певні рамки, встановлені в інтересах правосуддя, і що вони поважають право обвинуваченого на презумпцію невинуватості" (Справа "Дю Рой та Малорі проти Франції", 2000 р.). В іншій справі ("Флукс проти Молдови", 2008 р.) Європейський Суд зазначив: "…право на свободу вираження поглядів не може сприйматися як таке, що надає газетам необмежене право безвідповідально звинувачувати осіб у вчиненні кримінально караних діянь за відсутності підтвердження фактів на момент публікації… і без надання їм можливості особисто спростовувати обвинувачення. Існують межі права газет розповсюджувати інформацію, а тому потрібно знаходити баланс між цим правом та правом осіб, на яких поширюється інформація" [11].

Таким чином, медійні засоби, журналісти вправі, і як "вартові демократії" навіть зобов'язані, інформувати громадськість про вчинені злочини та осіб, щодо яких порушені кримінальні справи і ведеться досудове розслідування, а також про перебіг судового процесу, але при цьому вони мають уникати висловлювань та формулювань, які б налаштовували суспільну думку на те, що особа є злочинцем, що вона заслуговує суворої міри покарання ще до розгляду та вирішення справи судом і що від суду очікують саме такого вироку. Саме за таких умов буде збережений баланс між правом суспільства бути проінформованим про суспільно-небезпечні діяння, та осіб, що їх вчинили, з одного боку, та правом осіб, яким інкримінуються ці дії, на презумпцію невинуватості та справедливий суд.

Крім загального чіткого формулювання поняття (формули) презумпції невинуватості, що міститься у ч. 1 ст. 62 Конституції України, ця конституційна норма закріплює низку правових положень,, що випливають з неї і позначаються не лише на правовому статусі особи, яка обвинувачується у вчинені злочину, але й є гарантіями від безпідставного та необґрунтованого обвинувачення. До таких, зокрема, належать положення (правила): про недопустимість доказування вини доказами, що одержані незаконним шляхом та припущеннями; про тлумачення сумнівів щодо вини особи на її користь (ч. 3 ст. 62). Перелічені положення конкретизуються і більш детально регулюються кримінально-процесуальним законодавством.

Презумпція невинуватості як об'єктивне право положення покладає на сторону обвинувачення обов'язок підтвердити вину обвинуваченої особи об'єктивними доказами.

Закріплюючи правило, згідно з якого **особа, яка підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, не зобов'язана доводити свою невинуватість,** ч. 2 ст. 62 Конституції тим самим покладає обов'язок (тягар) доказування її вини на сторону обвинувачення. При цьому доказування останньої охоплює не лише формування у встановленому законом порядку доказів вини обвинуваченого, але й спростування доводів його невинуватості поданих стороною захисту. Такий підхід, сформульований у зазначеному правилі презумпції невинуватості, має гуманістичну основу і обумовлений тим, що сторона обвинувачення у справах публічного та приватно-публічного обвинувачення за своїми матеріальними, організаційними й процесуальними (зокрема на досудовому

розслідуванні) можливостями набагато сильніша у формування доказової бази, аніж її опонент – сторона захисту. Завдяки цьому обставини, які їй належать доказати, для неї об'єктивно більш доступніші. Саме тому презумпція невинуватості захищає особу, яка піддається кримінальному переслідуванню, покладаючи обов'язок доведення її вини на сторону обвинувачення, оскільки за своїми можливостями, як вже відзначалось, вона набагато сильніша- на її боці знаходиться вся організаційно-матеріальна сила держави, що забезпечує її фактичну перевагу особливо при вирішенні про порушення кримінальної справи та під час її досудового розслідування, де, власне, й формується обвинувачення особи у вчиненні злочину. Кримінально-процесуальний закон зобов'язує особу, яка проводить дізнання, слідчого і прокурора дослідити обставини справи всебічно, повно і об'єктивно, виявляючи як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини що пом'якшують і обтяжують його відповідальність (ч. 1 ст. 22 КПК). Під загрозою кримінальної відповідальності (ст. 373 КК) органам, що ведуть кримінальний процес на досудовому розслідуванні, заборонено домагатись показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та незаконних заходів (ч. 3 ст. 22).

Проте, звільняючи особу від обов'язку доказування своєї невинуватості цей же закон наділяє її правом брати участь у доказуванні, в тому числі і своєї невинуватості (ст.ст. 43, 43-1 КПК). Власне, презумпція невинуватості не позбавляє обвинуваченого можливості подавати будь-які докази, але вона забороняє органам, які ведуть процес, вимагати від нього доказів його вини чи невинуватості. Тому й відмова обвинуваченого надати чи вказати, де знаходяться такі докази, не може бути розцінена як підтвердження його вини. Подавати докази будь-які – це право обвинуваченого, яке він використовує на свій власний розсуд.

Обвинувачення не може грунтуватись на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях (ч. 3 ст. 62 Конституції). Кримінально-процесуальне законодавство насамперед визначає, що є доказом у кримінально-процесуальній справі. Ним визнаються будь-які фактичні дані (відомості), на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий, прокурор і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно-небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення правильного вирішення справи. Ці дані встановлюються: показаннями свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, іншими документами (ст. 65 КПК). Тож, кримінально-процесуальний закон не лише дає поняття доказу, але й перелічує джерела, з яких вони можуть бути одержані, та встановлює чіткий порядок їх збирання та одержання за допомогою відповідних процесуальний дій. Іншими словами, він встановлює вимоги до відомостей, які можуть бути доказом у кримінальній справі. Відповідність цим вимогам дає можливість використовувати такі відомості (фактичні дані) як доказ, робить їх допустимими. І навпаки, порушення таких вимог тягне за собою недопустимість їх використання як доказу. Вимоги стосуються: належного джерела; належного суб'єкта; законності процесуальної форми збирання і закріплення доказів.

Вимога належного джерела полягає в тому, що закон (ч. 2 ст. 165 КПК) дає чіткий і вичерпний перелік тих джерел, з яких можна одержувати фактичні дані

(відомості) як доказ для підтвердження або спростування відповідної обставини. Тому одержання даних не з джерела, передбаченого законом, або з невідомих джерел робить ці дані недопустимими як доказ. Як відзначив Пленум Верховного Суду України у своїй постанові "Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регулює судовий розгляд кримінальних справ" від 27 грудня 1985 р. (З наст. змін. і доповн.) (п. 12): "Посилання суду у вироку або ухвалі (постанові судді) на дані, одержані з інших джерел, є недопустимими, оскільки вони не мають доказової сили" [7, с. 490].

Недопустимим, тобто одержаним незаконним шляхом, буде і доказ, якщо він був одержаний не уповноваженим на його одержання суб'єктом процесу. До суб'єктів, які уповноважені вчиняти передбачені кримінально-процесуальним законом дії, спрямовані на збирання доказів, належать: особа, яка проводить дізнання, слідчий, начальник слідчого підрозділу, прокурор. Результатом цих дій (слідчих дій) можуть бути, власне, докази. Інші учасники процесу – підозрюваний, обвинувачений, їх захисник, потерпілий, цивільний позивач і цивільний відповідач та їх представники вправі подавати відомості (документи, речі), які стануть доказами після їх перевірки та долучення до матеріалів справи органом, що веде досудове розслідування або судом.

Збирання доказів не уповноваженим на це суб'єктом (слідчим, який не прийняв справи до свого провадження, чи підлягав відводу, оперативним працівникам органу дізнання без відповідного доручення слідчого тощо) тягне за собою незаконність одержання такого доказу і його недопустимість для обґрунтування відповідних висновків та рішень.

Вимога законності процесуальної форми збирання і закріплення доказів є гарантією, з одного боку, одержання достовірної доказової інформації, а з іншого,- дотримання прав і законних інтересів суб'єктів, від яких одержують докази. Недотримання встановленої законом процесуальної форми, її порушення під час проведення слідчих дій, спрямованих на збирання доказів та їх закріплення в матеріалах кримінальної справи, викликає обґрунтовані сумніви в достовірності таких доказів, а права та законні інтереси учасників слідчих дій можуть бути істотно і незворотньо порушені. Тож, недотримання цієї вимоги тягне за собою, як правило, недопустимість доказів, одержаних з порушенням процесуальної форми.

Судова практика чітко дотримується такої вимоги. Пленум Верховного Суду України у своїй постанові "Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина" від 30 травня 1997р. (п. 4) відзначив: "Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. У зв'язку з цим судам при розгляді кожної справи необхідно перевіряти, чи були докази, якими органи досудового слідства обґрунтовують висновки про винність особи у вчиненні злочину, одержані відповідно до норм КПК України" [7, с. 25].

Обвинувачення не може ґрунтуватись на припущеннях. Дане конституційне положення, що випливає з презумпції невинуватості, знаходить свій розвиток у ч. 1 ст. 327 КПК України, яка зазначає: "обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях і постановляється лише при умові, коли в ході судового розгляду винність підсудного у вчиненні злочину доведена". Тож будь-які припущення, думки, догади, якими б вони привабливими не були і кому б вони не належали, при вирішенні питання про вину особи доказами не можуть бути і значення не мають. Вони можуть бути використані лише для висунення версій, але не для обґрунтування вини. Такі припущення лише підтверджують сумнів, а він має бути витлумачений тільки на користь обвинуваченої особи. Верховний суд

України в особі Судової палати в кримінальних справах, розглядаючи кримінальні справи в касаційному порядку, неодноразово наголошував на цьому [2, с. 22].

Зміст презумпції невинуватості включає серед інших і **правило про тлумачення сумнівів щодо доведеності вини особи** у вчиненні злочину. Дане правило є невід'ємною його частиною і воно полягає у тому, що такі сумніви тлумачаться на користь обвинуваченої особи. Категорії "сумнів" і "впевненість" характеризують відношення людини до наявності чи відсутності певної обставини. У кримінальному судочинстві – до наявності чи відсутності хоч би однієї з обставин, які належать до предмету доказування у кримінальній справі, але насамперед події злочину, особи, яка його вчинила, та її вини (ст. 64 КПК). Впевненість – це психологічний стан особи, яка веде кримінальний процес, і зокрема судді, коли вона без вагань виражає своє відношення до результату пізнання як істинного або неістинного. Почуття сумніву є протилежним почуттю впевненості, переконаності. Воно характеризується невпевненістю, усвідомленням не переконаності, незадоволенням стосовно того, що приймається за істину, за вирішення певного завдання.

Сумнів не приводить до формування "чистого" внутрішнього переконання про винуватість особи. Будь який висновок суддів, який містить сумнів, є свідченням невпевненості в істинності знань, на основі яких формується висновок та на його основі рішення. Ухвалювати будь-які рішення про винуватість обвинуваченого без переконання в ній на основі зібраних доказів презумпція невинуватості забороняє категорично.

Зміст терміну "сумнів" не розкривається у законодавстві. Не дають його і роз'яснення Пленуму Верховного суду, в постановах якого вживається термін "сумнів". Так, в постанові "Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на додаткове розслідування" від 11 лютого 2005 р. Пленум роз'яснив (п. 10), що кримінальна справа не може бути повернена на досудове розслідування "у випадках, коли немає доказів, які б підтверджували обвинувачення, і вичерпані всі можливості одержання додаткових доказів. За таких обставин суд має витлумачити всі сумніви на користь підсудного і постановити згідно з ч. 4 ст. 327 КПК виправдувальний вирок" [7, с. 505].

З наведених роз'яснень найвищого судового органу України вбачаються окремі властивості (ознаки), які має термін "сумнів" при ухваленні судового рішення. Це, зокрема, те, що "сумнів" має бути таким, якого неможливо усунути за допомогою додатково одержаних доказів, оскільки вичерпані всі можливості для їх збирання чи одержання або ж сторона обвинувачення не вживає всіх можливих у її розпорядженні заходів для їх виявлення. Суд же в останньому випадку не повинен за власною ініціативою усувати недоліки доказів обвинувачення, оскільки не вправі виконувати у змагальному процесі цю функцію. Звичайно, вживаючи термін "сумнів", який має тлумачитись на користь обвинуваченого, законодавець має на увазі не будь-який, а сумнів непереборний, "розумний" [6, с. 436, 437].

Непереборний, розумний сумнів - це такий сумнів, який залишається у слідчого, прокурора, судді щодо винуватості обвинуваченого чи підсудного після всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи. Такий сумнів грунтується на нормальному (звичайному) стані речей, на звичайному ході подій, які характерні для здорового глузду тих, хто обвинувачує чи судить. Наявність розумного сумніву щодо обґрунтованості обвинувачення не дозволяє будь-якій

неупередженій людині, яка міркує за належним розумом і сумлінням, визнати обвинуваченого чи підсудного винним [5, с. 567].

Непереборний сумнів може виникати як щодо пред'явленого обвинувачення в цілому, так і стосовно окремих його обставин (окремих епізодів злочинної діяльності, причетності до злочину інших осіб тощо). Зрозуміло, що наявність непереборного сумніву щодо пред'явленого обвинувачення в цілому потягне за собою закриття кримінальної справи за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину на досудовому слідстві (п. 2 ст. 213 КПК), а в суді - ухвалення виправдувального вироку (ч. 4 ст. 327 КПК). При цьому ухвалення за таких обставин рішення про закриття кримінальної справи чи постановлення виправдувального вироку судом означає не що інше, як доведення невинуватості особи. Кримінально-процесуальний закон безпосередньо забороняє у мотивувальній частині виправдувального вироку використовувати формулювання, які ставлять під сумнів невинуватість виправданого (ч. 4 ст. 334 КПК). Постанова про закриття кримінальної справи за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину також може бути оскаржена обвинуваченим прокуророві або до суду в частині, яка стосується підстав і мотивів закриття справи (ст. 215 КПК).

Непереборний сумнів щодо окремих обставин, які входять до складу обвинувачення, не тягне за собою виправдання обвинуваченого, але він має правове значення: сумнівні обставини виключаються з обвинувачення, що може мати своїм наслідком перекваліфікацію діяння обвинуваченого на статтю кримінального кодексу з м'якшою мірою покарання, а при збереженні попередньої кваліфікації – відповідне пом'якшення міри покарання.

Таким чином, в судовому пізнанні сумнів засадничо відіграє позитивну роль. З одного боку правило про тлумачення сумнівів щодо доведеності вини обвинуваченого на його користь стимулює діяльність сторін кримінального процесу – обвинувачення і захисту – на належне виконання покладених на них функцій. Що ж стосується суддів, то оскільки сумнів виникає в них у зв'язку з недостатніми знаннями про певні обставини, які (знання) формуються на підставі зібраних доказів, то для його усунення необхідні додаткові докази, для одержання яких суд вправі вживати відповідних процесуальних заходів: на клопотання сторін, а в передбачених законом випадках і за власною ініціативою, проводити слідчо-судові дії; призначати додаткові або повторні експертизи; дати судові доручення органові, який проводив досудове розслідування; витребувати від різних адресатів відповідні документи тощо. Тож діяльність сторін та суддів, спрямована на усунення сумнівів, сприяє встановленню істини та формуванню обґрунтованого їх внутрішнього переконання у цьому.

З цих міркувань навряд чи можна погодитися з твердженням, що тлумачення будь-яких сумнівів на користь обвинуваченої особи "обрекает следователя, прокурора, суд на пассивность" [3, с. 25]. Видається, що сумнів у наявності чи відсутності певної обставини, що підлягає встановленню (доказуванню), стимулює не пасивність перелічених органів, а радше їх активність у його нейтралізації за допомогою процесуальних дій. При цьому, звичайно ж, йдеться про сумнів обґрунтований, "розумний", а не надуманий, чи навіяний якимись фантазіями.

Коли ж все-таки сумніви щодо вини обвинуваченого не були усунуті і спростувати їх неможливо, він вважається у відповідності з презумпцією невинуватості невинуватим: недоведена вина рівнозначна і рівносильна доведеній невинуватості.

1. Відомості Верховної Ради України. -1994.- №10. – ст. 43. Закон в редакції від 11 січня 2011 р. [Електронний ресурс]: Режим доступу: ЛІГА: ЗАКОН ЕЛІТ 8.1.5.
2. Вісник Верховного Суду України. – 2005. - № 5 (57) [с.22].
3. Гриненко А.В., Кожевников Г.К., Шумилин С.Ф. Принцип презумпции невиновности и его реализация в досудебном уголовном процессе.- Х.: Консум, 1997.- 97с.
4. Добринська В., Шмарова Т. Висвітлення кримінальних процесів в засобах масової інформації [Електронний ресурс]: Режим доступу: http: // www. medialaw.kiev.ua/zmisud/sudanalityka/224/.
5. Кухта А.А. Доказывание истины в уголовном процессе: Монография.- Н.Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2009,- 569 с. [567, 568].
6. Нор В., Яворський Б. Тлумачення сумнівів на користь підсудного під час постановлення вироку / В.Нор, Б.Яворський // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2010, Випуск 51. – 477с. [с.436, 437].
7. Постанови Пленуму Верховного Суду України 1985-2008: Офіц. видання / За заг. ред.. В.В.Онопенка, Ю.Л.Семіна. – К.: Видав. дім "Юридична книга", 2009. – 592 с. [с. 490, 25, 505].
8. Рада Європи. Комітет Міністрів. Рекомендація Rec (2003) 13. [Електронний ресурс]: Режим доступу: http // www.nedialaw. kiev. ua /laws/laws-in-ternational /51/.
9. Справа "Хужін та ін. проти Росії". Переклад В.Добрянської. [Електронний ресурс]: Режим доступу: http // www.nedialaw. kiev. ua /zmisud/ ecourt /214/
10. Справа Алене де Рібемон проти Франції. Постанова ЕСПЛ від 10 лютого 1995 р. [Електронний ресурс]: Режим доступу: http // www.nedialaw. kiev. ua /zmisud/ ecourt /217/
11. Шевченко Тарас. Презумпція невинуватості та право на справедливий судовий розгляд /Т.Шевченко // Юстиніан, 2009, № 10. с.
12. Юдківська Г.Ю. Застосовність принципу презумпції невинуватості до відсторонення та звільнення обвинувачених з роботи: аналіз прецедентного права Європейського Суду з прав людини / Г.Ю.Юдківська// Часопис Академії адвокатури України. Число 1, квітень, 2008 [с.91-92]. с. 89-93.

ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВАТОСТИ КАК ПРИНЦИП КРИМИНАЛЬНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА И ЕГО ИНТЕРПРЕТАЦИЯ ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

В. Нор

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье исследуется конституционный принцип криминального судопроизводства – презумпция невиновности лица. Выясняется ее содержание, круг субъектов, на которых она распространяет свое действие, пределы и способы информирования общества о лицах, относительно которых осуществляются процессуальные действия инкриминационного характера, анализируется практика Европейского Суда по правам человека относительно презумпции невиновности как составной части права личности на справедливый суд.

Ключевые слова: презумпция невиновности, обязанность досказывания вины, толкования сомнений, непреодолимое сомнение, легитимность доказательств и досказывания вины, право на справедливый суд.

PRESUMPTION OF INNOCENCE AS PRINCIPLE OF CRIMINAL JUSTICE PROCESS AND ITS INTERPRETATION BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

V. Nor

Ivan Franko National University of Lviv
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article is devoted to presumption of innocence of a person as a constitutional principle of criminal justice. Its content, the scope of subjects who are under its action, as well as the limits and means for society's information about the persons concerning whom incriminatory character proceedings are taken, are clarified. Judgments of the European Court of Human Rights on this issue, as a component part of person's right to a fair trial, are analysed profoundly.

Key words: presumption of innocence, burden of guilt proving, doubt interpretation, overwhelming doubt, legitimacy of proofs, right to a fair trial.

Стаття надійшла до редколегії: 18.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ТА КРИМІНАЛІСТИЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ У ЗЛОЧИНАХ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ, СТИПЕНДІЇ, ПЕНСІЇ ТА ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ

В. Фігурський

Львівський національний університет імені Івана Франка
вул. Університетська, 1, 79000 Львів, Україна

У статті розглянуто питання щодо складу учасників дослідчої перевірки у справах про злочини, пов'язані з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат та визначено, до компетенції якого органу найдоцільніше зачислити проведення такої перевірки у зазначеній категорії справ.

Ключові слова: дослідча перевірка, суб'єкт, компетенція, заробітна плата, стипендія, пенсія, виплати.

Рішенням Ради національної безпеки і оборони України "Про невідкладні заходи з посилення фінансово-бюджетної дисципліни та мінімізації негативного впливу світової фінансової кризи на економіку України" від 20 жовтня 2008 р. визначено комплекс проблем, пов'язаних із розгортанням світової фінансово-економічної кризи, неготовністю національної економіки до протидії цій кризі та наявність низки загроз економічній безпеці держави і громадянам.

Негативний вплив світової фінансової кризи суттєво відчувається у вигляді зупинення роботи промислових підприємств, зменшення обсягів виробництва та скорочення обігових коштів. З огляду на це, на підприємствах набули поширеності випадки скорочення робочих місць та затримки виплати заробітної плати працівникам, що, своєю чергою, призводить до зростання напруженості у виробничій та соціальній сферах, порушення прав та законних інтересів працюючих громадян.

Заборгованість із заробітної плати залишається найгострішою проблемою у суспільстві. Серед причин, що сприяють цьому, є об'єктивні, зокрема відсутність коштів у бюджетах певних підприємств, та суб'єктивні, коли керівники умисно, прикриваючись інтересами підприємства, заради власної вигоди, затримують виплату заробітної плати своїм працівникам.

У зв'язку з цим спостерігається необхідність підвищення якості, ефективності й результативності розслідування у кримінальних справах, порушених за ознаками злочинів, пов'язаних з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат, що, безсумнівно, залежить насамперед від компетентності суб'єкта, уповноваженого проводити розслідування в цій категорії злочинів. При цьому питання щодо суб'єкта розслідування особливо гостро постає вже на стадії порушення кримінальної справи – під час проведення дослідчої перевірки, що є обов'язковим етапом розслідування в цій категорії злочинів, оскільки законодавець не визначив, до компетенції якого органу зачислено дослідчу перевірку та вирішення питання про порушення кримінальної справи в цій категорії злочинів.

Сучасний рівень розробки проблематики дослідчої перевірки, як вбачається, порівняно невисокий. Окремі питання дослідчої перевірки порушують у своїх працях І.І. Когутич, І.Н. Соловйов, В.П. Корж, В.Д. Грабовський, А.Ф. Лубін, І.А. Возгрін,

© Фігурський В., 2011

Н.В. Видріна та ін. Проте питання дослідчої перевірки у справах про злочини, пов'язані з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат, а відтак, і суб'єкта, уповноваженого проводити таку перевірку і вирішувати питання про порушення кримінальної справи взагалі серед криміналістів, не розроблені. Спробуємо в межах статті розглянути питання щодо складу учасників дослідчої перевірки у справах зазначеної категорії злочину та визначити, до компетенції якого органу найдоцільніше зачислити проведення такої перевірки у справах, передбачених ст. 175 Кримінального Кодексу України (далі – КК України).

Насамперед виникає запитання, до компетенції якого органу належить проведення дослідчої перевірки і вирішення питання про порушення кримінальної справи в цій категорії злочинів, оскільки в законодавстві це питання не врегульовано, у зв'язку з чим на практиці виникають певні труднощі, пов'язані з розмежуванням компетенції різних органів з цих питань. В ст. 112 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК України) лише зазначено, що досудове слідство у справах про невиплату заробітної плати, стипендій, пенсій та інших установлених законом виплат провадять слідчі прокуратури. Проте нічого не згадується про суб'єкта, уповноваженого проводити дослідчу перевірку і приймати рішення за її результатами, тоді як це питання є надзвичайно актуальним, оскільки своєчасне і кваліфіковане виявлення, збір, фіксація достатніх даних, що свідчать про наявність ознак злочину, їх аналіз і перевірка, що насамперед простежують під час дослідчої перевірки, є запорукою швидкого і повного розкриття злочину.

Доречно зазначити, що сутність порушення кримінальної справи не зводиться лише до винесення відповідного процесуального акту – постанови про порушення кримінальної справи. Ця стадія охоплює складну процесуальну діяльність слідчого щодо вирішення комплексу питань, пов'язаних із розглядом первинних матеріалів про вчинений злочин. Від того, наскільки правильно буде проведений аналіз і оцінка цих матеріалів, залежить успіх майбутнього розслідування. А отже, дослідчу перевірку має виконувати лише компетентна особа, яка має практичні навики розслідування такої категорії злочинів. Це, своєю чергою усуне низку типових недоліків в діяльності правоохоронних органів, серед яких особливу увагу привертають випадки порушення кримінальних справ "за фактом невиплати заробітної плати", а не щодо конкретної особи. Це свідчить про поспішність і недостатню компетенцію слідчих, органів дізнання, прокурора, оскільки в нормі, передбаченій ст. 175 КК України, законодавець чітко вказує на суб'єкта цього злочину, тобто в диспозиції наведеної статті йдеться про спеціального суб'єкта злочину і справа може бути порушена відповідно до вимог ч. 2 ст. 98 КПК України, лише щодо цієї особи.

З огляду на це саме слідчих органів прокуратури найдоцільніше наділити повноваженням провадження дослідчої перевірки та вирішення питання про порушення кримінальної справи щодо цього злочину. Відповідно, пропоную в ст. 112 КПК України внести доповнення – в кожній частині, перед словами "досудове слідство проводиться" вписати "дослідчі перевірки та".

Якщо ж приводи до порушення кримінальної справи за ознаками злочину, передбаченого ст. 175 КК України (крім безпосереднього виявлення ознак злочину) стають відомими іншим органам досудового слідства чи дізнання, в компетенцію яких не входить розслідування цього виду злочину, то, відповідно до ст. 97 КПК України, перелічені державні органи зобов'язані прийняти таку заяву чи повідомлення і невідкладно (в усякому разі не пізніше триденного строку), не порушуючи справи, направити їх за підслідністю до слідчих прокуратури, яким і

належить в такому випадку право проводити дослідчу перевірку і вирішувати питання про порушення кримінальної справи.

Потрібно звернути увагу на строк прийняття рішення по заяві або повідомленню про злочин. Законодавець у ст. 97 КПК України встановлює, що прокурор, слідчий, орган дізнання або суддя зобов'язані прийняти рішення по такій заяві або повідомленню не пізніше триденного строку. Проте ч. 5 цієї ж статті закріплює правило про можливість продовження цього строку до десяти днів, якщо виникне необхідність у перевірці заяви або повідомлення про злочин до порушення кримінальної справи. Тобто цей строк до десяти днів продовжується, коли необхідно перевірити заяву або повідомлення про злочин до порушення кримінальної справи з метою прийняття рішення про порушення кримінальної справи чи про відмову в цьому, а в разі направлення заяви чи повідомлення за належністю нічого перевіряти не потрібно, з огляду на що строк на прийняття такого рішення обмежений ст. 97 КПК України трьома днями. Проте через неправильне тлумаченням цієї норми на практиці спостерігаються зловживання з боку зазначених осіб, які рішення про порушення кримінальної справи, відмову в цьому та направлення заяви або повідомлення за належністю приймають у десятиденний строк, що своєю чергою може спричинити до втрати і приховання важливої інформації, яка в майбутньому формуватиме доказову базу. Ця ситуація потребує чіткого обмеження строку для прийняття відповідного рішення, а саме – направлення за належністю – триденним строком.

Відомо, що перевірочні дії непроцесуального характеру може вчиняти як слідчий безпосередньо, так і за його дорученням працівники органу дізнання, посадові особи контролюючих органів та інші уповноважені суб'єкти. Такими непроцесуальними діями є: отримання консультацій у компетентних осіб – спеціалістів з питань документообігу, бухгалтерського обліку, давання доручення встановити місцеперебування певних осіб та документів чи інших слідів злочинної діяльності тощо. У цьому контексті доречно проаналізувати питання взаємодії суб'єктів розслідування злочинів.

Взаємодію між основними учасниками розслідування можна визначити як об'єктивно-необхідну, скоординовану за часом, формою та результатами, погоджену за вирішуваними проміжними завданнями і кінцевою метою спільну діяльність слідчого, органу дізнання, спеціаліста та експерта, які є носіями різних процесуальних і професійних функцій [1].

Поки в чинному законодавстві така співпраця під час дослідчої перевірки процесуально не закріплена. Водночас, у межах порушеної кримінальної справи вона передбачена: слідчий має право давати вказівки органам дізнання, окремі доручення, використовувати допомогу спеціаліста (крім випадків виконання слідчих дій, які можна проводити до порушення кримінальної справи), створювати слідчо-оперативні групи (бригади).

Аналіз слідчої практики[1] засвідчує, що таку взаємодію у справах про злочини, передбачені ст. 175 КК України, доцільно розпочинати ще до порушення кримінальної справи. Адже попереднє ознайомлення слідчого з інформацією, що надходить, та постійний контроль щодо неї, визначення разом з працівниками органу дізнання часу і способів її використання чи проведення інших оперативних і перевірочних заходів мають важливе значення для успішного проведення дослідчої перевірки і своєчасного прийняття процесуального рішення про порушення

[1] При підготовці статті ми вивчили 31 кримінальну справу, порушену за ознаками ст. 175 КК України. Регіон дослідження: Львівська і Рівненська області.

кримінальної справи. За допомогою оперативних заходів можуть бути виявлені злочинні зв'язки, коло пособників, організатор, способи готування, вчинення, приховання коштів та інші важливі дані про подію та інші обставини злочину.

Результативність такої співпраці залежить насамперед від ступеня реалізації основних принципів такої взаємодії, до основних з яких зачислимо принцип управління та предметності.

Принцип управління є необхідною умовою її ефективності. Відповідно до нього одна із сторін такої співпраці має бути наділена функцією управління. Очевидно те, що таким суб'єктом є слідчий, як центральна фігура розслідування. Саме він формує завдання для органів дізнання, спеціалістів. На початковому етапі лише він наділений правом оцінювати як результати окремих дій, так і результати, отримані внаслідок взаємодії. Закономірно, що слідчий, наділений максимальним процесуальним і організаційним статусом, є формальним і фактичним керівником розслідування як і перевірки інформації під час дослідчої перевірки злочинів, передбачених ст. 175 КК України.

Зміст принципу предметності полягає в тому, що співпраця різних видів діяльності має виникати з конкретного приводу і на конкретних підставах. Приводом для виникнення, зміни і припинення взаємодії слугує вихідна, первинна інформація, що, як правило, надходить до слідчого чи органу дізнання. Наступний її аналіз передбачає оцінку даних, що вказують на ознаки злочину, визначення кола обставин, які необхідно встановити для вирішення питання про порушення кримінальної справи, прогнозування основних напрямів діяльності, формулювання питань, на які необхідно відповісти з метою перевірки первинної інформації.

Якщо керуватися цими завданнями, приймається те чи інше рішення про взаємодію з спеціалістами, органами дізнання та іншими компетентними органами та посадовими особами. Якщо ці завдання не потребують комплексного вивчення і дослідження – то немає підстав залучати до співпраці різних суб'єктів.

Принцип предметності визначає час виникнення і припинення взаємодії, кількість і склад взаємодіючих сторін, динаміку та структуру співпраці, зміст і форму цього процесу.

Сприйняття однієї і тієї ж ситуації учасниками взаємодії відбувається як мінімум на двох рівнях. Орган дізнання і слідчий підходять до оцінки ситуації з правового і організаційно-тактичного погляду. Спеціаліст та експерт, своєю чергою, оцінюють ситуацію з позиції своїх спеціальних знань, методів, компетенції. В сукупності така різностороння, різнорівнева оцінка однієї і тієї ж самої інформації наділяє її властивостями об'єктивної істини.

Наступне, на чому доцільно зосередити увагу, є те, що слідчі у справах зазначеної категорії не завжди встановлюють причини (об'єктивні й суб'єктивні) невиплати заробітної плати, допускають неточності і помилки у визначенні розміру заборгованості та строків її утворення. А це – наслідок невміння слідчих належно аналізувати первинну документацію. Для цього їм необхідна допомога спеціалістів: фахівців територіальної державної інспекції праці, представників місцевих державних адміністрацій, управлінь Пенсійного фонду України, управлінь статистики чи інших компетентних осіб. Вони у змозі надати кваліфіковану допомогу у вивченні вказаних документів і виявленні та фіксації у них порушень законодавства з питань оплати праці чи ознак підробок.

Ознайомлення слідчого з документами, їх вивчення під час проведення дослідчої перевірки дасть йому змогу своєчасно виявити сліди підробок в документах, сліди нецільового використання коштів та інші ознаки досліджуваного

складу злочину, що знайде своє відображення в характеристиці підстав для порушення кримінальної справи.

Однією з поширених непроцесуальних форм використання спеціальних знань під час проведення дослідчої перевірки у цій категорії злочинів є консультативна допомога спеціаліста. Їх надають в письмовій або в усній формі щодо обставин, пов'язаних з виявленням ознак конкретного злочину, а також для отримання спеціальних довідкових даних. Консультація – це надання інформації довідкового характеру компетентними фізичними чи юридичними особами в письмовій чи усній формі, що не є доказами у справі.

Консультативну діяльність спеціалістів під час проведення дослідчої перевірки заяв, повідомлень та іншої інформації про вчинення злочинів, пов'язаних з невиплатою заробітної плати, пенсії, стипендії та інших установлених законом виплат, можна умовно поділити на чотири блоки:

– консультативна допомога слідчому необхідна у зв'язку з: ознайомленням з умовами роботи суб'єкта господарської діяльності, виробничим процесом, станом бухгалтерського обліку, витребуванням документів, безпосередньо пов'язаних із вчиненим злочином, ознайомленням з іншими питаннями, пов'язаними з невиплатою заробітної плати та інших установлених законом виплат, в яких слідчий не компетентний;
– консультативна допомога, яку спеціаліст надає слідчому під час: підготовки до призначення ревізії, визначення методів ревізійного дослідження, формулювання запитань, вивчення результатів ревізії, визначення достовірності встановлених фактів, повноти і якості ревізійного дослідження, перевірки обґрунтованості висновків ревізії, призначення додаткової чи повторної ревізії;
– консультативна допомога слідчому, яку доцільно отримати під час підготовки до відібрання пояснень в керівника, бухгалтера, особи, що проводила ревізії, осіб, яким не виплачували заробітну плату та інших осіб та витребування документів;
– консультативна допомога, що надається особами, компетентними в області використання спеціальних технічних засобів, комп'ютерної техніки, систем і комп'ютерних мереж [2].

Участь спеціаліста на етапі порушення кримінальної справи дасть змогу слідчому своєчасно виявляти ознаки злочину, передбаченого ст. 175 КК України, визначати коло обставин, які необхідно встановити на цьому етапі розслідування, правильно оцінити значення зібраних матеріалів, визначити тактичні засоби, які потрібно використовувати для перевірки первинного матеріалу та в майбутньому розслідуванні.

На практиці значного поширення отримала також взаємодія слідчого та органів дізнання. Проте вона відповідно до норм закону допускається лише в порушених кримінальних справах, щодо яких проводиться досудове слідство і лише в кількох формах: провадження органами дізнання розшукних та слідчих дій за дорученням та вказівками слідчого, які є обов'язковими для виконання (ч. 3 ст. 114 КПК України); надання на вимогу слідчого допомоги під час проведення окремих слідчих дій (ч. 3 ст. 114 КПК України); привід обвинуваченого (ст. 136 КПК України), свідка, потерпілого (ст. 70, 72 КПК України); повідомлення слідчого у справі, що передана йому, про результати оперативно-розшукових заходів, спрямованих на встановлення особи (ч. 3 ст. 104 КПК України); доручення слідчим виконання слідчих дій в іншому слідчому районі органові дізнання, що зобов'язаний виконати його в десятиденний строк (ст. 118 КПК України).

Наведені норми закону – це правові підстави для взаємодії з моменту порушення кримінальної справи, прийнятої слідчим до свого провадження, до закінчення досудового слідства.

Також взаємодія можлива і у випадку зупинення досудового слідства – зокрема у випадку, коли місцезнаходження обвинуваченого невідоме, слідчий оголошує його розшук, що доручає органам дізнання і зупиняє досудове слідство (ст. 207 КПК України).

Правове регулювання взаємодії пов'язане з розмежуванням компетенції слідчого і працівника органу дізнання. Слідчий має право на процесуальну (у тім числі розшукову) діяльність, і до його підслідності належать найбільш складні справи – це стосується і досліджуваного злочину. Працівник органу дізнання має право проводити процесуальну та оперативну діяльність, проте до його компетенції, як органу, на якого покладений обов'язок проводити дізнання, віднесені порівняно нескладні справи. Тому у справах, що віднесені до компетенції слідчого, він може діяти лише в певних визначених законом межах.

Так, закон дозволяє органам дізнання порушувати кримінальні справи за наявності ознак злочину, що не є тяжким, і провадити слідчі дії до встановлення особи, що його вчинила, після чого орган дізнання передає справу слідчому (ч. 1 ст. 104 КПК України). Злочини, пов'язані з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії та інших установлених законом виплат не є тяжкими. Проте у справах про злочини, передбачені ст. 175 КК України, практично завжди встановлено особу, що вчинила злочин. У диспозиції ст. 175 КК України, законодавець чітко вказує на суб'єкт даного злочину. Тобто тут йдеться про спеціального суб'єкта злочину, яким може бути керівник підприємства, установи, організації незалежно від форми власності чи громадянин-суб'єкт підприємницької діяльності. Тому відповідно до ч. 2 ст. 98 КПК України справа повинна бути порушена лише щодо цієї особи. Тому участь органу дізнання в розслідуванні цієї категорії злочинів, виражається головно у виконанні слідчих, розшукових та процесуальних дій за дорученням чи вказівкою слідчого.

Водночас, є і універсальна форма взаємодії, що простежується під час розслідування злочинів, пов'язаних з невиплатою установлених законом виплат. Йдеться про слідчо-оперативну групу. Вона має низку переваг. Насамперед: забезпечує її постійний склад, що дуже важливо під час розслідування складних справ, оскільки ознайомлення нового працівника з матеріалами початого розслідування займає багато часу; створюються реальні можливості для розроблення єдиних планів погоджених слідчих та оперативно-розшукових дій; забезпечується більш диференційований підхід до письмового оформлення доручень і вказівок; підвищується ефективність взаємодії, оскільки процесуальні і оперативно-розшукові дії виконуються одночасно, забезпечується швидке закріплення процесуальним шляхом отриманих оперативними працівниками даних; при єдиному організаційному і процесуальному керівництві в максимальній мірі використовуються всі переваги групового методу розслідування.

Питання взаємодії мають бути відображені в плані розслідування, в якому чітко окреслено як завдання розслідування загалом, так і слідчого та працівника органу дізнання зокрема. Також в плані відображаються конкретні заходи, що мають бути вчинені учасниками співпраці. Слідчому недоцільно перекладати на працівників органів дізнання обов'язки привілейованого проведення слідчих дій, особливо складних. Головно слідчий має розраховувати на допомогу від органів дізнання для встановлення тих обставин, які неможливо встановити слідчим шляхом.

Якщо керуватися цими перевагами, доходимо до висновку про доцільність і навіть необхідність використання всіх згаданих форм взаємодії під час розслідування злочинів, пов'язаних з невиплатою заробітної плати та інших передбачених законом виплат. При цьому така взаємодія має починатися ще до порушення кримінальної справи і тривати аж до закінчення досудового слідства.

1. Криминалистика : Расследование преступлений в сфере экономики : учебник / под ред. проф. В.Д. Грабовского, доц. А. Ф. Лубина. – Ниж. Новгород : Нижегор. ВШ МВД России, 1995. – 400 с.
2. Корж В.П. Методика расследования экономических преступлений, совершаемых организованными группами, преступными организациями. Руководство для следователей : научно-практическое пособие / В. П. Корж. – Х. : издательство "Лицей", – 2002. – 280 с.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ И КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЕ ОСОБЕННОСТИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В ПРЕСТУПЛЕНИЯХ, СВЯЗАННЫХ С НЕВЫПЛАТОЙ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ, СТИПЕНДИИ, ПЕНСИИ И ДРУГИХ УСТАНОВЛЕННЫХ ЗАКОНОМ ВЫПЛАТ

В. Фигурский

Львовский национальный университет имени Ивана Франко
ул. Университетская, 1, 79000 Львов, Украина

В статье рассмотрен вопрос относительно состава участников доследственной проверки по делам о преступлениях, связанных с невыплатой заработной платы, стипендии, пенсии или иных установленных законом выплат и определенно, к компетенции какого органа целесообразнее всего отнести проведение такой проверки в отмеченной категории дел.

Ключевые слова: доследственная проверка, субъект, компетенция, заработная плата, стипендия, пенсия, выплаты.

PROCEDURAL AND CRIMINALISTICS PECULIARITIES OF CRIMINAL CASE INSTITUTION ON CRIMES, CONNECTED WITH FAILURE TO PAY SALARIES, WAGES, GRANTS, RETIREMENT BENEFITS AND OTHER LEGALLY STIPULATED PAYMENTS

V. Figurs'kyj

Ivan Franko National University of Lviv,
Universytetska Str. 1, UA – 79000 Lviv, Ukraine

The article intends to highlight the issues on participants composition of pre-investigation examination of crimes, connected with failure to pay salaries, wages, grants, retirement benefits and other legally stipulated payments. The author defines the body, empowered to provide such an examination in the above-stated cases.

Key words: pre-investigation examination, subject, discretion, salary, wages, grants, retirement benefit, payments.

Стаття надійшла до редколегії: 17.03.2011
Прийнята до друку: 30.03.2011

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

М. Бойчук
КЛАСИФІКАЦІЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ
В ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ 3

С. Добрянський
ВИХІДНІ ЗАСАДИ
ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ: СУЧАСНІ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ 12

В. Косович
СИСТЕМА НОРМАТИВНО-ПРАВОВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ:
ОСНОВНІ НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ 23

А. Найда, О. Малик
ФІЛОСОФСЬКІ УЯВЛЕННЯ, ІСТОРИЧНІ ТРАДИЦІЇ
ТА КУЛЬТУРОЛОГІЧНІ ОСОБЛИВОСТІ СПРИЙНЯТТЯ СМЕРТІ 36

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

І. Бойко
ЖИТТЄВИЙ І ТВОРЧИЙ ШЛЯХ
ПРОФ. В.С.КУЛЬЧИЦЬКОГО (1919–2009 45

В. Кахнич
СТАЖИНСЬКИЙ СТАНІСЛАВ – ВИДАТНИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІСТ
ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ 50

М. Кобилецький
ЛАТИНОМОВНІ ПРАЦІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДОСЛІДНИКІВ
XVI–XVII СТ. ІЗ ПРОБЛЕМ МАҐДЕБУРЗЬКОГО ПРАВА 56

А.Коваль
ПОНЯТТЯ “НАРОДУ” ТА “НАЦІОНАЛЬНИХ ДЕРЖАВ”
У ТВОРЧІЙ СПАДЩИНІ С. ДНІСТРЯНСЬКОГО 64

А. Кольбенко
ВИБОРЧЕ ПРАВО АНГЛІЇ В XIII-XVI СТ 69

К.Марисюк
МАЙНОВІ ПОКАРАННЯ У ВІЙСЬКОВОМУ СТАТУТІ
ПРО ПОКАРАННЯ 1869 Р. ТА ВІЙСЬКОВО-МОРСЬКОМУ СТАТУТІ
ПРО ПОКАРАННЯ 1886 Р. РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ 74

Б. Тищик
“АНДРІЙ ЧАЙКОВСЬКИЙ – ВІДОМИЙ ВИПУСКНИК
ЮРИДИЧНОГО ФАКУЛЬТЕТУ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ 80

Л. Ясінська
СТАНОВЛЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ОРГАНІВ
НОТАРІАЛЬНОГО САМОВРЯДУВАННЯ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ) 93

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

О. Бориславська, І. Заяць, С. Різник
ВЛАСНІСТЬ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ НА ЗЕМЛЮ
ЯК ЕЛЕМЕНТ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СУВЕРЕНІТЕТУ УКРАЇНИ 101

Л. Бориславський
ЮРИДИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ПРЕАМБУЛИ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ 118

П. Гураль
ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ
УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ В УКРАЇНІ 125

Є. Пілат
ОБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ 132

В. Прус
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ РАЙОННИХ РАД 141

О. Ревер
КОНСТИТУЦІЯ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ 1997 РОКУ:
ЗАГАЛЬНО-КЛАСИФІКАЦІЙНА ХАРАКТЕРИСТИКА 148

АДМІНІСТРАТИВНЕ І ФІНАНСОВЕ ПРАВО 156

А Лещух
МЕТОДИ ПРОФІЛАКТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ
МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ:
ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ ТА ХАРАКТЕРИСТИКА 156

Г. Ткач
ІНСТИТУТ ПРИМИРЕННЯ СТОРІН
В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ 163

А. Школик
ЗАКОН УКРАЇНИ
"ПРО ЗВЕРНЕННЯ ГРОМАДЯН" ТА ПРОЕКТ
АДМІНІСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО КОДЕКСУ: ОСНОВНІ ВІДМІННОСТІ 171

Н. Янюк
АТЕСТАЦІЯ ПУБЛІЧНИХ СЛУЖБОВЦІВ: ПРОБЛЕМИ
ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У НАЦІОНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ 177

ЦИВІЛЬНЕ, ГОСПОДАРСЬКЕ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

О. Гнатів
ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРІВ
ПРО ПЕРЕДАННЯ ПРАВ ЗА ПАЙОВИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ 184

М. Долинська
ОСОБЛИВОСТІ ВЧИНЕННЯ НОТАРІАЛЬНИХ ДІЙ
ПОСАДОВИМИ ОСОБАМИ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ 197

С. Лепех
КОНЦЕПЦІЯ ВІДПЛАТНОСТІ
ПОЗИКИ ГРОШЕЙ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2003 РОКУ 204

Ю. Навроцька
ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА ІНФОРМУВАННЯ
ЧЕРЕЗ ПРЕСУ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ 211

С. Сеник
ВІДМОВА У ВІДКРИТТІ ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ 218

О. Яворська
МАЙНОВІ ПРАВА ЯК ОБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНОГО ОБОРОТУ 225

ТРУДОВЕ ПРАВО ТА ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Д. Лещух
ПРАВОВИЙ СТАТУС ДЕРЖАВНОЇ ІНСПЕКЦІЇ ПРАЦІ В УКРАЇНІ 232

О. Рим
ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ КОНКУРЕНЦІЇ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ 238

С. Синчук
ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОБҐРУНТУВАННЯ
СФЕРИ СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ВІДНОСИН 246

О. Стасів
ЗАБОРОНА ПРИМУСОВОЇ ПРАЦІ
ЯК КОНСТИТУЦІЙНА ЗАСАДА ТРУДОВОГО ПРАВА 255

ЗЕМЕЛЬНЕ ТА АГРАРНЕ ПРАВО

М. Ващишин
ЮРИДИЧНІ ОЗНАКИ ФЕРМЕРСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА 263

О. Цюцик
ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ
ПОНЯТТЯ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПІДПРИЄМСТВА 270

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

Н. Антонюк
ЗМІСТ ПОНЯТТЯ "СХОВИЩЕ"
ПІД ЧАС ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВИКРАДЕННЯ 277

А. Бойко
ПОЛІТИЧНІ ЧИННИКИ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ 284

Л. Брич
ЗНАЧЕННЯ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ДІЯННЯ
У РОЗМЕЖУВАННІ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ ТА ВІДМЕЖУВАННІ ЇХ
ВІД СКЛАДІВ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ 290

В. Бурдін
ЗНАЧЕННЯ ОЗНАК ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ
СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ ОЗНАК ПОНЯТТЯ ОСУДНОСТІ 307

І. Вакула
СТАДІЇ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ: ІСТОРИЧНО – ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 314

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

В. Бабунич
СУТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ.
ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ
ПРИ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ В СУДІ 322

Н. Бобечко
НЕДОПУСТИМІСТЬ ПОГІРШЕННЯ
СТАНОВИЩА ПІДСУДНОГО В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 329

О. Калужна
ДОКАЗУВАННЯ ІСТОТНОЇ ПОДІБНОСТІ
ПІДРОБЛЕНИХ ГРОШОВИХ ЗНАКІВ ПРИ ПРОВАДЖЕННІ
У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ, ПЕРЕДБАЧЕНІ СТ. 199 КК УКРАЇНИ 342

І. Когутич
ОКРЕМІ МІРКУВАННЯ ЩОДО ВИКЛАДУ О.С. АЛЕКСАНДРОВИМ
“СУПЕРЕЧНОСТЕЙ ТА ПРОБЛЕМ СУЧАСНОЇ КРИМІНАЛІСТИКИ 353

М. Костін
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗУМНИХ СТРОКІВ СУДОЧИНСТВА
У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ 366

С. Крушинський
ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ
ПОДАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ
ДО СУДОВОЇ РЕФОРМИ 1864 РОКУ 375

О. Кучинська
ПОНЯТТЯ ПРИНЦИПІВ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА ЇХ ОСНОВНІ ОЗНАКИ 383

В. Нор
ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ ЯК ПРИНЦИП
КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА ТА ЙОГО ІНТЕРПРЕТАЦІЯ
ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ 389

В. Фігурський
ПРОЦЕСУАЛЬНІ ТА КРИМІНАЛІСТИЧНІ ОСОБЛИВОСТІ
ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ У ЗЛОЧИНАХ,
ПОВ’ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ,
СТИПЕНДІЇ, ПЕНСІЇ ТА ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ 402

CONTENTS

GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE

M. Boychuk
CLASSIFICATION OF DISCRETION AUTHORITIES
IN INTERNAL AFFAIRS BODIES ACTIVITY 3

S. Dobryans'kyi
GENERAL THEORY OF LAW AND THE STATE FUNDAMENTAL
HUMAN RIGHTS INITIAL PRINCIPLES: CURRENT INTERPRETATIONS 12

V. Kosovych
SYSTEM OF NORMATIVE-LEGAL ACTS
OF UKRAINE: MAIN COURSES OF ITS IMPROVEMENT 23

A. Naida, O. Malyk
PHILOSOPHICAL CONCEPTION, HISTORICAL TRADITIONS
AND CULTUROLOGICAL PECULIARITIES OF DEATH PERCEPTION 36

HISTORY OF THE STATE AND LAW

I. Boiko
LIFE AND CREATIVE ACTIVITY OF PROF. V.S. KUL'CHYTS'KYI (1919-2009)..... 45

V. Kahnych
HISTORY OF THE STATE AND LAW
STANISLAV STAZHYNS'KYI – PROMINENT CONSTITUTIONALIST
OF THE LAW FACULTY, LVIV UNIVERSITY 50

M. Kobylec'kyi
LATIN-LANGUAGE WORKS OF EUROPEAN SCHOLARS
OF XVI-XVII CENTURIES ON THE ISSUES OF MAGDEBURG LAW 56

A. Koval'
NOTIONS OF "NATION" AND "NATIONAL STATES"
IN THE CREATIVE HERITAGE OF S. DNISTRIANS'KYI 64

A. Kol'benko
ELECTORAL LAW OF ENGLAND IN THE XIII-XVI CENTURIES 69

K. Marysyuk
PROPERTY PENALTIES FORESEEN
BY THE 1869 ARTICLES OF WAR ON PUNISHMENTS
AND THE 1886 ARTICLES OF THE NAVY ON PUNISHMENTS
OF THE RUSSIAN EMPIRE 74

B. Tyshchyk
ANDRIJ CHAIKOVS'KYI – PROMINENT GRADUATE
OF THE LAW FACULTY, LVIV UNIVERSITY 80

L. Yasins'ka
ORIGIN AND FUNCTIONING OF NOTARY
SELF-GOVERNMENT BODIES (HISTORICO-LEGAL ASPECT)..... 93

CONSTITUTIONAL LAW

O. Boryslavs'ka, I. Zayac', S. Riznyk
CONSTITUTIONAL LAW LAND OWNERSHIP OF UKRAINIAN NATION AS ELEMENT OF CONSTITUTIONAL LEGAL MECHANISM OF UKRAINE'S SOVEREIGNTY PROVIDING 101

L. Boryslavs'kyi
ON THE LEGAL MEANING OF THE PREAMBLE TO THE CONSTITUTION OF UKRAINE 118

P. Gural'
ISSUES OF CONSTITUTIONAL LEGAL STATUS OF THE UKRAINIAN LANGUAGE IN UKRAINE 125

Je. Pilat
LEGAL RELATIONS OBJECTS IN THE INFORMATION SCOPE 132

V. Prus
CONSTITUTIONAL LEGAL ISSUES OF DISTRICT COUNCILS FORMATION 141

O. Rever
THE 1997 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND: GENERAL CLASSIFICATION CHARACTERISTICS 148

ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL LAW

A. Leshchuh
METHODS OF PROPHYLACTIC ACTIVITY OF LOCAL SELF-GOVERNTMENT BODIES IN UKRAINE: NOTION, ESSENCE AND CHARACTERISTICS 156

G. Tkach
INSTITUTE OF PARTIES CONCILIATION IN ADMINISTRATIVE JUSTICE 163

A. Shkolyk
LAW OF UKRAINE "ON CITIZENS' APPLICATION" AND DRAFT CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE: MAIN DIFFERENCES 171

N. Yanyuk
APPRAISAL OF GOVERNMENT OFFICIALS: ISSUES OF LEGAL REGULATION IN NATIONAL LEGISLATION 177

CIVIL, COMMERCIAL LAW AND LAW OF CIVIL PROCEDURE

O. Gnativ
PECULIARITIES OF CESSION OF RIGHTS AGREEMENTS UNDER THE PARTIAL SECURITIES 184

M. Dolyns'ka
PECULIARITIES OF NOTARIAL ACTS PERFORMANCE BY OFFICIALS OF SELF-GOVERNMENT BODIES 197

S. Lepeh
CONCEPTION OF MONEY LOAN RETRIBUTION
UNDER THE 2003 CIVIL CODE OF UKRAINE 204

Ju. Navrots'ka
PROCEDURAL FORM OF INFORMING THROUGH THE PRESS
IN CIVIL PROCEEDINGS 211

S. Senyk
DENIAL OF INSTITUTING THE PROCEEDINGS
IN THE CIVIL CASE 218

O. Javors'ka
PROPERTY RIGHTS AS OBJECTS OF CIVIL CIRCULATION 225

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW

D. Leshchuh
LEGAL STATUS OF STATE LABOUR INSPECTION IN UKRAINE 232

O. Rym
NOTION AND ESSENCE OF COMPETITION IN LABOUR LEGAL RELATIONS 238

S. Synchuk
ON THE REASONING ISSUE OF SOCIAL-SECURITY RELATIONS SCOPE 246

O.Stasiv
PROHIBITION OF THE FORCED LABOR,
AS THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF THE LABOR LAW 255

LAND AND AGRARIAN LAW

M. Vashchyshyn
LEGAL FEATURES OF FARMING ENTITY 263

O. Tsyutsyk
ISSUES OF LEGISLATIVE DEFINITION
OF AGRICULTURAL ENTERPRISE NOTION 270

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

N. Antonjuk
"PLACE OF SAFETY" NOTION DURING LIABILITY
DIFFERENTIATION FOR STEALAGE 277

A. Bojko
POLITICAL FACTORS OF CORRUPTION IN UKRAINE 284

L. Brych
MEANING OF SOCIALLY DANGEROUS ACTION
IN CRIMES COMPOSITIONS DELINEATION AND THEIR DISSOCIATION
FROM ADMINISTRATIVE INFRACTIONS COMPOSITIONS 290

V. Burdin
MEANING OF ESSENTIAL ELEMENTS
OF CRIME COMPOSITION OBJECTIVE SIDE FOR DEFINITION
OF SANITY NOTION FEATURES 307

V. Vakula
STAGES OF CRIME COMMITMENT: HISTORICO-LEGAL ASPECT 314

LAW OF CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

V. Babunych
GIST AND MEANING OF CROSS-EXAMINATION.
PROCEDURAL PECULIARITIES
OF CROSS-EXAMINATION DURING CRIMINAL CASES CONSIDERATION 322

N. Bobechko
EXCLUSION OF DEFENDANT'S STATE AGGRAVATION
IN APPEAL PROCEEDING 329

O. Kaluzhna
PROVING OF SUBSTANTIAL RESEMBLANCE OF COUNTERFEIT
CURRENCY NOTES DURING PROCEEDINGS ON CRIMES, FORESEEN
IN ARTICLE 199 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE 342

I. Kogutych
SOME CONSIDERATIONS ON EXPOSITION
OF "DIVERGENCES AND PROBLEMS OF CURRENT CRIMINALISTICS"
BY O. ALEXANDROV 353

M. Kostin
RATIONAL TERMS OF CRIMINAL PROCEEDINGS
UNDER CRIMINAL PROCEDURAL LEGISLATION OF UKRAINE 366

S. Krushyns'kyi
ORIGIN OF EVIDENCE FILING IN CRIMINAL JUSTICE
OF UKRAINE BEFORE THE 1864 JUDICIAL REFORM 375

O. Kuchyns'ka
CONCEPT OF CRIMINAL PROCEDURE PRINCIPLES
AND THEIR MAIN FEATURES 383

V. Nor
PRESUMPTION OF INNOCENCE AS PRINCIPLE
OF CRIMINAL JUSTICE PROCESS AND ITS INTERPRETATION
BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 389

V. Figurs'kyj
PROCEDURAL AND CRIMINALISTICS PECULIARITIES
OF CRIMINAL CASE INSTITUTION ON CRIMES, CONNECTED
WITH FAILURE TO PAY SALARIES, WAGES, GRANTS,
RETIREMENT BENEFITS AND OTHER LEGALLY STIPULATED PAYMENTS 402

Збірник наукових праць

ВІСНИК ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія юридична

Випуск 53

Видається з 1961 р.

Підп. до друку Формат 70x100/16. Папір друк. Друк на різогр.
Умовн. друк. арк. 33,6. Обл.-вид. арк. 32,3. Тираж прим. Зам. №

Видавничий центр Львівського національного університету імені Івана Франка
79000, м. Львів, вул. Дорошенка, 41.