

ВІСНИК Академії адвокатури України

▼ ПРАВО • НАУКА • ПРАКТИКА

число 3 (10) 2007

*Журнал включено до переліку
наукових фахових видань
постановою Президії ВАК України
від 08.06.2005 р. № 2-05/5*

*Заснований
у жовтні 2004 року*

Виходить 3 рази на рік

Свідоцтво

*про державну реєстрацію
Серія КВ № 8325
від 20.01.2004 року*

Рекомендовано

*до друку
Вченою радою
Академії адвокатури України
26.11.07 протокол № 3*

Засновник і видавець

Академія адвокатури України

Адреса редакції:

*02032, м. Київ,
бульвар Тараса Шевченка, 27.
Тел.: (044) 246-57-88, 246-57-40.*

КИЇВ 2007

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2007. – Вип. 10.

Видання висвітлює питання, пов'язані з побудовою демократичної правової держави, проведенням правової реформи, розвитком різних галузей права, наукові та практичні проблеми юриспруденції, наукові дискусії з проблем права.

Журнал розрахований на наукових та практичних працівників, викладачів вищої школи, аспірантів та студентів юридичних вищих навчальних закладів.

Редколегія “Вісника Академії адвокатури України”

Гончаренко В.Г. — *д-р юр. наук, проф., академік АПрНУ (голова редколегії)*

Захарова О.С. — *канд. юр. наук, доц. (заст. голови редколегії)*

Бояров В.І. — *канд. юр. наук, доц. (вчений секретар редколегії)*

Антонюк Н.М. — *канд. пед. наук, доц.*

Булгакова І.В. — *канд. юр. наук, доц.*

Варфоломєєва Т.В. — *д-р юр. наук, чл.-кор. АПрНУ*

Воронова Л.К. — *д-р юр. наук, проф., академік АПрНУ*

Гончаренко С.В. — *канд. юр. наук, доц.*

Дзера О.В. — *д-р юр. наук, проф., чл.-кор. АПрНУ*

Конончук Т.І. — *канд. філол. наук, доц.*

Кузнєцова Н.С. — *д-р юр. наук, проф., академік АПрНУ*

Кучинська О.П. — *канд. юр. наук, доц.*

Мироненко Н.М. — *д-р юр. наук, проф., чл.-кор. АПрНУ*

Мількова К.В. — *відповідальний координатор роботи в редколегії*

Мунтян В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

Нор В.Т. — *д-р юр. наук, проф., чл.-кор. АПрНУ*

Пацурківський П. С. — *д-р юр. наук, проф.*

Ромовська З.В. — *д-р юр. наук, проф.*

Фесенко Є.В. — *д-р юр. наук, доц.*

Фалалєєва Л.Г. — *канд. юр. наук, доц.*

Чубарєв В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

Підписано до друку 03.12.07. Формат 70x100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друк.арк. 14,90. Обл.-вид. арк. 15,27. Тираж 150 пр. Замовлення № 2570. Ціна договірна.

Набір та верстка виконані у видавничому центрі Академії адвокатури України.
02032, м. Київ, бульвар Тараса Шевченка, 27.

Адреса редакції: 02032, м. Київ, бульвар Тараса Шевченка, 27.
Тел.: (044) 246-57-88, 246-57-40.

Друк ТОВ «Видавництво “Аспект-Поліграф”».
16600, Чернігівська обл., м. Ніжин, вул. Шевченка, 109 А.

ЗМІСТ

<i>ТИХИЙ В.П.</i> Правова природа, повноваження, рішення та висновки Конституційного Суду України	5
<i>БУРУКОВСЬКА Н.В.</i> Класична, неklasична та постнеklasична моделі розвитку наукового знання.....	19
<i>АСТРОВА Л.М.</i> Склад і особливості формування Конституційного Суду України	27
<i>ГОНЧАРЕНКО В.Г.</i> Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення	32
<i>ЗЕЙКАН Я.П.</i> Негласне проникнення до житла та інші обмеження прав людини: адвокатський погляд на проблему	45
<i>ГОНЧАРЕНКО С.В.</i> Напрями реформування адвокатури у пострадянському просторі.....	55
<i>ХОТИНСЬКА-НОР О.З.</i> Відстрочка, розстрочка, зміна способу та порядку виконання рішення суду в контексті права на судовий захист	63
<i>КАШИНЦЕВА О.Ю.</i> Проблеми визначення статусу ембріона: етико-правовий аспект.....	68
<i>ГУРА Р.М., БОЖАГОРА Н.М.</i> Товариство з обмеженою відповідальністю (правовий аналіз).....	75
<i>ГРИЩУК В.К.</i> Питання кримінальної відповідальності юридичних осіб в Англії, США, Франції та Республіці Польща.....	79
<i>ГАРАЩУК М.В.</i> Генезис ідеї справедливого покарання у контексті європейської правової традиції нового часу.....	89
<i>КІКАЛІШВІЛІ М.В.</i> Правовий стан і правові взаємодії засудженого в кримінально-виконавчому праві України.....	96
<i>ДАНИЛЕВСЬКИЙ А.О.</i> До питання про юридичну природу матеріального, організаційного чи іншого сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації	101
<i>БЛУДИЛІНА М.Є.</i> Окремі питання порушення справи в кримінальному процесі України	105
<i>КУРДЮКОВ В.В.</i> Обов'язкове призначення судово-психологічної експертизи	110
<i>КАЛЮЖНА Л.Є.</i> До питання про сутність, завдання та мету перевірки показань на місці	116
<i>ПІНЧУК Н.І.</i> Питання призначення нотаріусом експертизи документів	120

<i>МИХАЛЬЧУК Т.В.</i>	
Використання при розслідуванні злочинів доказів, отриманих телекомунікаційним шляхом	126
<i>БІРЮКОВА А.М.</i>	
Гарантії адвокатської діяльності при здійсненні захисту	135
<i>КОСТИН А.Е.</i>	
Как совместить членство обязательное и добровольное? (<i>Опыт регулирования деятельности объединений адвокатов в Германии</i>).....	139
<i>КРИЛОВА І.І.</i>	
Поняття, основні риси та види нормативних актів	143
<i>ЦАКАДЗЕ Н.Ч.</i>	
Прокуратура та її місце в системі органів влади	148
<i>БОЙКО І.І.</i>	
Еволюція механізму мирного розв'язання міжнародних спорів і врегулювання міжнародних конфліктів з давніх часів до Вестфальського конгресу	154
<i>АНТОНЮК Н.М.</i>	
Болонська система: іноземні мови та переклад	161
<i>ШКІРЕНКО О.В.</i>	
Формування духовних цінностей студента на основі моделі високодуховної особистості майбутнього правознавця	166
<i>ГОРОХОВА І.В.</i>	
Поняття картини світу та основні засади її моделювання	172
<i>СТУДЕНТСЬКЕ НАУКОВЕ ЖИТТЯ</i>	
<i>ЧЕРНИШЕНКО Т.В.</i>	
Правові наслідки неавтентичності офіційного перекладу міжнародних договорів	179



В.П. Тихий,
доктор юридичних наук,
суддя Конституційного Суду України у відставці

Правова природа, повноваження, рішення та висновки Конституційного Суду України

Ключові слова: Конституція, Конституційний Суд, юрисдикція, рішення, висновки, виконання, тлумачення.

Необхідною ознакою демократичної, соціальної, правової держави є здійснення судової конституційної юрисдикції, сутність якої полягає в юридичній перевірці судом правових актів вищих органів держави на відповідність конституції і визнанні їх у разі неконституційності нечинними.

Згідно з Конституцією України (далі — Конституція) правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, делегування функцій суддів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються (ч. 1 ст. 124), юрисдикція суддів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ч. 2 ст. 124), судочинство здійснюється Конституційним Судом України (далі — Конституційний Суд) та судами загальної юрисдикції (ч. 3 ст. 124), єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні є Конституційний Суд (ч. 1 ст. 147). Саме він вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції і дає офіційне тлумачення Конституції та законів України (ч. 2 ст. 147 Конституції).

Конституційний Суд є одним із вищих органів державної влади в Україні. Це не наглядовий і не контролюючий, а юрисдикційний судовий орган, невід'ємна частина єдиної судової влади, спеціалізований, не включений до системи судів загальної юрисдикції суд для розгляду конституційно-правових спорів. Згідно з Конституцією Конституційний Суд

має правосудну природу і правосудний статус і за характером, принципами і змістом своєї державної діяльності здійснює не нагляд чи контроль, а судову владу — правосуддя — конституційне правосуддя (вирішує питання конституційно-правові спори), у певній визначеній законом формі — у формі конституційного судочинства (ст. 6, 124, 127, 147).

Відповідно до Конституції є демократична, соціальна, правова держава (ст. 1), людина її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визначаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ч. 1 ст. 3), права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість держави, утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 2 ст. 3), в Україні визначається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8), Конституція має найвищу юридичну силу (ч. 2 ст. 8), закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції і повинні відповідати їй (ч. 3 ст. 8).

В зв'язку з цим основне соціальне призначення Конституційного Суду — гарантування верховенства права і Конституції, захист прав і свобод людини, розв'язання юридичних (конституційно-правових) спорів між більшістю народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України і опозицією, між законодавчою і виконавчою гілками влади, бути їх правовим арбітром і

противагою можливого зловживанню ними своїми повноваженнями [5, 178].

Конституційний Суд має всі види юрисдикційних повноважень, притаманних європейським конституційним судам.

Діяльність Конституційного Суду ґрунтується на принципах верховенства права, незалежності, колегіальності, рівноправності суддів, гласності, повного і всебічного розгляду справ та обґрунтованості прийнятих ним рішень.

Повноваження Конституційного Суду визначаються лише Конституцією, а порядок організації і діяльності та процедура розгляду ним справ як Конституцією, так і законами України, зокрема, Законом України від 16 жовтня 1996 р. “Про Конституційний Суд України”.

Тому Закон України від 4 серпня 2006 р. “Про внесення змін до розділу IV “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про Конституційний Суд України””, яким Верховна Рада України виключила з юрисдикції Конституційного Суду питання про відповідність (конституційність) “законів України про внесення змін до Конституції України, які набрали чинності”, суперечить Конституції України (є неконституційним).

Не відповідає Конституції і ст. 40 Закону України “Про внесення змін до Закону України “Про громадянство України””, яка поклала на Конституційний Суд розгляд на відповідність Конституції всіх рішень конкретно-адміністративного характеру з питань громадянства, прийнятих Президентом України*.

Суперечила Конституції і ст. 32 Закону України “Про об’єднання громадян” від 16 червня 1992 р., яка до повноважень Конституційного Суду відносила вирішення питання про примусовий розпуск всеукраїнських та міжнародних об’єднань громадян на території України [2]**.

Конституційний Суд приймає акти, що регламентують організацію його внутрішньої

роботи. На цей час діє Регламент Конституційного Суду від 5 березня 1997 р. (з відповідними змінами), який визначає питання внутрішньої діяльності Конституційного Суду.

Згідно з Конституцією до повноважень Конституційного Суду належить:

1. вирішення питання про відповідність Конституції (конституційність):

- законів та інших правових актів Верховної Ради України;
- актів Президента України;
- актів Кабінету Міністрів України;
- правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 1 ч. 1 ст. 150).

2. надання висновку:

- про відповідність Конституції чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на її обов’язковість (ч. 1 ст. 151);
- про відповідність вимогам статей 157 і 158 Конституції законопроектів про внесення змін до Конституції (ст. 159);
- про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України (п. 28 ч. 1 ст. 85).

3. перевірка справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту і надання висновку щодо додержання конституційної процедури її розслідування і розгляду (ч. 6 ст. 111, ч. 2 ст. 151);

4. офіційне тлумачення Конституції та законів України (п. 2 ч. 1 ст. 150).

Відповідно до ст. 103 Конституції (Основного Закону) України 1978 р. (зі змінами і доповненнями) Конституційному Суду і Верховному Суду України належало право законодавчої ініціативи. Практика показала, що при здійсненні цього права Верховний Суд України ставав безпосереднім учасником законодавчої процедури і повинен був разом з Верховною Радою України нести відповідальність за конституційність прийнятих законів. При наданні права законодавчої ініціативи Конституційному Суду та Верховному Суду України вони стають порушниками консти-

* З набранням чинності Закону України “Про громадянство України” від 18 січня 2001 р. вказана норма втратила силу.

** Закон України № 762 — IV (762-15) від 15 травня 2003 р. редакцію ст. 32 змінив.

туційного принципу поділу влади. Інтереси верховенства права, захисту прав і свобод людини і громадянина, авторитету, незалежності, безпосередності і неупередженості суду свідчить про неможливість надання права законодавчої ініціативи Конституційному Суду і Верховному Суду України.

Перевірці відповідності Конституції (конституційності) підлягають лише ті закони та інші правові акти, які набрали чинності, тобто оцінка законів та інших правових актів здійснюється Конституційним Судом тільки в порядку наступної (репресивної) судової перевірки.

Поняття законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України та правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим передбачені відповідно ст. 91, ч. 3 і ч. 4 ст. 106, ст. 117, 135 і 137 Конституції. При цьому термін “закон” вживається тут не у широкому значенні, яке охоплює також і Конституцію, а у вузькому значенні.

За змістом ст. 147 та 150 Конституції, які визначають межі юрисдикції Конституційного Суду, перевірки на предмет конституційності підлягають відповідні правові акти. При цьому серед них не виділено нормативно-правових або індивідуально-правових, тобто до повноважень Конституційного Суду належить вирішення питань щодо конституційності відповідних правових актів незалежно від того, мають вони нормативно-правовий чи індивідуально-правовий характер.

Згідно з підпунктом 1 пункту 3 розділу IV “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про Конституційний Суд України” юрисдикція Конституційного Суду з питань про відповідність Конституції (конституційність) правових актів поширюється на закони України та інші правові акти Верховної Ради України, акти Президента України, акти Кабінету Міністрів України, правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим прийняті після набуття чинності Конституцією.

У відповідності до п. 1 розділу XV Перехідних положень Конституції Закони та інші нормативно-правові акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції. Отже,

вони також можуть перевірятися Конституційним Судом щодо їх конституційності.

Підпунктом 2 пункту 3 розділу IV “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про Конституційний Суд України” та Рішенням Конституційного Суду від 23 червня 1997 р. у справі № 3/35-313 про акти органів Верховної Ради України юрисдикція Конституційного Суду з питань про відповідність Конституції (конституційність) правових актів поширена також і на закони та інші правові акти Верховної Ради України, нормативні акти Президії Верховної Ради України, правові акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим, прийняті до набуття чинності Конституції (справа про акти органів Верховної Ради України).

При цьому, Конституційний Суд виходить з того, що на підставі пункту 1 розділу XV “Перехідні положення” Конституції правомірним є поширення юрисдикції Конституційного Суду з питань про відповідність Конституції правових актів, прийнятих до набуття чинності Конституцією, тільки на нормативні правові акти, враховуючи, що за своєю природою ненормативні правові акти, на відміну від нормативних, встановлюють не загальні правила поведінки, а конкретні приписи, звернені до окремого індивіда чи юридичної особи, застосовуються одноразово і після реалізації вичерпують свою дію.

Об’єктом конституційної юрисдикції можуть бути не тільки письмові акти, але й дії або бездіяльність Верховної Ради Автономної Республіки Крим (наприклад, невиконання вимог ст. 138 Конституції про призначення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим тощо). Такі способи порушення Конституції або законів України не виключаються і тому згідно з Конституцією Верховна Рада України може достроково припинити повноваження Верховної Ради Автономної Республіки Крим за наявності висновку Конституційного Суду про порушення нею Конституції або Законів України (п. 28 ч. 1 ст. 85).

Як показує практика, не зайвим було б як об’єкт юрисдикції Конституційного Суду передбачити і бездіяльність вищих органів влади України.

Не можуть бути об'єктом перевірки Конституційного Суду проекти правових актів, крім відповідно до ст. 159 Конституції, законопроектів про внесення змін до Конституції України. З огляду на принципи поділу влади (ст. 6 Конституції) повноваження Конституційного Суду не дозволяють йому втручатися в стадії правотворчого (законодавчого) процесу, здійснювати попередню перевірку.

За змістом ст. 150 і 152 Конституції об'єктом перевірки Конституційного Суду можуть бути тільки закони та інші правові акти, які не втратили чинності. Якщо на момент розгляду справи Конституційним Судом правовий акт втратив чинність, Конституційний Суд здійснює його перевірку на предмет конституційності тільки в тих випадках, коли неможливо поновити конституційні права і свободи людини і громадянина, порушені його застосуванням.

До повноважень Конституційного Суду не належать питання щодо законності підзаконних актів Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України.

Конституційний Суд також не уповноважений вирішувати питання як конституційності, так і законності рішень органів місцевого самоврядування (ст. 144 Конституції), актів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, місцевих державних адміністрацій, актів органів прокуратури України, судів загальної юрисдикції тощо.

Певною мірою суперечливим є положення ч. 2 ст. 137 Конституції, згідно якого з мотивів невідповідності нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим Конституції та законам України Президент України може зупинити їх з одночасним зверненням до Конституційного Суду лише щодо їх неконституційності. В той же час до повноважень Верховної Ради України належить дострокове припинення повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим за наявності висновку Конституційного Суду про порушення нею Конституції або законів України (п. 28 ч. 1 ст. 85 Конституції). З цього випливає, що Конституційний Суд в таких випадках вирішує питання як конституційності, так і законності актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Але незаконними

акти Верховної Ради Автономної Республіки Крим можуть визнаватися і судами загальної юрисдикції.

Конституційний Суд перевіряє відповідність законів та інших правових актів чинній Конституції України і не уповноважений перевіряти відповідність правових актів колишній Конституції і Конституційному Договору між Верховною Радою України та Президентом України "Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України", дія яких припинилась одночасно з набуттям чинності Конституції, тобто з дня її прийняття (ст. 160 Конституції, Закон України "Про прийняття Конституції України і введення її в дію" від 28 червня 1996 р.).

Об'єктом перевірки Конституційного Суду є лише ті акти, які мають правове значення, стосуються права, тягнуть за собою юридичні наслідки. Отже, не можуть бути об'єктом конституційного контролю Конституційного Суду такі акти, як звернення, заяви, акти політичного характеру тощо, які не мають юридичного значення, не породжують жодних юридичних наслідків.

Конституційний Суд не вправі перевіряти конституційність положень чинної Конституції ні за якими параметрами, і вони не можуть бути визнані неконституційними. Проте, Розділ XIII "Внесення змін до Конституції України" Конституції встановлює порядок внесення змін до Конституції і передбачає певні обмеження при внесенні змін до неї. Тому об'єктом перевірки Конституційного Суду є не тільки законопроекти про внесення змін до Конституції (ст. 159 Конституції), але й закони про внесення змін до Конституції.

Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ (ч. 1 ст. 5 Конституції), тобто в Україні вся влада належить народу (Рішення Конституційного Суду від 5 жовтня 2005 р. Справа № 1-5/2005 про здійснення влади народом). Влада народу є первинною, єдиною і невід'ємною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення, зокрема, через референдуми, результати яких є обов'язковими. Тому не можуть бути об'єктом перевірки Конституційного Суду закони, при-

йнятті всеукраїнськими референдумами. Але правові акти Верховної Ради України та акти Президента України, прийняті відповідно до їх повноважень про призначення референдуму, є об'єктами перевірки Конституційного Суду.

Конституційний Суд у Рішенні від 27 березня 2000 р. у справі № 1-26/2000 про всеукраїнський референдум за народною ініціативою роз'яснив, що Конституція не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина або якщо вони спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України (ст. 157). У зв'язку з цим Конституційний Суд вважає необгрунтованою думку, висловлену учасниками конституційного провадження, згідно з якою ні Центральна виборча комісія, ні Президент України, ні інші державні органи влади не повноважні здійснювати перевірку щодо відповідності Конституції питань, які пропонуються ініціативними групами громадян для всеукраїнського референдуму за народною ініціативою.

Конституційний Суд вирішує питання про відповідність Конституції (конституційність) правових актів у вигляді як абстрактної, так і конкретної конституційної перевірки. Абстрактна перевірка не пов'язана зі застосуванням правового акта, а конкретна перевірка, навпаки, здійснюється в зв'язку з конкретними випадками застосування правового акта чи з конкретною діяльністю органів держави і посадових осіб.

Відповідно до Конституції закони та інші правові акти за рішенням Конституційного Суду визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині, якщо вони не відповідають Конституції або якщо була порушена встановлена Конституцією процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності (ч. 1 ст. 152).

Звідси випливає, що Конституційний Суд вирішує питання про відповідність Конституції (конституційність) законів та інших правових актів як з точки зору матеріальної, тобто змістової їх перевірки, так і формальної, тобто перевірки відповідності встановленої Конституцією процедури їх розгляду, ухва-

лення або набрання ними чинності та дотримання конституційних повноважень при їх прийнятті.

Відповідно до ч. 1 ст. 151 Конституції об'єктом перевірки Конституційним Судом можуть бути, як міжнародні договори України, так і міжнародні договори, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість. Поняття міжнародного договору України та перелік видів міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість, визначені в Законі України від 29 червня 2004 р. "Про міжнародні договори України" [1].

Відповідно до ст. 7 Закону України "Про правонаступництво" Україна є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки. Таким чином, об'єктом перевірки Конституційним Судом можуть бути і міжнародні договори СРСР. Міжнародні договори, які втратили чинність, не можуть бути об'єктом перевірки Конституційним Судом.

Об'єктом конституційної юрисдикції може бути як будь-який міжнародний договір України, так і відповідні акти нашої держави про приєднання до них, визначення їх міжнародними договорами України. Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ст. 9 Конституції).

В ч. 2 ст. 87 Закону України "Про Конституційний Суд України" зазначено, що "у разі дачі висновків про невідповідність міжнародного договору Конституції України Конституційний Суд України у цьому ж провадженні вирішує також питання щодо неконституційності цього договору чи його окремих частин". Тому Конституційний Суд надає не тільки висновок, але й приймає певне рішення стосовно будь-якого правового акту, який є об'єктом його юрисдикції.

Норми міжнародного договору можуть мати практику їх офіційного тлумачення міжнародними органами. Так, юрисдикція Європейського Суду з прав людини відповідно до ч. 1 ст. 32 Конвенції про захист прав людини

і основоположних свобод “поширюється на всі питання, які стосуються тлумачення та застосування конвенції”. Врахування таких тлумачень є частиною виконання забор’язань за міжнародними договорами [6, 81–84].

Об’єктом перевірки Конституційним Судом також може бути законопроект про внесення змін до Конституції щодо його відповідності вимогам ст. 157 і 158 Конституції (ст. 159 Конституції). При розгляді цих справ Конституційний Суд перевіряє і порядок внесення змін до Конституції, передбачений розділом XIII Конституції. В рішенні Конституційного Суду від 9 червня 1998 р. у справі № 1-26/98 щодо внесення змін до Конституції роз’яснено, що “включення ст. 159 до розділу XIII Конституції України зумовлено тим, щоб не допустити внесення змін до Конституції України всупереч вимогам ст. 157 і 158 Конституції України. Звідси випливає, що згідно із ст. 159 Конституції України обов’язкової перевірки на відповідність ст. 157 і 158 Конституції України підлягають і усі можливі поправки, внесені до законопроекту, поданого до Верховної Ради України в порядку ст. 154, 155, 156 Конституції України, у процесі його розгляду на пленарному засіданні Верховної Ради України”.

Отже, законопроект, який за висновком Конституційного Суду відповідав вимогам ст. 157 і 158 Конституції і до якого було внесено поправки під час розгляду на пленарному засіданні Верховної Ради України підлягає також перевірці Конституційного Суду щодо відповідності цього законопроекту вимогам зазначених статей перед прийняттям його як закону про внесення змін до Конституції.

Таким чином, стосовно надання висновку про відповідність Конституції міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов’язковість, та про відповідність вимогам статей 157 і 158 Конституції законопроектів про внесення змін до Конституції перевірка Конституційного Суду має попередній (превентивний) характер.

Об’єктом перевірки Конституційного Суду може бути питання додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України

з поста в порядку імпичменту (ч. 2 ст. 151 Конституції).

Конституційна процедура розслідування і розгляду справ про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту передбачена ст. 111 Конституції. Згідно цього перевірки Конституційного Суду підлягають: ініціювання більшістю від конституційного складу Верховної Ради України питання про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту; створення Верховною Радою України спеціальної слідчої комісії для проведення розслідування; включення до її складу спеціального прокурора і спеціальних слідчих; робота цієї комісії; її висновки і пропозиції; розгляд їх на засіданні Верховної Ради України; прийняття за наявності підстав Верховною Радою України не менше як двома третинами від її конституційного складу рішення про звинувачення Президента у вчиненні ним державної зради або іншого злочину; прийняття Верховною Радою України рішення про звернення до Конституційного Суду про отримання його висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту.

Відставка за власним бажанням Президента України, якому пред’явлено звинувачення у вчиненні злочину, є підставою для закриття конституційного провадження (ч. 1 ст. 91 Закону України “Про Конституційний Суд України”).

Ледь не загальноприйнятим стало положення про те, що Конституційний Суд не встановлює фактичних обставин — до його юрисдикції належать лише питання права, а не питання факту [3, 111; 7, 50].

Але перевірка деяких питань, зокрема, встановленої Конституцією процедури розгляду, ухвалення або набрання чинності правових актів (ч. 1 ст. 152 Конституції), перевірка справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту, щодо додержання конституційної процедури її розслідування і розгляду (ч. 2 ст. 151 Конституції) тощо, інколи може вимагати й встановлення Конституційним Судом фактичних обставин. До того ж нормативно-правовий акт міг бути прийнятий з порушенням ч. 3 ст. 84 Консти-

туції, яка передбачає, що голосування на засіданнях Верховної Ради України здійснюється народним депутатом особисто.

У рішенні Конституційного Суду від 7 липня 1998 р. по справі № 1-19/98 щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України роз'яснено, що положення ч. 3 ст. 84 Конституції щодо здійснення народним депутатом України голосування на засіданнях Верховної Ради України означає його безпосереднє волевиявлення незалежно від способу голосування, тобто народний депутат України не має права голосувати за інших народних депутатів на засіданнях Верховної Ради України.

Порушення встановленої Конституцією процедури ухвалення законів та інших правових актів Верховною Радою України є підставою для визначення їх неконституційними (ч. 1 ст. 152 Конституції).

За радянською системою влади, виходячи з формального верховенства вищого представницького органу, наділеного також формально всією повнотою державної влади, право офіційного владного тлумачення Конституції та законів України належало Верховній Раді. Конституція закріпила розподіл державної влади на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6) і з відання Верховної ради України право офіційного тлумачення Конституції та законів України передала до самостійних повноважень Конституційного Суду (ч. 2 ст. 147, п. 2 ч. 1 ст. 150), який визнала єдиним органом конституційної юрисдикції України (ч. 1 ст. 147). Офіційне тлумачення Конституції та законів України є виключною прерогативою Конституційного Суду і самостійним напрямом його діяльності. Про це свідчить не тільки ч. 2 ст. 147 та п. 2 ч. 1 ст. 150 Конституції, але й п. 6 розділу XV Перехідних положень Конституції, згідно з яким Верховна Рада України мала право здійснювати тлумачення законів лише до створення Конституційного Суду.

Як відзначається у Рішенні Конституційного Суду від 11 липня 1997 р. у справі № 1/1909-97 щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України статті 98 Конституції, “ці зміни зумовлені переходом до нового порядку здійснення державної

влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову (ч. 1 ст. 6 Конституції України), органи яких взаємодіють між собою на підставі конституційно закріпленої системи стримувань і противаг, здійснюючи свої повноваження в межах, встановлених Конституцією України, і відповідно до законів України (ч. 2 ст. 6 Конституції України)”.

Збереження за Верховною Радою України функції офіційного тлумачення (роз'яснення) Конституції та законів України не тільки створювало б небезпеку внесення змін у зміст цих нормативно-правових актів з метою надання їм зворотної дії, але й позбавляло б остаточності рішення Конституційного Суду, вело б до їх перегляду та скасування, підривало б стабільність законодавства, робило б парламент суддею у своїй власній справі, чим порушувало б цей загальновизнаний принцип. Якщо Верховна Рада України має намір створити нові правові норми, то вона може це зробити з допомогою прийняття закону. При незгоді парламенту з рішенням Конституційного Суду про тлумачення тих чи інших положень закону, він може внести до нього поправки, щоб зробити його більш чітким чи зовсім по-іншому, але відповідно до Конституції врегулювати ті чи інші суспільні відносини.

Об'єктом офіційного тлумачення Конституційного Суду є чинні Конституція та закони України, прийняті як до, так і після набуття чинності Конституцією. Закони, які не набрали чинності, та закони, які втратили силу, офіційному тлумаченню Конституційним Судом не підлягають. Але об'єктом офіційного тлумачення Конституційного Суду можуть бути закони або їх окремі положення, які застосовуються в зв'язку з їх переживаючою (ультраактивною) силою.

Офіційному тлумаченню Конституційного Суду підлягають закони, які відповідають Конституції. Тому офіційному тлумаченню законів України передують з'ясування питання їх відповідності Конституції (конституційності). Якщо виявиться, що закон не відповідає Конституції, суперечить їй, він визнається неконституційним з усіма наслідками, що випливають з цього.

Так, Конституційний Суд у справі щодо офіційного тлумачення ст. 3, 23, 31, 47, 48

Закону України “Про інформацію” та ст. 12 Закону України “Про прокуратуру” визнав неконституційним положення ч. 4 ст. 12 Закону України “Про прокуратуру” щодо можливості оскарження прийнятого прокурором рішення лише у передбачених законом випадках, оскільки винятки з конституційних норм встановлюються самою Конституцією, а не іншими нормативними актами.

Якщо можливі різні інтерпретації тих чи інших положень Конституції або законів України і ці тлумачення не суперечать Конституції, вирішувати такі питання, конкретизувати такі положення повинен парламент. В протилежному випадку, своїм тлумаченням вказаних положень Конституції або законів України Конституційний Суд обмежував би повноваження Верховної Ради України.

В тих випадках, де існують прогалини в Конституції або законах України Конституційний Суд повинен відмовитися від тлумачення, бо тут немає об’єкта тлумачення, а заповнення прогалин у законодавстві Конституційному Суду не підвладне*.

Конституційний Суд за результатами розгляду на пленарних засіданнях справ щодо конституційності законів та інших правових актів і щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України приймає рішення, а в справах з інших питань — дає висновки**.

Конституційний Суд приймає рішення і висновки тільки стосовно того, що може бути обґрунтовано положеннями Конституції.

Зміст рішень і висновків Конституційного Суду має містити данні передбачені відповідно ст. 65–66 Закону України “Про Конституційний Суд України”.

Рішення і висновки Конституційного Суду України офіційно оприлюднюються

наступного робочого дня після їх підписання. Вони разом з окремою думкою суддів Конституційного Суду України публікуються у “Віснику Конституційного Суду України” та в інших офіційних виданнях України.

Незважаючи на відмінності за формою, рішення і висновки Конституційного Суду рівною мірою є обов’язковими до виконання. Це передбачено як ч. 2 ст. 150 Конституції, так і ч. 3 ст. 124 Конституції, відповідно до якої судочинство здійснюється Конституційним Судом та судами загальної юрисдикції, а також з частини 5 цієї статті, згідно з якою всі судові рішення, незалежно від їх конкретних форм, що ухвалюються судами іменем України, є обов’язковими до виконання на всій території України. Саме так вирішено це питання і в Законі України “Про Конституційний Суд України” (ст. 69).

Рішення і висновки Конституційного Суду діють безпосередньо і не потребують підтвердження з боку будь-яких органів державної влади, посадових та службових осіб. У разі необхідності Конституційний Суд України може визначити у своєму рішенні порядок і строки їх виконання, а також покласти на відповідні державні органи обов’язки щодо забезпечення виконання рішення. Конституційний Суд має право зажадати від цих органів письмового підтвердження виконання рішення Конституційного Суду (ст. 70 Закону України “Про Конституційний Суд України”). Конституційний Суд роз’яснив, що положення ч. 2 ст. 70 Закону України “Про Конституційний Суд України” щодо порядку виконання рішень Конституційного Суду, треба розуміти як право Конституційного Суду у разі необхідності визначати у своєму рішенні, висновку порядок і строки його виконання та покласти обов’язок на відповідні державні органи забезпечити це виконання. При цьому незалежно від того, чи визначено в рішенні Конституційного Суду порядок його виконання, відповідні державні органи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (Рішення Конституційного Суду у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) По-

* Суді загальної юрисдикції мають право і зобов’язані долати прогалини в праві стосовно конкретних справ, вирішувати їх за аналогією права (закону). Забороняється відмова в правосудді в зв’язку з відсутністю або неповноті нормативно-правових актів. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено (ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України).

** Всупереч ч. 2 ст. 150 Конституції, яка зазначає, що з питань офіційного тлумачення Конституції та законів України Конституційний Суд ухвалює рішення, Закон України “Про Конституційний Суд України” називає ці акти висновками Конституційного Суду України (ст. 62).

станови Верховної Ради України “Про чинність Закону України “Про Рахункову палату”, офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 150 Конституції, а також ч. 2 ст. 70 Закону України “Про Конституційний Суд України” стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду [4, 21]. Додаткове визначення у рішеннях Конституційного Суду України порядку їх виконання не скасовує і не підміняє загальної обов’язковості їх виконання [4, 21].

Рішення і висновки Конституційного Суду є остаточними. Це означає, що вони набирають чинності з моменту ухвалення (проголошення) і ніхто, в тому числі і Конституційний Суд, скасувати або змінити їх не можуть. Але зміни Конституції тягнуть за собою і відповідні зміни рішень Конституційного Суду.

Рішення і висновки Конституційного Суду не можуть бути оскаржені. Разом з тим у відповідності до ч. 4 ст. 55 Конституції, якщо особою використані всі національні засоби правового захисту, вона має право звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідник міжнародних судових органів чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, а значить і оскаржувати в них рішення Конституційного Суду. Але незалежно від наслідків розгляду такої скарги міждержавні органи ні в якому випадку не мають права скасовувати рішення суду тієї чи іншої держави.

У рішенні Конституційного Суду щодо відповідності Конституції (конституційності) правових актів вони визнаються чинними чи не чинними на майбутнє.

У разі, якщо ці акти або їх окремі положення визнаються такими, що не відповідають Конституції (є неконституційними), вони оголошуються не чинними і втрачають чинність від дня прийняття Конституційним Судом рішення про їх неконституційність (ч. 2 ст. 152 Конституції, ст. 73 Закону України “Про Конституційний Суд України”). Ці акти фактично скасовуються і не мають юридичної сили з моменту ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність. І саме з цього часу закони, інші правові акти або їх окремі положення, які рішеннями Конституційного Суду визнані неконституційними, не підлягають виконанню (застосуванню) як

такі, що втратили силу на підставі рішення Конституційного Суду.

Визнання правового акту неконституційним означає його вилучення з правової системи, оскільки він вважається анульованим, не чинним і не підлягає застосуванню. Як роз’яснив Конституційний Суд, “положення ч. 2 ст. 150 Конституції України щодо виконання рішень Конституційного Суду України необхідно розуміти так, що закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані за цими рішеннями неконституційними, не підлягають застосуванню як такі, що відповідно до ч. 2 ст. 152 Конституції України втратили чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність [4, 21].

Органи державної влади, органи Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, посадові та службові особи, громадяни та їх об’єднання, іноземці, особи без громадянства, юридичні особи не в праві застосовувати чи використовувати правові акти або їх положення, які визнані неконституційними [4, 20].

Юридична сила рішення Конституційного Суду про визнання правового акта неконституційним не може бути подолана повторним прийняттям цього ж акта.

Рішення Конституційного Суду, якими визнані закони, інші нормативно-правові акти або їх окремі положення, неконституційними, мають силу нормативно-правового акта. Визнаючи той чи інший нормативно-правовий акт неконституційним і тим самим скасовуючи його, Конституційний Суд виконує функцію негативного правотворця. Такі рішення Конституційного Суду фактично створюють нові правові норми. Вони розповсюджуються на всіх суб’єктів права і породжують нові права і обов’язки. Рішення Конституційного Суду про визнання закону чи іншого правового акта неконституційним позбавляє їх обов’язкової сили. Але юридична сила такого рішення Конституційного Суду не може бути прирівняна до юридичної сили звичайних законів, оскільки для перегляду положень цього рішення необхідне внесення змін до Конституції.

Рішення і висновки Конституційного Суду мають пряму і негайну дію, а у випадках передбачених Конституцією, і зворотну дію. Згідно зі ст. 58 Конституції рішення Конституційного Суду, яке скасовує або пом'якшує відповідальність особи, має звороту дію. Зворотну дію в часі мають, взагалі, ті рішення Конституційного суду України, якими визнані неконституційними закони, інші нормативно-правові акти або їх окремі положення, що завдали матеріальної або моральної шкоди фізичним або юридичним особам. Цей висновок відповідає Конституції про те, що “кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завдані незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень” (ст. 56); матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовуються державою у встановленому законом порядку (ч. 3 ст. 152).

Визнання правового акту неконституційним є підставою для скасування інших правових актів, які відтворюють або конкретизують його положення.

Рішення судів та інших органів, в основу яких була покладена норма, визнана згодом неконституційною, не підлягають виконанню і повинні бути переглянуті. В процесуальних кодексах має бути єдиний підхід у вирішенні цього питання. Положення ст. 74 Закону України “Про Конституційний Суд України” про те, що “Конституційний Суд України може вказати на преюдиціальність свого рішення при розгляді судами загальної юрисдикції позовів у зв'язку з правовідносинами, що виникли внаслідок дії неконституційного акта”, не вирішує всі питання перегляду конкретних рішень, винесених на підставі правових актів визнаних неконституційними.

Визнання закону неконституційним повнює дію “старого закону”, якщо він існував і не суперечить Конституції, або веде до прогалів в законодавчому регулюванні тих чи інших суспільних відносин.

Конституції можуть відповідати альтернативні вирішення тих чи інших питань. Тому більш правильним є застосування терміна “неконституційність правового акта”, тобто його антиконституційність, суперечність Конституції. Інше вирішення цього питання може привести до неоднозначного тлумачення і застосування рішень Конституційного Суду.

Конституційний Суд приймає рішення, щодо конституційності того чи іншого правового акта, але не висловлює свою позицію щодо можливості його застосування в конкретній справі судом загальної юрисдикції, що було б втручанням в її розв'язання.

Стосовно змісту рішень Конституційного Суду у деяких конституційно-правових справах, а саме щодо конституційності правових актів, що викликають спір про повноваження конституційних органів державної влади України, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, конституційності актів про призначення виборів, всеукраїнського референдуму чи місцевого референдуму в Автономній Республіці Крим, відповідності положень чинних правових актів конституційним принципам і нормам стосовно прав та свобод людини і громадянина та справ щодо конституційності правових актів, якими суперечливо регулюється порядок реалізації конституційних прав та свобод людини і громадянина Закон “Про Конституційний Суд України” передбачає додаткові вимоги.

У резолютивній частині рішення Конституційного Суду у справах щодо конституційності правових актів, яким встановлено повноваження конституційних органів державної влади України, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування, а також у справах щодо конституційності актів про призначення виборів, всеукраїнського референдуму чи місцевого референдуму в Автономній Республіці Крим дається висновок щодо конституційності цих актів (ст. 77 і ч. 2 ст. 81 Закону України “Про Конституційний Суд України”).

У рішенні Конституційного Суду у справах щодо конституційності правових актів, якими суперечливо регулюється порядок реалізації конституційних прав та свобод

людини і громадянина, визначається, норми якого закону є конституційними, а якого — неконституційними і не чинними (ст. 85 Закону України “Про Конституційний Суд України”).

У разі якщо в процесі розгляду справи за конституційним поданням чи конституційним зверненням виявлено невідповідність Конституції інших правових актів (їх окремих положень), крім тих, щодо яких відкрито провадження у справі, і які впливають на прийняття рішення чи дачу висновку у справі, Конституційний Суд визнає такі правові акти (їх окремі положення) неконституційними.

У резолютивній частині рішення Конституційного Суду про офіційне тлумачення Конституції або законів України офіційно тлумачаться (роз’яснюються) положення Конституції та законів України, щодо яких було подано конституційне подання чи конституційне звернення. У разі якщо при тлумаченні (з’ясуванні) закону України (його окремих положень) була встановлена його невідповідність Конституції (неконституційність), він (його окремі положення) визнається неконституційним.

Правова природа рішень Конституційного Суду про офіційне тлумачення положень Конституції та законів України похідна від положення Конституційного Суду в системі механізму держави і його компетенції. Правова природа офіційного тлумачення Конституції та законів України полягає в їх з’ясуванні і роз’ясненні, інтерпретації, встановленні дійсного змісту, тобто в певній констатації, а не в їх поправках, змінах чи доповненнях.

Метою офіційного тлумачення Конституційним Судом положень Конституції та законів України є встановлення їх однозначного і правильного розуміння та застосування на всій території держави і надання роз’яснення щодо цього.

Змістом офіційного тлумачення Конституційним Судом положень Конституції та законів України є їх конкретизація, уточнення, деталізація. Це певні норми, а саме — інтерпретаційні норми, в яких даються приписи, як розуміти той чи інший термін, вислів або правову норму в цілому, як її застосувати. Це — нормативне тлумачення,

норми-роз’яснення, вони сприяють правильній реалізації Конституції та законів України і в цьому аспекті є допоміжними правилами. Їх допоміжний характер дістає вияв і в тому, що вони не можуть застосовуватись окремо, самостійно, без роз’яснювальних положень Конституції та законів України, вони діють тільки разом з положеннями, які тлумачилися, і не можуть бути нормативною основою правозастосовчих актів. При вирішенні конкретних справ необхідно посилатися на правові норми Конституції та законів України як на юридичні підстави для рішення і лише додатково — на їх офіційні роз’яснення Конституційним Судом.

Функціональне призначення рішень Конституційного Суду про офіційне тлумачення Конституції та законів України — це юридичний засіб забезпечення їх правильного і однозначного розуміння і застосування, а отже, й один з юридичних засобів укріплення конституційної законності, охорони Конституції.

Юридична сила офіційного тлумачення Конституційним Судом положень Конституції та законів України полягає в тому, що воно (роз’яснення) має державний загальнообов’язковий характер, що за юридичною силою наближає його до роз’яснюваних положень Конституції та законів України.

Офіційні тлумачення Конституційним Судом положень Конституції та законів України мають за своєю обов’язковістю вищу юридичну силу порівняно з тлумаченнями, що здійснюються іншими державними органами, посадовими та службовими особами. Це — вищий вид тлумачення Конституції та законів України. Адже Конституція не передбачає автентичного тлумачення ні її положень, ні законів України.

Рішення Конституційного Суду про офіційне тлумачення Конституції та законів України як допоміжний акт за своєю юридичною силою розташовується (знаходиться у супідрядному положенні) за актом, що роз’яснюється, в такій послідовності: тлумачення положень Конституції — за Конституцією, тлумачення законів — слідом за законами.

Сфера дії (територія, коло осіб і коло випадків) рішень Конституційного Суду про

офіційне тлумачення Конституції та законів України співпадає зі сферою дії останніх і вони є нормативними.

Чинність у часі офіційного тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів України визначається чинністю норми права, що тлумачиться, воно поділяє їх долю. Причому тлумачення однієї і тієї ж норми не може змінюватися протягом цього часу, якщо ця норма безпосередньо або опосередковано не змінювалася.

Офіційне тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом має зворотну силу. Її межі визначаються моментом набрання чинності самих положень Конституції та законів України, що інтерпретуються. Адже в процесі здійснення правової норми, яка не змінювалася, її зміст залишається одним і тим самим, і офіційними тлумаченнями тільки встановлюється той смисл, який вклав у неї законодавець. Тому норми права завжди мають той зміст, який розкрито офіційними тлумаченнями, і вони повинні застосовуватися відповідно до даного змісту. Якщо офіційному тлумаченню Конституційного Суду положень Конституції або законів України не відповідають акти їх застосування, останні підлягають скасуванню.

При “переживанні” положень законів України, які інтерпретуються, має місце і “переживання” їх офіційного тлумачення Конституційним Судом.

Тлумачення Конституції, законів України та інших актів здійснюється Конституційним Судом також і при вирішенні питань про відповідність Конституції (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 1 ч. 1 ст. 150 Конституції); при перевірці справи і дачі висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про імпічмент (ч. 5 ст. 111, ч. 2 ст. 151 Конституції); при дачі висновків: про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України (п. 28 ч. 1 ст. 85 Конституції), про відповідність Конституції чинних міжнародних договорів України або

тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов’язковість (ч. 1 ст. 151 Конституції), а також щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції вимогам ст. 157 і 158 Конституції. Справа в тому, що застосування Конституції, як й інших норм права, неможливе без їх тлумачення. Без тлумачення Конституції, законів України та інших актів неможливо прийняти рішення (висновок), без цього немає і самої конституційної юрисдикції. Але якщо спеціальною метою і результатом офіційного (нормативного) тлумачення Конституції та законів України за конституційними поданнями чи конституційними зверненнями є саме офіційне (нормативне) тлумачення цих актів, то безпосередньою метою тлумачення положень Конституції та актів, які перевіряються на конституційність (казуальне тлумачення), є правильне вирішення конкретного питання про їх відповідність Конституції.

Тут не ставиться спеціальна мета тлумачення (роз’яснення) Конституції та законів України, воно є невід’ємною складовою застосування Конституції, є засобом вирішення конкретного конституційно-правового спору, аргументом обґрунтування рішення (висновку), супроводжує цей процес, фігурує тільки у мотивувальній частині рішення (висновку) і як самостійне явище не існує.

Незважаючи на те, що це тлумачення норм права має найменування “казуальне”, воно далеко виходить за межі конкретної справи. Такі рішення Конституційного Суду у конкретних справах є прецедентами у сенсі зразків, прикладів розуміння і застосування положень Конституції та законів України. У цих рішеннях нерідко формулюються загальні правові позиції (положення) стосовно інтерпретації тих чи інших норм права. Ці інтерпретації як і офіційні (нормативні) тлумачення Конституції та законів України є обов’язковими для виконання, в тому числі і для Конституційного Суду. Тому висновки щодо нормативного тлумачення Конституційного Суду мають, у принципі, застосовуватися і до його казуального тлумачення.

В ч. 2 ст. 9 Конституції передбачено, що “укладення міжнародних договорів, які

суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України”. У разі дачі висновків про невідповідність чинного міжнародного договору Конституції Конституційний Суд вирішує також питання щодо неконституційності цього договору чи його окремих частин (ч. 2 ст. 87 Закону України “Про Конституційний Суд України”).

При визнанні міжнародного договору України таким, що не відповідає Конституції, він втрачає обов’язковість для України. Але в зв’язку з тим, що ця проблема є міжнародно-правовою, при виході з міжнародного договору необхідно дотримуватися Віденської конвенції про право міжнародних договорів, інших загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та положень, передбачених в самому міжнародному договорі, який перевіряється Конституційним Судом.

При визнанні міжнародного договору України таким, що відповідає Конституції (конституційним), його чинність не змінюється.

У випадках визнання міжнародного договору, який внесено до Верховної Ради України для надання згоди на його обов’язковість, таким, що не відповідає Конституції, така згода не може бути надана Верховною Радою України.

У разі визнання міжнародного договору, що вноситься до Верховної Ради України для надання згоди на його обов’язковість, таким, що відповідає Конституції (конституційним), Верховна Рада України може продовжувати процедуру прийняття закону про надання згоди на його обов’язковість.

Висновок щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту Конституційний Суд дає відповідно до ст. 111 Конституції. Цей висновок разом з висновком Верховного Суду України про те, що діяння, в яких звинувачується Президент України, містять ознаки державної зради або іншого злочину є необхідною умовою подальшого розгляду Верховною Радою України справи про імпіч-

мент. Якщо висновок Конституційного Суду буде негативним, тобто констатуватиме недодержання вказаної конституційної процедури, розгляд справи Верховною Радою повинно бути припинено.

Згідно з Конституцією висновок Конституційного Суду про відповідність законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам ст. 157 і 158 Конституції має бути надано до початку його розгляду на пленарному засіданні Верховної Ради України. Конституційний Суд надає висновки щодо відповідності цих законопроектів вимогам ст. 157 і 158 Конституції згідно з положеннями ст. 159 Конституції.

Висновок Конституційного Суду щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції вимогам ст. 157 і 158 Конституції є необхідною умовою розгляду цього законопроекту Верховною Радою України. При позитивному висновку Верховна Рада України може внести відповідні зміни до Конституції, а при негативному — відхилити такий законопроект.

Конституційний Суд відкриває нове провадження у будь-якій справі при виявленні нових обставин по справі, які не були предметом його розгляду, але які існували на час розгляду і прийняття рішення або дачі висновку в справі.

Конституційний Суд після офіційного оприлюднення рішення може з власної ініціативи або за заявою однієї із сторін конституційного провадження виправити допущені у рішенні неточності, описки, редакційні або технічні огріхи. Рішення Конституційного Суду також можуть бути роз’яснені Конституційним Судом за клопотанням однієї із сторін конституційного провадження.

Ухвала Конституційного Суду про вправлення неточностей у рішенні або про його роз’яснення приймається на пленарному засіданні Конституційного Суду і підлягає опублікуванню в тих виданнях, де було опубліковано рішення.

Невиконання рішень і висновків Конституційного Суду тягне передбачену законом відповідальність.

Список літератури:

1. Закон України “Про міжнародні договори України” від 29 червня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540.
2. Закон України “Про об’єднання громадян” від 16 червня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 6. — Ст. 504.
3. *Лазарев Л.В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. — М.: Издательский Дом “Городец”, Формула права, 2003.
4. Рішення Конституційного Суду України по справі про порядок виконання рішень Конституційного Суду України // ВКСУ. — 2000. — № 6.
5. *Тихий В.П.* Проблеми інституціоналізації конституційної юрисдикції // Концепція розвитку законодавства України: Мат. Наук. практ. конф. — К.: Ін-т законодавства ВР України, 1996.
6. *Тихий В.П.* Правова природа практики Європейського Суду з прав людини // Вісник Академії прокуратури. — 2006. — № 2.
7. *Христова Г.О.* До питання про зміст принципу остаточності рішення і висновків Конституційного Суду України в світлі конституційно-правової реформи. — К.: ВКСУ, 2006. — № 4.

РЕЗЮМЕ

В статье со ссылками на Конституцию Украины и иные законодательные акты проводится детальный анализ правовой природы, полномочий, статуса решений и выводов Конституционного Суда Украины, а также процедуры выполнения его решений.

SUMMARY

This article analyses law's nature functions, status of sentences and some conclusions of Constitutional Court of Ukraine and the legal proceedings of carrying out its sentences referring to the Constitution of Ukraine and other laws.

*Рекомендовано кафедрою
теорії та історії держави і права*

Подано 13.11.07



Н.В. Буруківська,
кандидат філософських наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Класична, некласична та постнекласична моделі розвитку наукового знання

Ключові слова: *гносеологія, епістемологія, епістемологічний ідеал, знання, науковий дискурс, незнання, регулятиви, постнекласична наука, цілепокладання.*

Знання виступає одним з життєво важливих факторів існування сучасної цивілізації. Уявлення про нього входять до життя людини по мірі її соціалізації, кожному етапу якої (школа, вищий навчальний заклад, трудова діяльність) відповідає свій рівень уявлень про знання. Спроби виділити загальні, базові уявлення про знання дає, як правило, неоднозначний підсумок. Причина цієї неоднозначності полягає в постійній еволюції поглядів на природу знання, результатом чого є співіснування численних концепцій, різних підходів до проблеми знання. Однак незалежно від засобів та сфер, в яких формується уявлення про знання, усі вони створюють лише емпіричний шар. Перехід до теоретичних уявлень про знання можливий, але він утруднений низкою проблем і стереотипів.

Поняття “знання” і на повсякденному, і на науковому рівні охоплює історично реальний зв’язок: мудрість — істина — знання, що пояснює існування стереотипу, — переконання про те, що філософія, яка виникає як “любов до мудрості”, містить в собі ключ до тайни знання взагалі. Інша проблема зведена в структуру самої філософії, де одне з її вчень — гносеологія — досліджує процес становлення та обґрунтування істини, розглядаючи знання як щось пасивне, омертвіле, застигле. Таким чином, обмежені уявлення про знання є ні що інше, як прихований одяг на живому тілі істини. Ще одна проблема створена лабіринтом ілюзій, що історія філософії в цілому дає відповідь

про природу знання. Справа в тому, що багато історично відомих філософських систем, дає такий широкий спектр визначень знання, що на основі їх тлумачення стає можливим вибір будь-яких життєвих програм та орієнтацій.

Дослідженням проблеми визначення поняття “знання” займалося багато вчених-філософів, серед яких і представники сучасної вітчизняної філософської традиції: В.М. Костев, Т.Д. Пікашова, Л.О. Шашкова, В.І. Ярошовець та інші.

Однак і на сьогоднішній день поняття “знання” за своєю сутністю є суперечливим та актуальним для науковців, особливо через різноманітність підходів, що використовуються різними дослідниками.

За чисельністю й мозаїчністю уявлень про знання приховується процес його реальної еволюції, ключ до розуміння якого дає культурологічний підхід. Завдяки йому, відволікаючись від величезної кількості аргументів, можна прослідкувати зміни уявлень про знання в тому пласті культури, який наведений в афоризмах, ідіомах, словниках, енциклопедіях.

Для класичного стилю наукового мислення, який ефективно функціонував у середині минулого століття, характерні нерозгорнуті, близькі до повсякденних уявлення про те, що знання — це “свідчення, яке придбане навчанням або досвідом [2, 65–68].

Різноманітність суспільних відносин та значні досягнення науки висунули як першо-

чергове логіко-гносеологічне завдання систематизацію знань. Тому в трактуванні знання починають домінувати теоретичні компоненти. “Знання — найзагальніший вираз для позначення теоретичної діяльності розуму, який має види на об’єктивну істину (на відміну від мислення або думки, які можуть бути завідомо фантастичними)” [5, 765].

Соціально-гносеологічна ситуація, яка склалася наприкінці минулого століття, породжувала достатньо жорсткі стандарти науково-пізнавальної діяльності, в яких визначальними ставали масиви знання. Революція у науці, яка відбулася на межі ХХ–ХХІ століть, обумовила становлення ймовірнісного, неklasичного стилю мислення та діяльності, який довів право існування становленням ряду фундаментальних теорій в природознавстві. Одночасно висувалися нові принципи наукового мислення та відбувалося формування адекватних діяльності категорій, що дозволяло здійснювати рефлексію нових гносеологічних рівнів. Тому і в повсякденній мові, і в мові науки відбувалося взаємодоповнення різних уявлень, що дозволило трактувати знання як:

“1. Діяльність свідомості, яка має метою осягнення дійсності.

2. Результат пізнавальної діяльності, система придбаних за її допомогою понять дійсності.

3. Володіння знаннями про щось, стан знаючої про щось людини” [6, 1109].

В подальшому пізнавальні та комунікативні процеси, які детермінуються життям суспільства, висунули інформаційно-гносеологічне розуміння знання. Однак нерозгорнутість самих уявлень про інформацію створила умови для повернення в цю оболонку точку зору здорового глузду. Знання в цьому контексті усвідомлювалося як:

“1. Володіння якимись відомостями, обізнаність (поінформованість) відносно кого-, чого-небудь.

2. Сукупність знань, пізнань в якій-небудь галузі.

3. Осягнення дійсності в окремих її провагах та в цілому” [6, 1284–1285].

Проте в знанні фіксуються в основному свідомі результати діяльності, а не особливості

її організації і структури. Тому в культурному прошарку знання трактується як “духовна діяльність, відображення об’єктивної дійсності, яке розглядається не з точки зору процесу, а з точки зору результату” [3, 95].

Таке трактування знання, що включає у себе аспекти результативної, активної, цілеспрямованої науково-дослідної діяльності, є співзвучним пріоритетам нового мислення. Однак не слід думати, що сходження до знання-продукту являє собою лінійний висхідний процес. З достатньою впевненістю можна стверджувати, що в сучасній науці реально співіснують уявлення про знання як усвідомлений результат пізнавальної діяльності та цільовий продукт. Другий аспект підкреслює такі визначення, в яких знання розглядається як “продукт суспільно-трудова та розумова діяльності людей, які являють ідеальне відтворення в мовній формі об’єктивних, закономірних зв’язків практичного об’єктивного світу, що перетворюється” [7, 136].

Перед дослідниками кожної епохи виникає проблема дослідження наукових і філософських уявлень про природу знання. Можна виявити певну відповідність між уявленнями про знання, які склалися в загальнокультурному фоні науки і сфері філософського усвідомлення. До того ж цікаво було б розглянути цю проблему в еволюційному аспекті, який охоплює стилі наукового мислення.

В межах класичного стилю мислення знання на загальнокультурному фоні розглядалося як відомості, а в філософському сенсі — як факт, відповідно в межах неklasичного — як дії та істина, а постнеklasичним стилем мислення такі самі категорії співвідносяться як інформація та продукт.

Знання нерозривно пов’язано з діяльністю, з суспільною практикою, проникнуте її потребами та цілями. Розвиток матеріально-історичної практики припускає не тільки становлення нового знання та зріст його маси, а й глибини зміни в природі знання. Це визначається рядом факторів, дія яких раніше розглядалася епізодично чи взагалі ігнорувалася. До них перш за все відносяться: зростання ролі взаємозв’язку знання — знання; уточнення демаркації гносеологічного та епістемоло-

гічного, комунікативного та інтроспективного аспектів знання; ранжування глобальних регулятивів становлення і функціонування знання; усвідомлення суб'єктно-ціннісних трансформацій (знання — інтелектуальний потенціал — інтелектуальна власність).

Вивчення знання як соціального феномену лише в фазі функціонування дозволяє класифікувати його під тим чи іншим кутом зору, виділяючи в цьому процесі або повсякденне та наукове, або філософське та конкретно-наукове, або інтроспективне та комунікативне, або реляційне та операційне.

Відомо, що при задоволенні суспільних потреб люди більш чи менш широко (а в теперішній час більш широко, ніж будь-коли раніше) спираються на наукові знання. З іншого боку, суттєвішим стає багатоманітний вплив суспільно-історичних умов, в тому числі потреб суспільства, на розвиток науки, на масштаби наукових досліджень і навіть на їх спрямованість. Однак у відношеннях між тим та іншим немає попередньо встановленої гармонії, а також однозначної відповідності.

Взаємовіднесеність методологічних і соціологічних характеристик пізнавальної діяльності можна визначити наступним чином. Дослідник, що вивчає деяку конкретно-наукову проблему, далеко не завжди, і не повною мірою та глибиною усвідомлює методологічні норми, вихідні чинники та пізнавальні установки, на які він спирається. А прийняття дослідником тих чи інших методологічних норм, та слідування цим нормам найчастіше не є результатом раціонального, усвідомлено здійснюваного вибору. Звернення методологів до вивчення першоджерел обумовлено тим, що методологічні аспекти наукової роботи повинні бути виявлені у ході спеціального аналізу. В той самий час, якщо врахувати, що методологічні норми, чинники, установки циркулюють в межах наукового співтовариства і транслюються від покоління до покоління дослідників, то очевидними стають соціальні за своєю природою механізми функціонування та розвитку наукового знання. В цьому процесі поле уявлень, образів, аналогій, розумових ходів тощо, якими оперує дослідник, скільки б великим воно не було, все ж таки розуміється обмежено як у кожний даний момент

розвитку науки в цілому, так і в тій чи іншій сфері наукового пізнання. На направлення зросту пізнавальних конструкцій впливають соціально-культурні детермінанти.

Проблема знання багатоаспектна. В гносеологічному плані — це засіб вираження істини та помилки, в соціальному — продукт духовного виробництва, в практичному відношенні знання — це певна діяльність, в семіотичному аспекті воно ототожнюється з конкретними структурними інваріантами, на методологічному рівні знання виступає як система форм, засобів і методів. Абсолютизація того чи іншого аспекту знання призводить до різних парадоксів виникнення знання, розриваючи протилежності нового і старого, відомого і невідомого, неопосередкованого та опосередкованого, можливого і дійсного. Тому не саме знання як таке стає об'єктом наукового дослідження, а формування тієї матриці, яка визначає якісне різноманіття його видів і форм. Такою своєрідною матрицею в історії цивілізації є ідеали знання.

Уявлення про ідеал формувалися у руслі суспільних, моральних та естетичних вчень і виражали при цьому суб'єктивні інтереси певних соціальних груп, нав'язували моральні постулати та апіорні імперативи. Сучасна філософія не зводить його до окремих абстрактних норм, зразків, схем, розширює сферу впливу, підкреслює визначну роль його здійснення. Це припускає опору на об'єктивні тенденції розвитку дійсності, які реалізуються у цілеспрямованій матеріально-історичній діяльності, створюючи синтетичні уявлення і засоби досягнення накреслених цілей. Розглядаючи ідеал як всезагальну форму цілепокладаючої діяльності, дослідники усвідомлюють його роль у науковому пізнанні. Гносеологічний ідеал виступає регулятивом пізнавальної діяльності, яка звернена до майбутнього. В цьому виявляється об'єктивний зміст гносеологічного ідеалу, розкривається його конкретність та історичність; гносеологічний ідеал орієнтує пізнання, яке прагне до досягнення і реалізації об'єктивної істини, на соціально-історичний процес.

Узагальнені уявлення про ідеал знання розроблюються у руслі логіко-структурних досліджень. Дослідники припускають, що

ідеалом наукового знання є “сполучення методологічно чіткої та логічно алгоритмізованої теоретичної системи з однозначно отриманим емпіричним матеріалом” [4, 59]. Однак таке узагальнене тлумачення, співвіднесене з конкретними епохами в розвитку науки, потребує конкретної предметної інтерпретації. Сам феномен ідеалу наукового знання “склеює” аспекти, які виражають його обґрунтування, становлення та функціонування. Разом з тим кожна епоха накладає певний відбиток на форму ідеалу знання.

Уявлення про ідеал теоретичного знання, які сформувалися у низці філософських робіт, не завжди відповідають реальному положенню та ситуаціями науки, що розвивається. Більш точно слід говорити вже не про деякий універсальний зразок теоретичного наукового дослідження, скажімо по типу фізичної теорії (тім більш, що вона сама не відповідає, як показали методологічні дослідження, ще існуючому в філософській літературі жорсткому уявленню про формальну аксіоматичну організацію теоретичної фізики), а про багатоманітність зразків побудування наукової теорії в рамках все більш інтегруючої науки, “зразків науки”, “епістемологічних ідеалів” теоретичного знання, орієнтованих на різні класи наукових дисциплін: природничих, технічних, гуманітарних.

В методології науки відбувся переворот, пов’язаний з переходом від “виявлення та розглядання всезагального, раз і назавжди заданого ідеалу наукового знання і відшукування єдиного засобу його досягнення до аналізу конкретних методів пізнання і конкретних пізнавальних ситуацій” [9, 56]. Тому виявляється доцільним розглянути особливості ідеалу наукового знання, обумовлені конкретними ситуаціями історії і методології науки.

Класична наука, в рамках якої статусу науки по сутності відповідає природознавство, практичним продовженням якого виступала техніка, виробила та відшліфувала свій ідеал наукового знання. В ньому “чисте” знання ототожнюється з усвідомленням результату пізнавальних процесів. Процес пізнання в основному орієнтований на отримання чуттєвого досвіду та його логічну трансформацію, зведення фактів до форм чуттєвості, в яких

мислення знаходить загальне й необхідне. Саме знання виокремилася в процесі мислення із чуттєвих даних шляхом підведення під них відповідних форм. За механізмом “підведення” форм мислення ховався реальний синтез як особливий вид діяльності свідомості, що визначав становлення нового знання. В той же час “незнання фіксує відсутність результатів пізнання, тоді коли саме знання ототожнюється з їх наявністю” [4, 33]. Таким чином, незнання в класичній науці виступає як те, що не знається. Проте недостатньо усвідомлювати роль тільки тих форм, в яких втілювались результати пізнання.

Форми мислення однозначно співвідносилися із змістом мислення, що відкривало можливість для стверджень про співпадіння уявлень, про дійсність з самою дійсністю, або, інакше, для онтологічного ізоморфізму. Поряд з цим існував і менш радикальний варіант взаємозв’язку змісту і мислення, який проявлявся в тому, що готові форми “сковували” об’єктивні відношення виникнення та обґрунтування знання.

Як відзначає В.І. Шинкарук, “з усіх людських знань, які передаються із покоління в покоління та закріплюються у досвіді кожного нового покоління, категоріальні форми мислення найбільш стародавні. Це трапилося тому, що такі форми мислення за своїм походженням пов’язані з самим суттєвим у досвіді — з трудовою, практично виробничою діяльністю” [10, 33]. Таким чином, синтез минулого досвіду людської діяльності виявляється відлитим у формі категоріального мислення, яке забезпечує послідовне просування по знаннях. Разом з тим, цілеспрямоване звернення до категоріального апарату містить певні пастки, оскільки пропонує неявне засвоєння вихідних гносеологічних установок філософських систем. Так, наприклад, використання поняття “речі-в-собі” орієнтує на програму агностицизму, а поняття “вирішального експерименту” пов’язано з гносеологією індуктивізму.

В структурі самого знання класичної науки на передній план висувуються ті особливості, які пов’язані з його логічними і раціональними можливостями. Закономірне в знанні ототожнюється з його логічною

структурою, тобто з втіленням в адекватні форми. До того ж емпіричні та гносеологічні “родові плями” знання пов’язані з історичним аспектом його становлення, які в подальшому знімаються при теоретичній реконструкції. Гносеологічні установки дослідників в епоху класичної науки формуються у руслі емпіризму та раціоналізму. Тому практика не виступає основою становлення гносеологічних установок, що передбачає особливості співвідношення знань та матеріальної дійсності в цю епоху.

Ідеал знання класичної науки визначав багатоманітність та особливості форм і видів знання, що використовуються, специфіку взаємозв’язку його емпіричного і теоретичного рівнів. Саме наукове знання перш за все вивчалось у формально-логічному аспекті, фіксуючи відношення до нього у рамках самого знання. Філософські позиції дослідників дозволяли розкрити лише окремі грані процесу становлення знання (виводимість, верифікація) та ототожнювали його з сутністю логічних процедур (абстрагування, узагальнення, ідеалізація).

В розвинутому теоретичному знанні тієї чи іншої епохи опосередкованим образом відображаються риси та цілі продуктивної пізнавальної діяльності. Однак їх виявлення, а тим більш усвідомлення закономірностей, формування цілей і структур практичної діяльності складає задачу, яка не може бути розв’язана в природознавстві цієї епохи. Ця задача не лежала у руслі традицій наукового співтовариства, а тому не могла бути поставленою та вирішеною, на неї не орієнтувався ідеал природничонаукового знання. В цілому, ідеал класичної науки характеризується тими самими особливостями, які визначають пізнавальні ситуації класичної науки.

Евристичне начало типових, багаторазово та докладно обговорених особливостей теоретизування (спосіб постановки проблем, прийоми дослідження, опис предметних галузей, характер обґрунтування отриманих висновків, манера подання, викладення матеріалів, форми фіксації та обстоювання тверджень) на класичному етапі науково-інтелектуальної діяльності пов’язано з низкою концептуальних положень. До них в історичній ретроспективі

слід віднести: фундаменталізм, фіналізм, імперсональність, абсолютизм, субстанціональність, динамізм, сумматизм, есенціалізм, аналітизм, механіцизм, кумулятивізм [2, 15].

Особливості науково-пізнавальної діяльності втілювала основна теза класичної науки: чисте знання фіксує світ, яким він є сам по собі. Для класичного природознавства гарантією об’єктивності наукової істини був її “абсолютний” характер. Об’єктивність істини ототожнювалася з її абсолютністю. Це виходило з умоглядно-споглядальних гносеологічних установок, яких притримувалися природознавці, і закріплювалося методологічними принципами, що визначали характер мислення та ефективність знання.

Формування ймовірнісного стилю мислення відображає наявність особливого етапу в розвитку природничих наук, який традиційно визначають як некласичний. Наука цієї епохи досягає теоретичної зрілості в усіх сферах. В цей період не тільки формуються нерозривні зв’язки між природничими та технічними науками, але й усвідомлюється роль наукової філософії як загальної методології наукового пізнання. Револьюційні перетворення, які відбуваються у науці, перш за все охоплюють підвалини суспільних наук.

В класичний період свого становлення наука зосередила увагу на чисто внутрішніх критеріях свого обґрунтування, що привело до диференціації різних галузей знання, не-класична наука продовжила цю традицію, диференціюючи вже окремі теорії в межах певної галузі науки, як, наприклад, в математиці з’явилися такі самостійні галузі, як топологія, теорія ймовірностей, теорія чисел тощо.

Відмінність некласичного типу від класичного проявляється перш за все в особливостях пізнавальної діяльності, а отже, і в її результатах — науковому знанні.

У некласичній науці практично змінюється не тільки саме уявлення про знання, а й відбувається якісна трансформація його ідеалу. Розвивається поняття “чистого” знання, орієнтованого лише на результат пізнання. Загальнонаукове розуміння сутності знання досягає рівня, що характеризує філософську рефлексію, яка відноситься до

цієї проблеми. В свій час Г. Гегель образно зауважив, що знання “як голий результат є труп, який оставив позаду себе тенденцію” [1, 2]. Новий рівень розвитку практики примушує усвідомлювати знання як знаряддя людської діяльності. У структуру знання невинно вплітаються особливості засобу його становлення. Як виявляється в процесі методологічної рефлексії, для дослідження природи наукової діяльності виявляється недостатньо абстракції “пізнавального відношення” [9, 56]. Тому в узагальненому вигляді знання розглядається в контексті відношення “результат — діяльність”.

Сфера знання за допомогою діяльності співвідноситься зі сферою явищ. У результаті цього процесу розкривається практична природа знання та його гносеологічний статус. Традиційне відношення знаного та дійсного опосередковується діяльністю. Річ у процесі споглядання не сама по собі дана суб’єкту, а освоюється по мірі розгортання діяльності, вдосконалення її форм, засобів та знарядь. Елементи діяльності в контексті знання створюють структуру, яка охоплює різні грані явища, що вивчається. Перебільшення ролі елементів діяльності у дослідженні веде до сповзання до безперспективних за своєю сутністю побудов типу концепції неконтрольованого впливу.

Гносеологічна ситуація, яка склалася в неklasичній науці, наполегливо потребувала введення адекватних орієнтирів для пізнавальної діяльності. Сучасна теорія пізнання включає практику як вихідний принцип системи орієнтирів, що розвивається.

Становлення знання відбувається в контексті двох взаємодоповнюючих процесів: пізнання об’єктивної реальності і усвідомлення об’єктивної істини. Незнання в неklasичній науці носить двоїстий характер. З одного боку, це незнання способу формування певних результатів, які вплетені в структуру діяльності, але лише поверхово накладаються на систему знання.

Інший бік незнання пов’язаний з варіативною природою практичної діяльності, яка здатна породжувати технологічно “порожні” прийоми, способи і форми, які потребують свого наповнення змістом, тобто усвідом-

лення. Цей аспект розкриває обмеженість зароджених в античну епоху пласких уявлень про коло, яке розділяє знання та незнання. Немає кола чистого знання! Будь-яка його точка зору містить елемент незнання, припускає можливість заглиблення. Тому знання в його взаємозв’язку з діяльністю має потребу в об’ємних інтерпретаціях, враховуючих здатність до топологічних змін. Причинами подібних змін виступає практична діяльність, оскільки не існує закінчених та досконалих її фігур та схем, а кожна з них може трансформуватися та вдосконалюватися. Тому знання є складним утворенням, що вмикає та породжує незаповнені ніші, які визначаються еволюцією практичної діяльності. Таким чином, незнання неklasичної науки — це незнання діяльності та незнання свідомості: неусвідомлене та необмірковане.

Освоєння форм і схем діяльності відбувається в контексті індивідуального досвіду, який відсіває і репродукує форми людського мислення, припускає їх об’єднання в системи, забезпечуючи адекватне відображення дійсності.

Постнеklasичний період розвитку науки має свої особливості порівняно з неklasичним її періодом. Вони виявляються на рівні формування цілей і напрямлень досліджень, організації дослідницької діяльності, а також у структурно-системних комплексах знання. Ці особливості не тільки стають об’єктом аналізу, але й на основі їх вивчення створюються умови для розробки науково-технічної політики. В сучасних умовах створюється новий образ науки. На зміну умоглядності класичної науки та евристичним структурам природознавства неklasичного періоду приходить єдність природничих, гуманітарних та технічних наук. На основі взаємопроникнення та взаємообумовленості наук, що впливає з соціальної практики набуває яскравих рис новий ідеал наукового знання, з яким пов’язано більш глибоке розуміння смислу та цілей продуктивної діяльності.

Постнеklasична наука більш толерантно ставиться щодо плюралізму наукових гіпотез, доннаукового та навіть сучасного ненаукового знання. Про це свідчать праці багатьох вчених природознавців і філософів науки. На-

приклад, М. Фуко, вибудовуючи археологію сучасного знання, стверджує, що наука, не ототожнюючись із знанням, але й не стираючи і не виключаючи його, локалізується в ньому, структурує деякі його об'єкти, систематизує деякі акти висловлювання, формалізує ті чи інші концепти і стратегії [8, 142–143]. Він розглядає сучасну науку лише як одну із складових частин знання, веде мову про більшу розмитість критеріїв та меж науковості знання в сучасній науці. Поступово зникає примусова сила, нетерпимість, репресивність, притаманна попереднім типам раціональності в науці. Остання вже не претендує на володіння єдиною абсолютною істиною, а допускає величезну кількість різноманітних дискурсів, діалогів і полілогів з іншими формами знання. Це пояснює інтерес постнекласичної науки до “маргінальних проблем”, які з'являються на межі одразу кількох видів знання, як наукового, так і позанаукового. Наявність розбіжностей, творчої конфліктності, суперечливості у визначенні підходів до розв'язання існуючих проблем у постнекласичному науковому дискурсі дозволяє співставляти, а не протиставляти різні точки зору, бачити багатовимірність самих об'єктів дослідження, поєднувати в них необхідне й випадкове, впорядковане й хаотичне, закономірне й спорадичне тощо. Формування постнекласичних підходів до розв'язання наукових проблем змусило вчених шукати точки дотику різних галузей науки, які досліджують одні й ті ж предмети

і явищі, що посилює інтеграційні процеси в науці, особливо у галузі природознавства.

Сучасна наука породжує нові, володіючи спадкоємністю по відношенню до попередніх періодів, уявлення про знання та обумовлює подальші зміни його ідеалу. Джерело цих змін виявляється під час аналізу вихідного гносеологічного відношення, яке охоплює рівень цілепокладання, сферу схем та фігур діяльності, а також систему і структури, фіксуючі результати пізнання. У взаємозв'язку трьох складових найбільш важлива роль належить аспекту цілепокладання, який явним чином співвідносить явища соціальної практики з можливостями продуктивної діяльності, яка базується на накопиченому раніше знанні.

В сучасних дослідницьких програмах також виявляється глибокий вплив соціокультурного фону на процес становлення нового знання, яке усвідомлюється як продукт суспільно-практичної і розумової діяльності людей і являє собою ціннісно орієнтоване ідеальне відтворення у природній та штучній мові об'єктивних, закономірних зв'язків природного, соціального та інтелектуального світу, що пізнається та перетворюється. Важливе місце в пізнавальній діяльності сучасної людини займає креативний аспект, за допомогою якого вона створює та засвоює знання про навколишній світ, досліджує природу явищ, реалізує науково-технологічний та культурний потенціал.

Список літератури:

1. Гегель Г.Ф. Сочинения. — М., 1959. — Т. 4.
2. Ильин В.В. Теория познания. Эпистемология. — М., 1994.
3. Краткий словарь по философии. — М., 1970.
4. Крымский С.Б. Научное знание и принципы его трансформации. — К., 1974.
5. Новый энциклопедический словарь // Под ред. К.К. Арсентьева. — Спб, 1996.
6. Словарь современного русского литературного языка. — М.–Л., 1955. — Т. 4.
7. Философский словарь. — М., 1975.
8. Фуко М. Археология знания. — К.: Ника-Центр, 1996.
9. Швьрев В.С., Юдин Б.Г. Методологический анализ науки. — М., 1980.
10. Шинкарук В.И. Теория познания, логика и диалектика И.Канта. — К., 1974.

РЕЗЮМЕ

В статье исследуются концепции понятия “знания” в классическую, неклассическую и постнеклассическую эпоху развития научного познания.

SUMMARY

This article is considered the doctrines of understanding of notion of “knowledge” in classic, non-classic and post-unclassic time of development of scientific cognition.

*Рекомендовано кафедрою
теорії та історії держави і права*

Подано 04.11.07



Л.М. Астрова,
магістр права
(Академія адвокатури України)

Склад і особливості формування Конституційного Суду України

Ключові слова: *порядок призначення, вимоги до суддів, присяга, конкурсні засади, ротація, запасні судді.*

Утворення органу конституційної юрисдикції України на засадах загально визнаних у світі цінностей є важливим кроком становлення демократії, правової держави, побудови громадянського суспільства. Становлення цього органу здійснюється з використанням і всебічним осмисленням світової практики конституціоналізму, оскільки лише творчий підхід та урахування національних умов і особливостей допомагає визначити прогресивний напрямок подальшого розвитку держави.

Конституція України і Закон “Про Конституційний Суд України” встановлює склад Конституційного Суду у кількості 18 суддів. Така чисельність суддів Конституційного Суду є прийнятною, про що свідчить міжнародний досвід формування конституційних судів. Наприклад, у Молдові — шість суддів, Узбекистані, Латвії — сім, Литві, Македонії, Словенії, Грузії, Вірменії, Франції — дев’ять, Болгарії, Іспанії, Білорусії — дванадцять, Чехії, Італії — п’ятнадцять, ФРН — шістнадцять, Росії — дев’ятнадцять.

Поряд з основним складом суддів в деяких державах передбачається склад неординарних членів суду (для вирішення лише певних категорій справ), а також запасних суддів. Так, в Австрії Конституційний Суд складається з Голови суду, заступника і дванадцяти суддів та шістьох запасних суддів. Конституційний Суд Італії включає 15 ординарних суддів і 16

неординарних членів суду, які беруть участь у розгляді справи щодо звинувачення Президента в державній зраді або порушення Конституції [1, 97]. В Україні обрання неординарних членів суду та запасних суддів законодавством не передбачено.

У світовій практиці, як правило, є загально визнаними такі вимоги до суддів конституційного суду: наявність громадянства, висока професійна підготовка, віковий ценз, бездоганна репутація. Формування складу суду є важливою та відповідальною стадією, від якої залежить не лише підбір та призначення конкретної особи на посаду судді, а значною мірою і якість діяльності державного органу. Широкі владні повноваження, якими наділений Конституційний Суд України, зумовлюють досить високі вимоги до кандидатів на посаду суддів. Суддею Конституційного Суду України може бути лише громадянин України, який на день призначення досяг сорока років, має вищу юридичну освіту і стаж роботи за фахом не менше як десять років, проживає в Україні протягом останніх двадцяти років та володіє державною мовою (ст. 148 Конституції України).

Судді не можуть належати до політичних партій та профспілок, мати представницький мандат, брати участь у будь-якій політичній діяльності, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької та творчої (ст. 16

Закону України “Про Конституційний Суд України”).

Порядок утворення органів, що здійснюють конституційний контроль у різних країнах неоднаковий і залежить від моделі їх організації. За умов американської моделі на посади суддів призначаються фахівці, як правило, за рішенням глави держави, санкціонованим парламентом. В США суддів Верховного Суду призначає Президент за згодою Сенату.

За європейською моделлю розрізняють декілька способів формування конституційних судів.

Виключно законодавчою владою (парламентом) обираються судді у ФРН, Польщі, Македонії, Хорватії, Угорщини. Наприклад, дев'ять суддів конституційного суду Македонії обираються більшістю голосів від загальної кількості представників Зборів, але двох суддів пропонує Президент [4, 184]. У ФРН вісім суддів обирають бундестаг і бундесрат (палатами парламенту) [8, 61]. В деяких країнах кандидатури на посаду судді конституційного суду подає президент, а обирає парламент (Узбекистан, Азербайджан, Словенія). В Росії суддів конституційного суду призначає верхня палата парламенту (Рада Федерації) за поданням Президента (ст. 102 Конституції РФ). В Словенії дев'ять суддів обираються Скупщиною за поданням Президента [4, 304].

Главою держави і парламентом обираються судді в Чехії, Словаччині, Білорусії, Франції, Румунії, Албанії. Суддів конституційного суду на семирічний строк призначає Президент Словацької Республіки з-поміж двадцяти кандидатів, схвалених Національною Радою. В Чехії суддів призначає президент за згодою сенату (ст. 84 Конституції Чеської республіки) [4, 479, 503].

У формуванні складу конституційного суду беруть участь глава держави, парламент, органи судової влади — в Іспанії, Грузії, Болгарії, Італії, Литві, Молдові. Наприклад, Конституційний Суд Болгарії складається з дванадцяти суддів, одна третина яких обирається Народними Зборами, одна третина призначається Президентом і одна третина обирається загальними зборами суддів Вер-

ховного Касаційного суду та Верховного адміністративного суду (ст. 147 Конституції Болгарії) [4, 150]. В Іспанії по чотири судді за пропозицією кожної з палат парламенту, два — за пропозицією уряду, два — за пропозицією головної ради судової влади строком на дев'ять років. В Італії згідно зі ст. 135 Конституції п'ять суддів призначає президент, п'ять суддів — парламент на спільному засіданні палат, п'ять суддів — вищою судовою адміністрацією [3, 37, 84]. В Литві по три кандидата в судді конституційного суду призначаються Сеймом з числа кандидатів, запропонованих Президентом Республіки, Головою Сейму та Головою Верховного Суду (ст. 103 Конституції Литовської республіки [4, 75].

Україна, на думку більшості фахівців, обрала найбільш демократичний шлях формування конституційного суду — глава держави, парламент, з'їзд суддів призначають по шість суддів конституційного суду. Порядок формування органу конституційної юрисдикції регулюється Конституцією України, Законом України “Про Конституційний Суд України”, Законом України “Про судоустрій України”.

Порядок призначення суддів має свої особливості. Президент України, згідно зі ст. 6 Закону України “Про Конституційний Суд України” проводить консультації з Прем'єр-міністром та Міністром юстиції України щодо кандидатур на посади суддів Конституційного Суду. Призначеною на посаду судді Конституційного Суду України вважається особа, про призначення якої видано Указ Президента України, скріплений підписами Прем'єр-міністра та Міністра юстиції України. У разі припинення повноважень судді Конституційного Суду України, який призначався Президентом України, Президент у місячний строк призначає іншу особу на цю посаду.

Після набрання чинності змін до Конституції України (Закон № 2222-4 від 08 грудня 2004 р.) виникли колізії правових норм. Так ст.6 Закону України “Про Конституційний Суд України” вимагає скріплення Указу Президента України про призначення суддів Конституційного Суду підписами Прем'єр-міністра та Міністра юстиції України, а п. 22 ст. 106 Конституції України (нова редакція) такого скріплення не передбачає.

Є неоднозначність з визначенням органу, що має право звільняти суддів Конституційного Суду призначених Президентом України. Ця ж норма Конституції України передбачає призначення на посади та звільнення з посад Президентом України третини складу Конституційного Суду України, що не суперечить вимогам ст. 126 Конституції України — “суддя звільняється з посади органом, що його обрав або призначив...”, але ст. 23 Закону України “Про Конституційний Суд України” передбачає припинення повноважень судді за рішеннями Конституційного Суду України чи Верховної Ради України у відповідних випадках.

Верховна Рада України призначає суддів Конституційного Суду України таємним голосуванням шляхом подання бюлетенів. Пропозиції щодо кандидатур на посади суддів Конституційного Суду України вносить Голова Верховної Ради України, а також може вносити не менш як $\frac{1}{4}$ народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України. При цьому депутат має право поставити підпис під пропозицією про висунення лише однієї кандидатури, і ці підписи депутатів не відкликаються. Відповідний Комітет Верховної Ради України подає Верховній Раді свої висновки щодо кожної кандидатури на посаду судді Конституційного Суду України, внесеної у встановленому порядку.

Призначеними на посади суддів Конституційного Суду України вважаються кандидати, які набрали найбільшу кількість голосів депутатів, але більше половини голосів депутатів від конституційного складу Верховної Ради України. Якщо кілька кандидатів набрали однакову кількість голосів і після їх призначення було б перевищено необхідне для призначення число суддів, щодо цих кандидатів проводиться повторне голосування.

У разі припинення повноважень судді Конституційного Суду України, який призначався Верховною Радою України, Верховна Рада України у місячний строк призначає іншу особу на цю посаду. За результатами голосування Головою Верховної Ради України підписуються постанови Верховної Ради

України про призначення суддів Конституційного Суду України (ст. 7 Закону “Про Конституційний Суд України”).

Процедура призначення суддів парламентом має суттєві недоліки, зокрема, обмежує можливість обрання суддів Конституційного Суду на конкурсних засадах, значною мірою залежить від політичної партії, яку представляє Голова Верховної Ради України. Варто погодитись з думкою судді Конституційного Суду України у відставці М. Савенка відносно того, що процедура висунення кандидатур на посаду суддів Конституційного Суду суттєво обмежує роль народних депутатів і надто завищує роль Голови Верховної Ради України [5, 53]. На наш погляд, більш прийнятним є варіант, коли право висувати кандидатуру на посаду судді буде мати 30–45 народних депутатів, що забезпечить більш демократичний шлях обрання і можливість призначення суддів на конкурсній основі.

Порядок призначення суддів Конституційного Суду України з’їздом суддів України регулюється ст. 8 Закону України “Про Конституційний Суд України”. З’їзд суддів за пропозицією делегатів з’їзду відкритим голосуванням більшістю голосів присутніх делегатів з’їзду визначає кандидатуру на посади суддів Конституційного Суду України для включення в бюлетені для таємного голосування. Призначеним на посаду судді вважається кандидат, який у результаті таємного голосування одержав більшість голосів від числа обраних делегатів з’їзду суддів України. Якщо голосування проводиться щодо кандидатур, число яких перевищує квоту для призначення на посади судді Конституційного Суду України, призначеними вважаються кандидати, які за умов, визначених у частині другій цієї статті, набрали більше голосів, ніж інші кандидати на ці посади. У разі припинення повноважень судді Конституційного Суду України, який призначався з’їздом суддів України, з’їзд суддів України у тримісячний строк призначає іншу особу на цю посаду. За результатами голосування головою і секретарем з’їзду підписуються рішення з’їзду суддів України про призначення суддів Конституційного Суду України.

Процедура призначення суддів Конституційного Суду України з'їздом суддів України має загальний характер, адже чітко не визначено яка кількість делегатів може вносити кандидатуру на посаду суддів, як здійснювати належну перевірку кандидатів на відповідність вимогам закону, хто визначає професійну придатність кандидатів на посаду судді.

Наявна колізія щодо порядку припинення повноважень суддів Конституційного Суду України, призначених з'їздом суддів. Вище йшла мова про вимоги ст. 23 Закону України "Про Конституційний Суд України" згідно з якою припинення повноважень суддів Конституційного Суду України здійснюється у відповідних випадках за рішенням Конституційного Суду України чи Верховної Ради України, а ст. 112 Закону України "Про судоустрій України" передбачає призначення і звільнення суддів Конституційного Суду України з'їздом суддів України (що не суперечить вимогам ст. 126 Конституції України).

Не співпадають також вимоги законодавства щодо встановлення результатів голосування — згідно зі ст. 115 Закону України "Про судоустрій України" рішення з'їзду суддів України приймається більшістю голосів делегатів, присутніх на з'їзді, а ст. 8 Закону України "Про Конституційний Суд України" передбачає більшість голосів від числа обраних делегатів з'їзду суддів України.

Суддя Конституційного Суду вступає на посаду з дня складення ним присяги судді Конституційного Суду України. Суддя складає присягу на засіданні Верховної Ради України, яке проводиться за участю Президента України, а також Прем'єр-міністра України, Голови Верховного Суду України або осіб, які виконують їх повноваження (ст. 17 Закону України "Про Конституційний Суд України").

Більш ніж десятирічний досвід роботи Конституційного Суду України виявив низку проблем, які потребують законодавчого врегулювання. По-перше, кожен дев'ять років механізм безперервного функціонування органу конституційної юрисдикції буде порушуватись, що пов'язано з одночасним закінченням строку перебування суддів на посаді. Вважаємо за необхідне доповнити процедуру призначення суддів положеннями про продовження виконання обов'язків суддею, строк

повноважень якого закінчився, до вступу на посаду новопризначеного судді.

Доцільно запровадити ротацію суддів Конституційного Суду України кожні три роки. На думку М. Савенка ротація має ряд переваг, оскільки забезпечує більш стабільну роботу суду, сприяє зменшенню помилок новообраним складом суддів, набуття досвіду новопризначеними суддями, обмежує можливість формування стійкої групи більшості суддів, здатної впливати на прийняття бажаного для неї рішення на користь окремого державного органу [6, 11]. На наш погляд, ротацію можна реалізувати з урахуванням вікового цензу суддів (припинення повноваження судді при досягненні 65-річного віку), тобто є можливість призначати суддів не тільки на дев'ять років а на будь-який менший строк.

По-друге, питання перетворення Конституційного Суду України на суб'єкт політичних відносин сьогодні є актуальним і не тільки для України. Відомий угорський юрист А. Шайо вважає: "судді конституційних судів незалежні, призначення їх носить політичний характер. В американській системі реалізується партійно-політичні погляди Президента, в ФРН — частина членів призначається в залежності від співвідношення політичних сил в парламенті, у Франції — вплив має Президент. Однак, це не обов'язково буде впливати на їх діяльність" [9, 237–238].

Суддя Конституційного Трибуналу Польщі Л. Гарліцкі зазначає, що для обрання на посаду судді Сеймом необхідна абсолютна кількість голосів. Це означає, що парламентська більшість може контролювати призначення суддів, що і відбувається на практиці. Рівновага між лівими і правими призводить до того, що склад Трибуналу залишається збалансованим, до того ж принцип незалежності та "професорський склад" більшості суддів в значній мірі нівелює цю різницю [2, 51–52].

Суддя Федерального Суду Претензій США Б. Футей в зауваженнях щодо Закону України "Про Конституційний Суд України" зазначив: "В результаті обмеження строку призначення деякі судді можуть зіткнутися з проблемою пошуку подальшої роботи і, маючи це на увазі, віддавати перевагу одному рішенням перед іншим. Конституція не забезпечує неможливості зменшення заробітної платні суддів, залишаючи простір для роз-

думів щодо незалежності та об'єктивності суддів" [7, 69].

Для зменшення політизації діяльності Конституційного Суду України варто призначати суддів на конкурсній основі, що дозволить забезпечити більш якісний добір суддів та підвищить ефективність роботи суду.

Наступний засіб зменшення політизації органу конституційної юрисдикції залежить від діяльності самого суду. Мова йде про достатню аргументацію рішень і висновків суду — чітку, повну і зрозумілу мотивувальну частину (що, до речі, є проблемою всієї судової системи). Це буде сприяти відмові від спроби судді прийняти не правове рішення, а також нівелює підстави для звинувачень Конституційного Суду в прийнятті політизованих рішень.

Вищевикладене дозволяє зробити наступні висновки:

1. Неврегульованість і суперечність правових норм щодо формування органу конституційної юрисдикції (після конституційної реформи) потребує законодавчого вирішення.

2. Назріла нагальна необхідність удосконалити не тільки процедуру призначення суддів Конституційного Суду України, а й створити систему добору кандидатів на посади суддів Конституційного Суду. Більш доцільним є призначення суддів з числа науковців і практиків з різних галузей права з можливою перевагою фахівців у галузі конституційного права, а також суддів Верховного Суду та вищих спеціалізованих судів.

3. Зміни до Закону України "Про Конституційний Суд України" щодо підвищення ефективності діяльності органу конституційної юрисдикції здійснювати за результатами наукових досліджень.

Список літератури:

1. *Витрук Н.В.* Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс: Учебник. — М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998 — 383 с.
2. *Гарлицкий Л.* Реформа конституционного судопроизводства в Польше. Конституционное правосудие в посткоммунистических странах // Сборник докладов.— М., 1999.
3. Конституции европейских государств. — Єрван: Митар Гош, 1998.—292 с.
4. Конституції нових держав Європи та Азії / Упоряд. С. Головатий. — К.: Укр. Правн. Фондація. Вид-во "Право", 1996. — 544 с.
5. *Савенко М.* Формування органів конституційної юстиції // Вісник Конституційного Суду України .— 2007. — № 2.
6. *Савенко М.* Правовий статус Конституційного Суду України: Автореф. дис ... канд. юрид. наук. — Харків, 2001.
7. *Футей Б.* Становлення правової держави. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 288 с.
8. *Харбін Ю.* Конституція та конституційна юрисдикція в Німеччині. Сучасний конституціоналізм та конституційна юстиція // Матеріали Міжн. науково-практ. конф. / За ред. С.В. Ківалова, М.П. Орзіха.— Одеса: Юрид. літ., 2001. — 336 с.
9. *Шайо А.* Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): Пер. с венг. — М.: Юристь. 1999. — 292 с.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируется действующая процедура назначения судей Конституционного Суда Украины, отмечаются недостатки и даются предложения по их устранению.

SUMMARY

This article analyses the procedure of allocation of judges of Constitutional Court of Ukraine describing some disadvantages and suggestions for solving this problems.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 04.11.07



*В.Г. Гончаренко,
доктор юридичних наук
(Академія адвокатури України)*

Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення

Ключові слова: *правове регулювання, науковість правових норм, природні права, теорія конституціоналізму, системність, психологія, шкідлива занормованість.*

Практика застосування законів та будь-яких інших нормативних актів свідчить, що переважна більшість аномалій у правозастосовчій діяльності через несистемність та колізійність правових норм, їхню теоретичну необґрунтованість, пробіли в законодавстві, правову некомпетентність суб'єктів відбувається внаслідок нерозуміння законодавцями або навмисного ігнорування ними об'єктивних закономірностей і тенденцій існування та розвитку відносин, які повинні регулюватися створюваними правовими нормами. Крім того, і, на нашу думку, це є найбільш важливим, законотворці у своїй діяльності дуже мало і вкрай поверхово спираються на усталені й активно сприйняті світовим співтовариством норми моралі й справедливості, основоположні права людини з пріоритетом її природних прав, зрештою — на принцип верховенства права в суспільстві, який знайшов декларативне відображення в Конституції України і який потребує ще ретельного вивчення і наповнення конкретним змістом та вироблення механізмів практичного застосування [7, xii]. Нарешті, на жаль, зустрічаються випадки кричущої відірваності правових норм, що приймаються, від системи законодавства, породження серйозної (часом — навмисно) колізійності, семантичної безграмотності формулювань, лексико-

філологічного свавілля. Між іншим, хиби останнього розряду часом так спотворюють сенс нормативного акту, що унеможливають однозначне його тлумачення і, таким чином, створюють патову правозастосовчу ситуацію.

Всього цього можна було б поступово позбутися і вивести законодавство (в широкому розумінні слова) на пристойний в цивілізованому суспільстві рівень, якби в країні запанувала чітко і досить жорстко висловлена політична воля щодо твердого переконання у необхідності утвердження **реального** принципу верховенства права, зокрема, через зміцнення законності (саме законність через верховенство права, а не навпаки [7, 3, 7, 31, 47]), розроблені конкретні і **реальні** джерела економічного забезпечення, перш за все, — в стратегічному вимірі, теоретично на системному ґрунті і грамотно технічно встановлена відповідність норм прогресивним правовим доктринам і досягненням інших наук: логіки, історії, соціології, психології, інформатики, медицини, лінгвістики тощо.

Вважаючи, що питання прийнятності для народу політики, моральності та економічної обґрунтованості в законотворенні можуть бути вирішені прозоро і однозначно, ми зосередимось на факторі **науковості**, який, істотно впливаючи на досконалість законодав-

ства, досить часто залишається поза увагою законотворців.

Перш за все, слід завжди органічно мати на увазі, що право, як особлива форма суспільного життя, має об'єктивні закономірності виникнення, розвитку, функціонування, структурної побудови. Право, як і релігія, не має власної історії і проявляється в загальних закономірностях розвитку даного суспільства, вписується в контекст цих закономірностей. В той же час тут чітко визначаються зв'язки, що відбивають значення права як елемента даної суспільної системи, складової частини надбудови, політичної системи суспільства, системи нормативного регулювання [2, 123]. Право не може суперечити об'єктивним закономірностям розвитку суспільства, бо інакше воно буде суб'єктивним і волюнтаристським, адже право — це не піднесена до рівня закону воля панівного класу, як вчив нас марксизм-ленінізм, а система правових доктрин і цінностей, що виникла у даному суспільстві, та сформована на цій основі система формально-визначених загальнообов'язкових правил поведінки, встановлених або санкціонованих державою [32, 443]. Тому більш науково привабливим здається погляд на право з позицій соціального натуралізму, коли соціальні явища розглядаються в межах дії законів природи як вища форма розвитку природи [21, 4]. У всякому разі такий підхід, не будучи єдиною можливим, має відчутні переваги над позитивістською школою права, оскільки вона неминуче веде до ототожнення права і закону [7, 30, 33], наприклад, право визначається як сформована і відібрана світовим співтовариством система принципів і правил поведінки [27, 124].

Таким чином, першим кроком у слідуванні по шляху науковості для законодавця повинно бути чітке розуміння права як прояву загально-визначеної людством ідеї справедливості — об'єктивного закону спілкування людей, націй і народів [4, 364; 27, 16]. Оскільки ідея справедливості є стрижнем права, то, цілком очевидно, що це об'єктивне соціальне утворення повинно мати панівний і визначальний вплив на регулювання будь-яких суспільних відносин на рівні і в межах всього світового співтовариства, тобто незаперечно у відносинах, що вимагають регулювання,

повинен діяти принцип **верховенства права** [7; 22; 27, 123]. Тому у законодавця були всі підстави задекларувати у ч. 1 ст. 8 Конституції України: “В Україні визнається і діє принцип верховенства права” [20, 5]. В цьому поза сумнівом необхідному приписі міститься дуже небезпечне твердження, що в Україні не лише визнається, а й діє принцип верховенства права. При цьому не дається навіть натяку, а як же цей принцип діє? Зовсім не дивно, що останнім часом у нас, спираючись на конституційну норму про дію принципу верховенства права, обґрунтовують важливі рішення уявним “духом” Конституції, суб'єктивістським “здоровим глуздом” або вигаданою “необхідністю” чи, що ще гірше, — кон'юнктурною “доцільністю”. Таким шляхом освячений людством принцип всезагальної справедливості перетворюється на нічим не приборкане знаряддя волюнтаризму і автократії.

Все це відбувається через відсутність загальноприйнятого визначення генезису та змісту верховенства права, яке відповідало б самому сенсу цього філософського і правового феномена. Адже, як цілком відповідально зазначають С.П. Головатий та М.В. Костицький, практично всі спроби вчених підійти до проблеми верховенства права (понад 200 публікацій) знаходились в руслі позитивістської методології та нормативізму, “верховенство права” неодмінно пов'язувалося з “верховенством” закону, трактуючи їх зв'язок як зв'язок цілого і частини, не завжди пов'язуючи верховенство права з ліберальною доктриною держави і права, в якій верховенство права є однією з головних підсистем, верховенство права досліджується винятково в рамках предмета правознавства без зв'язку з видатними досягненнями гуманітарних та природничих наук і животворними нормами релігійних вчень, моралі, звичаїв [7, 1-59; 22, 3]. Існує ще одна такого ж гатунку досить невпевнена спроба визначення верховенства права як пріоритету загально-визначених принципів і норм права міжнародного співтовариства (міжнародного права) перед внутрідержавним (національним) законодавством [27, 126].

Шлях до розуміння верховенства права повинен пролягати через використання понят-

тя **природного права**, яке означає сукупність принципів і прав, що випливають з природи людини і є незалежними від соціальних умов. В законотворчості та в застосуванні законів буде торжество верховенства права, якщо буде повністю враховуватись пріоритет людини в суспільстві з її невідчужуваними, притаманними їй від природи правами, насамперед, правом на життя, правом на свободу, правом на честь [32, 475]. Можна без застережень підтримати думку, що “віра у всесильність людського закону, його єдину вірність, правильність і визначальність є абсурдна. Потрібним є лише той закон, який відповідає природному праву, перебуває у гармонійному зв’язку з іншими соціальними нормами, а через природне право пов’язаний із всезагальними, космічними законами” [22, 4]. Як видно, природні права мають філогенетичний характер — тому вони зрештою і є природними. В той же час ніяк не можна погодитись з віднесенням до цієї категорії права на безпеку, бажання щастя, на власність і опір пригніченню, на розвиток і рідну мову тощо [27, 66, 75], адже вони здобуваються у онтогенезі, а деякі з них належать скоріше до передвиборчих гасел, ніж до юридичних норм.

Зроблений аналіз дозволяє побачити, що дія принципу верховенства права повинна відбуватися в сенсі служіння захисту прав людини, які є її природними правами або повністю узгоджуються з ними чи не протирічать ним. В цьому плані можна погодитись з припущенням, що влада будь-якого рівня, яка нехтує основними правами і свободами людини, поступово втрачає свою легітимність, так само, як і нормативні акти, які вона приймає [18, 244]. Не випадково останнім часом все більш наполегливо лунає пропозиція про глибоке вивчення і теоретичне обґрунтування положення про неправові закони, які не забезпечують права і свободи людини, не є носіями принципу справедливості і з цієї причини не відповідають праву. Такі закони запропоновано називати квазізаконодавством [27, 129].

Як підсумок розгляду філософських та загальноправових питань, можна вважати доведеною і теоретично (науково) обґрунтованою необхідність законодавцю у своїй діяльності зафіксувати у Конституції України

не лише декларацію про наявність в нашій країні принципу верховенства права, а й поняття цієї етико-правової категорії та умови і способи його реалізації на практиці під час врегулювання окремих конкретних відносин. Це можна здійснити лише спираючись на природні права людини і прийняті у всьому світі критерії справедливості, що, з одного боку, зміцнить правову основу законодавства, а з іншого — принцип верховенства права з декларації перетвориться на інструмент прямої дії з прозорими і прийнятними для суспільства справедливими результатами вирішення спірних питань. У такому разі цілком нормальним і навіть необхідним буде прийняття рішень, які не відповідатимуть приписам нормативних актів, а, можливо, й суперечитимуть ним, якщо таке рішення ґрунтуватиметься на доведеній необхідності захисту прав і свобод конкретної людини, бо недолугий, недосконалий або аморальний закон позбавляє людину надійного захисту її прав. Очевидно, що такі рішення не можуть не викликати в суспільстві почуття задоволення. Спирні ж питання з цього проводу можуть вирішуватись на рівні Палат Верховного Суду.

З цих роздумів про право органічно випливає питання про місце людини в державі та суспільстві з огляду на чинне законодавство. Людина в Україні проголошена найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції). В той же час за традицією радянської ідеології у ст. 1 проголошується **державою** Україна як суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова [20, 4]. Простий логічний аналіз цієї маленької системи норм показує, що, проголосивши пріоритет людини в суспільстві, Конституція констатує пріоритет держави, адже спочатку утверджується наявність держави з дуже привабливими епітетами, а потім виявляється, що у цій державі є гідні люди і суверенний народ. Це — не арифметична і нічого не значуща перестановка понять, а принциповий розподіл цінностей, коли місце поняття показує його значення. Не зайве навести теоретичне обґрунтування такого розташування соціальних цінностей радянської доби. Один з відомих теоретиків права М.В. Вітрук писав: “Право суб’єкта і правоздатність є можливості, але можливості різ-

ного порядку” [5, 103]. Ця “різниця” порядку полягає не в тому, що правоздатність не можна розглядати як суб’єктивне право, — пояснює також відомий теоретик права С.С. Алексєєв, — “а в тому, що вона є суб’єктивним правом в площині *державно-правового регулювання*” [3, 141]. Ось і виходить з такої, на перший погляд, безневинної перестановки, що людей правами наділяє держава, а не люди, народ створюють державу, щоб вона, зокрема, захищала їхні права і неухильно дотримувалась їх. З цієї теоретичної “безневинності” випливають досить серйозні речі, які дуже важко назвати науково обґрунтованими.

У цьому плані можна навести безліч прикладів, які свідчать про далеке від досконалості знання законодавцями теорії конституційного права, а, можливо, й достатнє знання, але з певних причин знехтуване. Викликають почуття незручності, а то і протесту висловлювання окремих поважних представників державної влади щодо розуміння ними потреб “пересічного” громадянина і, особливо, бажання допомогти “маленькому” українцю (така собі монарша милість). Людина, яка оголошується найвищою соціальною цінністю і про гідність та права якої заявляється у величезному розділі Конституції (ст. 21 – 68), не може бути ні “пересічною”, ні “маленькою”, бо вона є великою хоча б вже тому, що вона — Людина.

Продовжуючи цю тему, обов’язково слід звернути увагу на зафіксовані в Конституції питання влади, які в теоретичному сенсі вирішені дуже спірно, а в практичному — розраховані на “маленького” українця. В цьому контексті не можна не нагадати слова Марка Тулія Цицерона, що тільки те суспільство, в якому народ користується верховною владою, є істинним вмістилищем свободи. Стаття 5 Конституції проголошує, що “...єдиним джерелом влади в Україні є народ” [20, 4]. Термінологічний і логічний аналіз свідчить, що український народ не має влади, адже він являє собою лише її джерело, з якого власник (господар) влади черпає свої сили. Це — не помилка, а навмисність, і наступна фраза ч. 1 ст. 5 Конституції [20, 4] про те, що народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самовря-

дування, не впливає з першої. Якщо народ є лише *джерелом* влади, то він залежить від держави та її структур, а якщо він є джерелом і єдиним *носієм* влади, то тоді держава з її всіма апаратами буде підпорядкована народу, причому наявність в тексті теоретично точного і ємного конституційного постулату, що всі державні органи і посадові особи виконують владні функції виключно за дорученням народу як його представники (представницька влада), — чого немає в Конституції — усунула б всі сумніви, невизначеності щодо поділу влади, її узурпації, значення результатів референдуму тощо.

Необхідно пам’ятати, що влада, як складний соціальний феномен, має численні структурні та функціональні характеристики. Єдність, неподільність влади є одним із принципів її реалізації, втілення в реальні суспільні відносини. Оскільки влада за визначенням цілком і повністю належить народу, він не повинен ділити її з ким-небудь, бо інакше втрачається сам зміст, сутність суверенітету — його не можна мати частково. Лише народ, здійснюючи належну йому владу, визначає, як, яким чином забезпечити реалізацію свого національного, народного та державного суверенітету. У той же час багатоплановість і динамізм влади вимагають передачі владних повноважень представницьким органам, які здійснюють *функції* влади за умови унеможливлення узурпації влади завдяки створенню для цього механізму чіткого розмежування повноважень, нормативізації взаємних стримувань і співробітництва. Тому теорія “поділу влад” першої половини XVIII століття, яка була спрямована на повалення абсолютизму, в ст. 6 Конституції України кінця XX століття, коли сувереном є не абсолютний монарх, а народ, застосована безпідставно, бо, по-перше, влада належить народу, і завдання його усунення від влади не стоїть, по-друге, функції влади не обмежуються законодавчою, виконавчою та судовою як це **абсолютно** вичерпно зазначається в ст.6, а є набагато ширшими і не менш важливими, бо влада вочевидь не може здійснюватись без установчої, контрольної, інформаційної, виховної та багатьох інших функцій, по-третє, за такого поділу, наприклад, Президент, Генеральний прокурор

(прокуратура), Національний банк не мають функцій державної влади, що є нонсенс.

Надання народу текстуально статусу джерела влади з неминучістю привело до аморфного викладу питань референдуму, зміст якого нічим не нагадує про “народне волевиявлення” у формі “безпосередньої демократії” [20, 27]. В розділі III Конституції йдеться про право народу на референдум, процедуру його призначення і проведення, виключну його компетенцію щодо питання про зміну території України, заборону його проведення з питань податків, бюджету та амністії і жодного слова немає про основне — як же реалізується *влада народу*, висловлена в результатах референдуму? На цю явну невідповідність не звертають увагу і відомі вчені-конституціоналісти [наприклад, 25, 45]. А треба було з точки зору наукового конституціоналізму написати, що результати референдуму, набувають силу закону (конституційного чи ординарного) з моменту опублікування в офіційному виданні постанови Центральної виборчої комісії про те, що референдум з таких-то питань і з такими-то результатами *відбувся*, незалежно від позиції Президента, Верховної Ради, Кабінету Міністрів і без будь-яких процедур узгодження або затвердження. За результатами референдуму окремі їх положення без обмовок імплементуються в чинне законодавство, а окремі нормативні акти відповідним чином узгоджуються і редагуються тими органами, у компетенції яких знаходиться видання даних нормативних актів. Затвердження чи уточнення встановлених референдумом норм залежними від народу його представниками є не що інше, як узурпація влади.

Юридичне нормотворення є одним з видів людської діяльності, ефективність і прогресивність якої багато в чому залежать від професіоналізму та моральності суб’єктів [16, 19]. Правові ж норми в суспільстві значною мірою залежать від наукових розробок та міркувань правознавців [17, 79–101]. Юридична діяльність має досить багато видів і форм, серед яких можна виділити законотворення, правосуддя, досудове слідство, прокурорський нагляд, захист з використанням праці адвокатів, охорона державної безпеки,

контрольно-ревізійна робота, підготовка юридичних кадрів тощо [14, 21; 16, 116]. І вся діяльність повинна бути найвищого рівня науково забезпечена.

Ми вже дали, на нашу думку, достатньо ґрунтовний загальнотеоретичний аналіз наукового забезпечення юридичної діяльності у законотворенні, в основному, з позицій принципу верховенства права. Тепер є необхідність зосередитись на конкретних галузях правотворчості, яка являє собою об’єктивно обумовлену завершальну і конститутивну стадію формування права [2, 307]. Ми схильні вважати правильною точку зору, що правотворчість слід розглядати головним чином в аспекті її фактичного змісту, організаційних дій, що її утворюють, і тоді вона буквально відповідає поняттям “правотворча діяльність” або “правотворчий процес” [31, 6]. В такому сенсі правове регулювання і застосування права об’єктивно залежить від правотворчості, і саме застосування діючих норм права виконує, в основному, правозабезпечну функцію [2, 321; 29, 12; 35, 6]. Спробуємо поглянути далі, як з наукових позицій реалізується ця правозабезпечна функція.

В системі правових інститутів особливо важливу, стабілізуючу роль повинен виконувати Конституційний Суд України (КС), який є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні [20, 70], вирішуючи питання про відповідність Конституції України законів та інших правових актів, а також і дій низки суб’єктів [25, 116; 32, 282]. Визначення відповідності законів та інших правових актів Конституції, що віднесено до компетенції КС, сприяє правильному і одноманітному застосуванню нормативних актів різних рівнів, мінімізує прояви недотримання законності і бюрократичного свавілля, і це — великий позитив. Але не можна залишити без принципового законотворчого втручання норми ст. 147 і 150 Конституції, які не відповідають канонам теорії права та конституційного права [20, 70, 71]. По-перше, КС наділений правом офіційного нормативного *автентичного* тлумачення законів, які приймає Верховна Рада, котра цим самим позбавлена такого абсолютно притаманного їй права, в той час як КС міг і повинен бути наділений

правом офіційного підзаконного делегованого *легального* тлумачення [3, 290, 310]. По-друге, рішення КС є остаточними і не підлягають оскарженню, що ліквідує принцип противаг і стримувань, впровадженням якого так пишались наші демократи. Жоден орган в країні, жодна посадова особа не можуть мати статус непорочного оракула, який явно узурпує компетенцію іншого суб'єкта в системі державної влади і до того ж не може навіть скасувати своє власне рішення [8]. На цьому фоні дивно звучить пропозиція В.Д. Вознюка про необхідність розширення повноважень КС “як органу конституційної юрисдикції відповідно до принципів правової держави” [6, 8].

В галузі кримінального права привертають увагу кілька принципових і технічних невідповідностей, які є дуже сумнівними з позицій науки. Перша з них стосується встановленої ст. 20 КК так званої обмеженої осудності. Тут мова йде про кримінальну відповідальність осіб, які через психічні розлади повною мірою не були здатні усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. У ч. 2 ст. 20 зазначається, що визнання особи обмежено осудною враховується при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру.

Тут є все, що вимагається теорією кримінального права — і медичний критерій (психічний розлад), і юридичний критерій, який складається з інтелектуальної (нездатність усвідомлювати) та вольової (нездатність керувати) ознак, але немає і в першому наближенні критеріїв визначення “не повної міри усвідомлення” (відсотки, градації, ступені?) чи призначення покарання (як призначається? чи обов'язково пом'якшується?). Крім того, у даному разі мова йде про осіб із здоровою, хоча й дещо ущербною, психікою, а тому в юридичному сенсі вони є осудними, а медичний критерій не може відігравати ніякої визначальної ролі, тим більше, що суд ніяким чином не обмежений у праві враховувати при визначенні міри покарання будь-які пом'якшувальні обставини (ст. 66 КК, в якій дається перелік обставин, що пом'якшують покарання, підлягає поширювальному тлу-

маченню). Отже, невизначеність понять цієї норми робить її застосування повністю суб'єктивістським аж до сваволі, відкриває широкий шлях для неконтрольованих зловживань, прикритих авторитетом висновків судових експертів, які (висновки) не можуть в принципі бути конкретними, а тому є непридатними для встановлення точного *юридичного* факту. Сказане дає нам підставу стверджувати, що інститут обмеженої осудності в кримінальному праві повинен бути скасований.

Друга стосується емоційних станів людини, які певною мірою враховуються при конструюванні деяких норм КК, а інші враховуються в оцінці ходу і результатів окремих слідчих та судових дій і, крім того, при призначенні покарання [1, 281]. Кримінальним кодексом України передбачена значно пом'якшена відповідальність за умисне вбивство (ст. 116) або умисне тяжке тілесне ушкодження (ст. 123), вчинені в стані сильного душевного хвилювання. Цей стан визначено в законі на побутовому рівні, він має споглядальний психологічний вимір і не може бути встановлений експериментально, бо немає чітко видимих категоріальних діагностичних критеріїв, а тому повинен бути усунутий із текстів законів. Цілком зрозуміло, що законодавець мав на увазі не всяке сильне душевне хвилювання, яке досить часто відчувають у своїй діяльності і актори, і студенти, і лектори, і рибалки, і спортсмени, і хто завгодно, а такий стан, за якого інтенсивна емоція протягом короткого часу стає домінуючою, значно знижуючи здатність людини усвідомлювати свої дії і керувати ними, майже повністю втрачається функція самоконтролю, звужується до мінімуму вольова сфера, організм значною мірою переходить на інстинктивні механізми керування. Цей стан в момент виникнення, протікання і за наслідками має чітко виражені психо-фізіолого-медичні ознаки, і його наявність може бути встановлена лише за допомогою психологічної експертизи. Він має точно сформульовану, науково обґрунтовану назву — фізіологічний афект [12, 33].

Третя пов'язана з визначенням поняття “вбивство”. В ч. 1 ст. 115 КК вказано: “Вбивство, тобто умисне протиправне заповдіання

смерті іншій людині”. Є всі підстави визнати таку дефініцію науково обґрунтованою. Проте ст. 119 КК має назву “Вбивство через необережність”, яку шляхом елементарної підстановки варто було б назвати “Умисне позбавлення життя людини через необережність”, що є нонсенс. Очевидно, через необережність може вчинюватись не вбивство, а заподіюється смерть.

Особливої уваги потребує наукове забезпечення кримінального судочинства, оскільки тут зі всією гостротою постає питання про захист прав людини. Можна побачити кілька важливих концептуальних проблем, які повинні вирішуватись з позицій загальної теорії права, сучасних ідей конституціоналізму і усталених засад вітчизняного кримінального судочинства. Ми зупинимось на кількох принципових питаннях: порушення кримінальної справи, меж функції обвинувачення, інституту досліджування і допустимості впливу на учасників процесу.

Кримінальний процес за своєю сутністю є процесом обвинувальним і починається з порушення кримінальної справи проти конкретного чи гіпотетичного суб’єкта. В той же час кримінальну справу, крім прокурора, судді, слідчих чотирьох відомств, можуть порушувати ще безліч органів дізнання, чим створюються великі випробовування для принципу об’єктивності судочинства і робиться майже безпредметним дійсний прокурорський нагляд за законністю дізнання і досудового слідства. Теорія права, принципи і логіка судочинства, прогресивна світова практика вимагають, щоб в демократичній державі порушувати кримінальні справи за сигналами, поданнями, матеріалами міг лише один представник народу і держави — прокурор, бо інакше в країні встановлюється режим неконтрольованого тотального кримінального переслідування. Цей висновок стосується і справ приватного обвинувачення, порушувати які повинен мати право не суддя, а лише їх ініціатор — потерпілий, а суддя має тільки відкривати судові провадження, якщо для цього будуть фактичні та юридичні підстави [11, 32].

Регулювання кримінально-правових відносин у суспільстві здійснюється, в основно-

му, через кримінальний процес, який має три визначальні функції: обвинувачення, захисту і вирішення справи по суті. З порушенням кримінальної справи виникає зразу ж функція обвинувачення, яка детермінує негайну появу функції захисту і вирішення справи. Проте в Конституції України серед повноважень прокуратури називається підтримання обвинувачення в суді (ст. 121) і ні слова не говориться про досудове слідство. Але як же може здійснюватись обвинувальний процес в період досудового слідства, яке інколи триває роками, без обвинувача? До речі, якщо немає обвинувача, то не повинно бути і захисника. На практиці фактично публічну функцію обвинувачення здійснюють особи, які порушують кримінальні справи, провадять дізнання і ведуть досудове слідство. Не говорячи вже про принципову неприпустимість існування такої різношерстої армії обвинувачів, які персонально від імені держави взагалі не мають права здійснювати обвинувачення, зазначимо, що ці особи (перш за все — слідчий) повинні за ознаками злочину шукати і досліджувати факти, які *підтвердили* б або *спростували* обвинувачення — об’єктивно і неупереджено. Оскільки принцип змагальності є принципом усього кримінального процесу, а не лише стадії судового розгляду, здійснювати обвинувачення від порушення кримінальної справи і до закінчення процесу повинна одна державна посадова особа — прокурор, який до того ж може й відмовитись від обвинувачення, обумовивши цим закриття процесу (якщо на його продовженні не наполягатиме потерпілий). Весь цей час обвинуваченню процесуально протистоїть захист в особі адвоката, іншого захисника та самого підозрюваного, обвинуваченого, підсудного. Тому в ст. 121 Конституції положення про те, що на прокуратуру, серед іншого, покладається обов’язок підтримання обвинувачення, потрібно змінити, вилучивши з тексту слова “в суді” [9, 31].

Тривалий час науковці, законодавці і практичні працівники суду та слідства з задоволенням (дехто, правда, досить критично) обґрунтовували й користувалися можливістю направляти із зали суду справи органам розслідування для виправлення помилок, усунення пробілів, здобування додаткових

обвинувальних доказів, щоб під час нового розгляду справи будь-що, за всяку ціну постановити обвинувальний вирок. Адже інакше справу по суті можна було вирішити ще під час першого слухання, постановивши виправдувальний вирок, бо за канонами презумпції невинуватості недоведена вина є доведеною невинуватістю. Інститут дослідження [24, 564] є кричущим порушенням принципу об'єктивності, бо перетворює суд з неупередженого арбітра в заангажованого обвинувача, тому цю неприємну сторінку тоталітарного минулого треба безжалісно вирвати. Можна себе тішити поки що лише тим, що у проектах нового КПК цей інститут не згадується.

Наш законодавець, явно не бажаючи розставатись з “принадами” діючого КПК, під загрозою необхідності скасування інституту дослідження доповнив КПК статтею 315¹, якою передбачив право і можливість суду в ході судового слідства доручати органу, який проводив розслідування, виконати певні слідчі дії для **перевірки і уточнення** фактичних даних, одержаних під час досудового слідства [24, 629], тобто відтворив пресловуте додаткове розслідування, не повертаючи справу органам слідства, а під невинною ширмочкою “перевірки” і “уточнення” все-таки здобути додаткові докази **обвинувачення**, щоб будь-що постановити щодо підсудного обвинувальний вирок.

Цей антиконституційний пасаж законодавця одностайно засудили в глибоко аргументованих виступах на засіданні Науково-консультативної ради при Верховному Суді України її члени О.М. Бандурка, Т.В. Варфоломеєва, Ю.М. Грошевий, Е.О. Дідоренко, В.В. Комаров, А.О. Селіванов, В.М. Сущенко, М.Є. Шумило, а Голова Верховного Суду В.Т. Маляренко виступив з критичною статтею, в якій з гіркістю зазначив, що і в новому проекті КПК слово в слово перенесено зміст ст. 315¹ і ч. 3 ст. 66 КПК, тобто те ж нехтування правами людини і конституційними принципами правосуддя закладається і на майбутнє [26, 2–7].

У ч. 3 ст. 22 КПК міститься імперативний припис, що забороняє “домагатись показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та

інших незаконних заходів” [19, 49; 24, 63]. Ця норма у науковому відношенні є надто недосконалою і тому викликає на практиці великі труднощі у її застосуванні. Справа в тому, що в кримінальному й адміністративному законодавстві незаконними можуть бути визнані лише конкретні діяння, заборонені конкретними нормами закону. Вираз “інші незаконні заходи” в цих галузях права є неприпустимим, бо незаконними, а отже — караними, можна ситуативно чи волонтаристськи визнати будь-який захід слідчого, що протирічить елементарним положенням теорії права. Очевидно, слід встановити якийсь критерій допустимості впливу, яким, наприклад, психологія визначає можливість для людини, на яку здійснюється вплив, зробити альтернативний і вільний вибір варіантів поведінки, вчинків, утворення висновків [24, 66].

Включення особи в систему правового регулювання відбувається на фоні широкого психологічно значущого контексту, який об'єднує об'єктивно існуючі соціально-правові умови й обставини, від яких значною мірою залежить її правове становище [30, 85]. Багато норм КПК облямовано етико-психологічними чинниками, але вони чомусь постійно знаходяться поза увагою законодавця, що у окремих напрямках процесуальних відносин суб'єктів поступово доводить до рівня підсвідомості тривожне відчуття нерівності сторін, причому на “користь” обвинувачення і на шкоду захисту прав людини. Це явище не таке вже й безневинне, як може здатися на перший погляд, бо створює начебто ненавмисно деяку атмосферу судочинства, яка не сприяє творенню справедливого правосуддя. Багато що в цій ситуації залежить від незнання законодавцем даних психологічної науки або небажання враховувати такі дані. Такий негативний вплив на суб'єктів кримінального процесу можна побачити на кількох прикладах, взятих з їх безлічі.

В ч. 4 і 5 ст. 384 КПК записано право прокурора подавати касаційне **подання** (причому це стосується, в основному, прокурора, який брав участь у розгляді справи судом першої чи апеляційної інстанцій як сторона обвинувачення) на вироки, ухвали і постанови апеляційного суду, а в ч. 1, 2 і 3 цієї ж статті

іншим учасникам процесу дозволяється подавати касаційні *скарги* [24, 760]. У прихованій формі це ж стосується і ст. 348 КПК “Особи, які мають право подати апеляцію”, бо на неї робиться посилання в ст. 384 [24, 688]. Неважливо помітити, що якщо одна сторона процесу — обвинувачення — в особі прокурора подає з державницьких позицій до вищестоящих інстанцій суду авторитетні пропозиції щодо перегляду судового рішення нижчої інстанції, то інша, рівноправна за визначенням сторона — захисту — шанобливо скаржитись невідомо на кого, хіба що — на гірку свою долю, бо скаржитись можна на уявного чи дійсного кривдника, а чиєсь рішення слід оспорювати (рівноправний для сторін, передбачений законом спір). От і виходить в очах звичайного громадянина, що один з формально рівноправних учасників процесу — вимагач, а інший не менш формально рівноправний учасник — прохач. Неважко зрозуміти, яке ставлення до справедливого правосуддя виробляється в суспільстві.

Ще більш загрозливим для суспільної свідомості і об’єктивного правосуддя є введена законодавцем в КПК нова ст. 61¹ “Усунення захисника від участі у справі” [24, 182], причому серед обставин, що виключають участь у справі захисника в ст. 61 КПК зазначаються випадки, коли проти захисника порушено кримінальну справу та коли захисник, зловживаючи своїми правами, перешкоджає встановленню істини в справі, затягує розслідування чи судовий розгляд справи [24, 180–183]. Підстава при усунення захисника у зв’язку з порушенням проти нього кримінальної справи є явно незаконною, бо грубо протирічає конституційному принципу презумпції невинуватості [23, 306]. Що ж стосується другої підстави, то вона відрізняється цілеспрямованою упередженістю, бо оціночні судження, закладені в ній, можуть бути за першої-ліпшої нагоди витлумачені проти захисника, наприклад, якщо він заявляє дуже багато клопотань, що, за висновком слідчого або судді, перешкоджає встановленню істини або затягує перебіг розгляду справи. До речі, такі ж претензії цілком можна пред’явити в окремих випадках і до слідчого або судді, наприклад, коли слідчий протягом двох міся-

ців розслідування умудряється провести 2-3 слідчі дії. А обвинувачений сидить в СІЗО! Можна зробити загальний висновок з аналізу наведених норм КПК, які, не до честі законодавця, дозволяють усунути будь-якого захисника на будь-якій стадії процесу, якщо, на думку охоронців прав людини, цей захисник перешкоджає “встановленню істини у справі” (якої саме істини, коли ще немає вироку суду, що набрав законної сили?).

Однією з наріжних умов наукової нормотворчості є забезпечення системності законодавства, інакше колізія норм може завдати шкоди правозастосовчій діяльності. Для прикладу наведемо практику організації побачень адвоката зі своїм підзахисним, який перебуває під вартою. Практика рясніє випадками неправомірної поведінки слідчих, яка породжує численні заяви адвокатів і втручання найвищих судових і прокурорських інстанцій. Справа в тому, що ст. 43 КПК встановлює право обвинуваченого, серед іншого, мати захисника і побачення з ним до першого допиту, ст. 48 встановлює, що захисник, крім іншого, з моменту допуску його до участі в справі має право до першого допиту підозрюваного чи обвинуваченого мати з ним конфіденційне побачення, а після першого допиту — такі ж побачення без обмеження їх кількості та тривалості, а ст. 162 встановлює право особи або органу, які провадять справу, дозволяти побачення родичам або *іншим особам* з заарештованим не більше одного разу на місяць тривалістю від однієї до чотирьох годин [24, 105, 129, 381]. Слідчі роблять вигляд, що до числа “інших осіб” належать і захисники, які повинні кожного разу для одержання права на побачення з заарештованим просити дозволу у слідчого, бо він є “особою, яка провадить справу” (ст. 162). Завдяки величезним зусиллям Спілки адвокатів України вдалося одержати напівофіційну високу вказівку слідчим давати один раз дозвіл адвокату для побачень із заарештованим підзахисним на весь час досудового слідства у даній справі. Адвокати були раді й цьому, але тут треба поставити остаточну науково обґрунтовану крапку над “і”, бо назване рішення нічого спільного з правом і правилами тлумачення правових норм не має.

Справа в тому, що норма про право слідчого дозволяти побачення з заарештованим “іншим особам” є загальною стосовно спеціальної щодо неї норми, яка передбачає необмежене право адвоката на будь-яку кількість побачень, не обумовлених необхідністю одержання дозволу, а у таких випадках теорія права передбачає пріоритет спеціальної норми. Таким чином, адвокат *взагалі* не повинен просити у слідчого дозволу на побачення зі своїм заарештованим клієнтом і навіть повідомляти його про це побачення. Інакше за логікою адвокат повинен був би запитувати дозволу на побачення з клієнтом у слідчого, який для цієї особи обрав будь-яку міру запобіжного заходу (наприклад, підписку про невиїзд), що є і юридичною, і життєвською дурницею. Всі свої відвідини заарештованого клієнта адвокат має робити лише у відповідності з режимом місця ув’язнення.

Необхідно звернути увагу ще на одну хибу законодавства, у всякому разі — з точки зору автора статті, яку можна назвати шкідливою занормованістю способів одержання доказової інформації на досудовому слідстві. Вона полягає в тому, що законодавець не враховує особливостей змісту роботи слідчого, яку трохи претензійно, але, в цілому, вірно порівнюють з мистецтвом. Під час розслідування при проведенні окремих слідчих дій застосовуються вироблені криміналістикою і такі, що виникають інтуїтивно, тактичні прийоми [15; 34, 28; 36, 5], які відрізняються високою ситуативністю [34, 125] і індивідуальним підходом до учасників слідчих дій [36, 31]. Можна сказати, що слідча тактика — це своєрідний інструментарій слідчого, а тому істотне обмеження кола тактичних засобів, що застосовуються під час розслідування злочинів, яке часто робить законодавець, неминуче призводить до звуження можливостей слідчих працівників у збиранні надійної доказової інформації [36, 79]. Важливо також врахувати ту обставину, що в ході проведення окремих слідчих дій надзвичайно велику роль відіграє використання психологічних засобів спілкування, що взагалі неможливо змістово врахувати в правових нормах [19, 128–135; 34, 87–111]. На цю тему постійно ведуться дискусії між процесуалістами і криміналіс-

тами, під час яких розглядаються питання допустимості тактичних прийомів у судочинстві та необхідності надання слідчому в розумних межах свободи у застосуванні тактичних засобів розслідування злочинів і виявленні осіб, що їх вчинили. Ми, безумовно, проти пропозицій щодо використання в розслідуванні гіпнозу, екстрасенсів, обману, які іноді з’являються на сторінках спеціальних видань, але і проти правових норм, які всупереч моральним і привабливим тактичним альтернативам не дають можливості слідчому розгорнути справді творчу роботу в пошуках істини.

Наведемо лише один приклад, висновки з якого підкріплюються власним досвідом автора статті, здобутим під час його роботи слідчим районної прокуратури і прокурором-криміналістом обласної прокуратури.

В ст. 143 КПК міститься імперативна для слідчого норма, за якою він під час допиту обвинувачених в одній справі повинен допитувати їх окремо і вживати заходів, щоб обвинувачені не могли зноситися між собою [24, 348]. Така ж вимога сформульована і в ст. 167 щодо допиту свідків [24, 399]. Благі наміри законодавця запобігти змові про певні неправдиві показання допитуваних обвинувачених і свідків у одній справі шляхом їх розосередження і позбавлення можливості спілкуватися під час допиту натикаються на великі, часом нездоланні труднощі організаційного характеру, а також, що є основним негативом, не враховують психологізму неправди і пов’язаних з її викриттям тактичних можливостей слідчого.

Відносно першого нашого зауваження слід нагадати, що забезпечити роздільне перебування обвинувачених, а особливо — свідків в ході їх допиту в одній справі в умовах помешкання слідчого підрозділу практично неможливо, бо навряд чи знайдеться для кожного з допитуваних окрема кімната та ще й, мабуть, з вартовим, не говорячи вже про дуже сумнівну з точки зору прав людини заборону вільного пересування обвинувачених, що не знаходяться під вартою, і свідків. Це можна формально забезпечити в умовах СІЗО, але надійний тюремний “телеграф” зведе нанівець застороги законодавця.

Що ж до другого зауваження, то слід знати, що неправда являє собою феномен спілкування з навмисним перекрученням дійсного становища речей, процес її формування має всі риси творчості, яка полягає в пристосуванні до правди окремих неправдивих елементів, у монтуванні в правду вигідних брехуну деталей [34, 313]. Чиста брехня не має сенсу, бо вона розсипається вже в момент виголошення.

Для викриття брехні криміналістикою розроблено немало бездоганих з точки зору закону прийомів [19, 199; 34, 282]. Серед них — мовчазне неперешкодження або навіть конклюдентне заохочення до спілкування та можливої змови, і неправда тоді зовні досить легко викриваються на констатації повної стереотипності відповідей на основні запитання і великих розбіжностей в деталях. Практика неодноразово підтверджувала ефективність цього прийому, який безпідставно, але й нереально забороняє використовувати законодавець.

Нарешті, в контексті наших вимог до нормотворчості варто торкнутися проблеми юридичної техніки, яка є сукупністю засобів і прийомів, що використовуються у відповідності з прийнятими правилами у виробленні й систематизації правових актів для забезпечення їхньої досконалості. Вона передбачає використання правильної юридичної термінології, засобів юридичного виразу волі законодавця, засобів словесно-документального викладу змісту нормативного акта, абстрактного і казуїстичного техніко-юридичних прийомів, законодавчої стилістики тощо [3, 267–288]. Вона виступає як комплекс методів і прийомів, покликаних надавати відповідну форму змісту правових норм [28, 144]. Все це повинно забезпечуватись процедурою підготовки і

прийняття законодавчих актів від їх розробки, експертування, розгляду в Комітетах Верховної Ради та під час читань на пленарних засіданнях [16, 214; 25, 68–78].

Ми зупинимось лише на двох з безлічі порушень вимог юридичної техніки, які псують законодавчі акти. Редакція ст. 62 Конституції України викликає серйозне зауваження, адже фраза “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” призводить до абсурдного висновку, що всі громадяни України лише *вважаються* невинуватими, якщо вони навіть дійсно ні в чому не винні, не скоювали ніяких серйозних правопорушень, а тим більше — злочинів [13, 147; 33, 555].

У п. 11 ст. 32 КПК України до близьких родичів зараховуються батьки, дружина, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки [24, 94]. Тут виникає кілька дійсно технічних (лінгвістичних) запитань: а) чи можна віднести до категорії близьких *родичів* дружину, яка не має ні з ким кровної спорідненості, адже ця ознака є визначальною в понятті “родичі”? б) хто маєтсья на увазі під терміном “дружина”, кожен з подружжя чи лише жінка (якщо останнє, то чому дискримінується чоловік)? в) чому батьки, діти, внуки, брати, сестри перелічені в множині, а дід і баба, яких може бути по двоє, — в однині?

І це можна назвати нормою права?

Підсумовуючи сказане, можна побачити, що лише ретельно відпрацьоване на засадах верховенства права і сучасної правової науки та інших суспільних і природничих наук законодавство може бути надійною основою для прогресивного розвитку особи, суспільства і держави.

Список літератури:

1. Авраменко О.В. Психологічна характеристика окремих емоційних станів особи та їх кримінально-правове значення // Наукові записки. Серія “Право”. — Острого: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип. 5.
2. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. Т. I. — М.: Юрид. лит., 1981. — 360 с.
3. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. Т. II. — М.: Юрид. лит., 1982. — 360 с.
4. Васильчук В.О. Справедливість як категорія міжнародного права // Наукові записки. Серія “Право”. — Острого: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип. 5.

5. *Витрук Н.В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. — М.: Юрид. лит., 1979. — 160 с.
6. *Вознюк В.Д.* Конституційне правосуддя в Україні: уроки, проблеми, перспективи // Вісник Верховного Суду України, 2005, № 8(60).
7. *Головатий Сергій.* Верховенство права: У 3-х кн. Книга 1. Верховенство права: від ідеї — до доктрини. — К.: Фенікс, 2006. — xxxiii-xliii, С. 61–624.
8. *Гончаренко В.Г.* Абсолютна істина чи глухий кут? // Український юрист, 2005, № 8.
9. *Гончаренко В.Г.* Загубився обвинувач // Український юрист, 2005, № 6.
10. *Гончаренко В.Г.* Українське прислів'я — квінтесенція звичаєвого права // Вісник Академії адвокатури України. — 2006. — Вип. 2(6).
11. *Гончаренко В.Г.* У семи няньок... // Український юрист, 2005, № 7.
12. *Гончаренко В.Г.* Чужа душа — темний ліс // Український юрист, 2005, № 9.
13. *Гончаренко В., Сегай М.* Наукова рецензія на “Ненаукові нотатки” // Право України, 2006, № 2. — С. 145–147.
14. *Горшенев В.М.* Правовые формы деятельности в общенародном государстве. — Харьков: Юрид. ин-т, 1985. — 230 с.
15. *Гусаков А.Н.* Следственные действия и тактические приемы: Автореф. дисс... канд. юрид.наук. — М., 1972. — 19 с.
16. *Гусарев Г.Д.* Юридична діяльність. Методологічні та теоретичні аспекти. — К.: Знання, 2005. — 375 с.
17. *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. — Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1989. — 220 с.
18. *Ковальчук В.Б.* Права людини як критерій легітимності державної влади // Наукові записки. Серія “Право”. — Острог: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип.5.
19. *Коновалова В.О., Шепітько В.Ю.* Юридична психологія. Академічний курс. — К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2004. — 424 с.
20. Конституція України. — К.: Преса України, 1997. — 80 с.
21. *Костенко О.М.* Соціальний натуралізм як методологічний принцип для нової юриспруденції. — К.: Академічні читання КРЦ АПрНУ, 2007. — Випуск 7.
22. *Костицький М.В.* Філософські питання верховенства права. — К.: Академічні читання КРЦ АПрНУ, 2007. — Випуск 6.
23. *Крикунов О.В.* Актуальні проблеми залучення та усунення захисника // Наукові записки. Серія “Право”. — Острог: Вид-во Нац. ун-ту “Острозька академія”, 2004. — Вип. 5. — С. 299–308.
24. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. — К.: Юрисконсульт, КНТ, 2007. — 896 с.
25. *Лисенков С.Л.* Основы конституційного процесуального права України: Курс лекцій. — К.: Форум, 2005. — 237 с.
26. *Маляренко В.Т.* Про судові доручення в кримінальній справі // Вісник Верховного Суду України, 2005, № 7(59).
27. *Мучник А.Г.* Комментарий к Конституции Украины. — К.: Парламентское изд-во, 2000. — Кн. 1. — 254 с.
28. *Нашиц А.* Правотворчество. — М.: Юрид. лит., 1974. — 150 с.
29. *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. — М.: Юрид. лит., 1960. — 230 с.
30. *Новик Ю.И.* Психологические проблемы правового регулирования. — Минск: Университетское, 1989. — 135 с.
31. *Пиголькин А.С.* Теоретические проблемы правотворческой деятельности: Автореф. дисс... докт.юрид.наук — М., 1972. — 32 с.
32. Правознавство. Словник термінів / За ред. В.Г. Гончаренка. — К.: Юрисконсульт, КНТ, 2007. — 636 с.

33. *Розовский Б.Г.* Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — 600 с.
34. *Шепітько В.Ю.* Криміналістична тактика. Системно-структурний аналіз. — Харків: Харків юридичний, 2007. — 432 с.
35. *Шикин Е.П.* Основные условия эффективности применения права: Автореф. дисс... канд.юрид.наук. — Свердловск, 1971. — 21 с.
36. *Якушин С.Ю.* Тактические приемы при расследовании преступлений. — Казань: Изд-во Каз. ун-та, 1983. — 103 с.

РЕЗЮМЕ

В статье с привлечением идей научности эффективной человеческой деятельности рассматриваются вопросы нормотворчества в Украине, недостатки действующего законодательства и пути его совершенствования.

SUMMARY

The article deals with the topics of normative formation in Ukraine, the drawbacks of current Ukrainian legislation and the ways of its improvement. It attracts the ideas of scientific effective human activity.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 22.11.07



Я.П. Зейкан,
ст. викладач, адвокат
(Академія адвокатури України)

Негласне проникнення до житла та інші обмеження прав людини: адвокатський погляд на проблему

Ключові слова: негласне проникнення, недопустимі докази, приватне життя, повага до житла.

Конституція України встановлює, що не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за мотивованим рішенням суду (ст. 30). Кожному також гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені тільки у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів, чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Крім Конституції України, з особливою прискіпливістю до сфери приватного і сімейного життя, житла і кореспонденції врегульовано ці питання у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Стаття 8 Конвенції передбачає, що кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції. Для Конвенції є характерним широке розуміння цих понять. Так, стосовно приватного життя, Суд дійшов висновку, що поняття “приватного життя” є широким і не може бути визначене вичерпно” (рішення у справі Костелло Робертс проти Сполученого Королівства” від 25 березня 1993 р.) [1, 347]. “Право на повагу” передбачає обов’язок невтручання держави у приватну сферу громадян. У сенсі Конвенції втручання органів державної влади може бути визнано правомірним за умови, якщо воно

здійснюється “згідно із законом, має “легітимну мету” і відповідає “нагальним суспільним потребам” (рішення у справі “Санді Таймс” проти Сполученого Королівства від 26 квітня 1979 р. [1, 349].

Поняття “приватного життя” запозичене з англосаксонської системи? являє собою захист особистої сфери від усякого зовнішнього втручання, і розуміється як “право на особисте життя, право жити на максимально бажаній відстані від чужих очей” (Х. проти Ісландії). Це право також трактується, як таке, що “забезпечує індивідуальну сферу, в якій він може вільно займатися розвитком своєї особистості і самоутвердженням” (Брюггеманн і Шойттен проти Німеччини) [1, 351]. Отже органи державної влади повинні утримуватися від будь-якого фактичного вторгнення у приватне життя. Європейський суд визнає втручанням в особисте життя

- збирання відомостей майнового характеру для податкових служб;
- заходи з обшуку чи огляду помешкання та проникнення до житла [3, 132—133];
- обшук ув’язнених і камер;
- обшук автомобілів на стоянці;
- заходи таємного спостереження з боку органів влади (зокрема, прослуховування телефонних розмов (рішення у справі Класс проти Німеччини);
- медичне обстеження, а саме взяття

- на аналіз крові чи сечі, аналіз ДНК (справа Міцці проти Мальти [3, 85], справа Яггі проти Швейцарії) [3, 128–129].
- виїмка або вилучення документів, зокрема особистих чи офіційних, наприклад, паспорта;
 - збирання, збереження і розголошення іншим органам влади відомостей стосовно приватного життя (рішення у справі Леандер проти Швеції);
 - заходи з розслідування кримінальних злочинів, встановлення поліцейного нагляду, збереження відбитків, фотографій і записів, які стосуються підозрюваних, щодо яких порушено або не порушено справу (рішення у справі Мюррей проти Сполученого Королівства);
 - арешт і умови затримання, застосування сили — випадок, коли православному священника тягли за бороду [1, 359]. Втручання у приватне життя допустиме тільки за умови дотримання ч. 2 ст. 8 Конвенції, тобто за умови, що такі дії здійснюються згідно із законом і коли це необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної і громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

Окремо слід сказати і про право на повагу до житла. Згідно судових рішень Європейського суду визнається, що і юридичні особи можуть посилатися на право на повагу до житла (центральний офіс, конторські та торговельні приміщення), наприклад — обшук у банку (справа “Банко де фінансас е інверсіонес” проти Іспанії; рішення у справі Товариство “Колас Ест” та інші проти Франції від 16 квітня 2002 р.). У всякому разі, можна констатувати, що європейська судова практика йде за двома основними напрямками: житло як місце проживання (1) і житло як місце роботи (2).

Конвенція допускає певну свободу розсуду для держави стосовно обмеження прав людини, у чітко визначених законом випадках.

Стаття ж 30 Конституції України встановлює додаткове сито: “Втручання допустиме, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо”. Отже, суди, надаючи дозволи на певне, тимчасове обмеження прав, відповідно до Конституції повинні з'ясувати? чи не є можливість одержати необхідну інформацію іншими способами, не пов'язаними з обмеженням прав людини. Правом одержання інформації за допомогою тимчасового обмеження прав людини в Україні користуються тільки ті підрозділи, які за законом можуть здійснювати оперативно-розшукову діяльність (ОРД).

Закон про оперативно-розшукову діяльність встановлює певні гарантії законності під час проведення оперативно-розшукових заходів. Так, у кожному випадку повинна заводитись оперативно-розшукова справа. Постанова про заведення такої справи підлягає затвердженню відповідним начальником органу внутрішніх справ або відповідним начальником оперативного підрозділу інших органів. На особу, яка підозрюється у підготовці або вчиненні злочину або ухиляється від кримінального покарання, безвісти зникла чи переховується від органів розслідування, ведеться тільки одна оперативно-розшукова справа. Без заведення такої справи проведення оперативно-розшукових заходів забороняється. При проведенні оперативно-розшукових заходів не допускається порушення прав і свобод людини та юридичних осіб. Окремі обмеження цих прав і свобод мають винятковий і тимчасовий характер і можуть застосовуватись лише за рішенням суду щодо особи, в діях якої є ознаки тяжкого або особливо тяжкого злочину, та у випадках, передбачених законодавством України, з метою захисту прав і свобод інших осіб, безпеки суспільства. При вирішенні питання про окремі тимчасові обмеження прав людини, суд повинен перевірити чи подання про застосування таких заходів відповідає встановленим у законі умовам, зокрема чи в діях особи є ознаки тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Таким чином, Закон встановлює, що обмеження прав і свобод можуть встановлюватись лише за рішенням суду, ці обмеження можуть встановлюватись до певного кола

осіб. У порівнянні з Конституцією України у Законі “Про оперативно-розшукову діяльність” втрачено слово “**мотивоване**” стосовно рішення. Оскільки Конституція України є законом прямої дії і має вищу юридичну силу, то слід визнати, що будь-які тимчасові обмеження прав прав людини можуть допускатись тільки за наявності **мотивованого** рішення суду. Коли мова йде про рішення суду, то було б точнішим вказувати на те, що рішення суду повинно бути обґрунтованим, оскільки слова “мотив” і “обґрунтування” несуть дещо різне смислове навантаження. При застосуванні оперативно-розшукових заходів працівники оперативних підрозділів зобов'язані враховувати їх відповідність ступеню суспільної небезпеки злочинних посягань та загрози інтересам суспільства і держави. Отже, закон наголошує на дотриманні певного рівня співмірності між ступенем суспільної небезпеки злочинних посягань і застосуванням оперативно-розшуковим засобом. Передбачено також, що у випадках порушення прав і свобод людини або юридичних осіб у процесі оперативно-розшукової діяльності, якщо причетність до правопорушення відповідної особи не підтвердилась відповідні державні органи зобов'язані відшкодувати у повному розмірі моральні та матеріальні збитки. Одержані внаслідок оперативно-розшукової діяльності відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини, якщо вони не містять інформації про вчинення заборонених законом дій, зберіганню не підлягають і повинні бути знищені. Для одержання інформації забороняється застосовувати технічні засоби, психотропні, хімічні та інші речовини, які пригнічують волю або завдають шкоду здоров'ю людей та навколишньому середовищу (ст. 9 Закону “Про оперативно-розшукову діяльність”).

Використання результатів ОРД для отримання доказів залишається ахіллесовою п'ятою нашого права. Є два підходи до цієї проблеми. Правозахисники категорично проти використання таких матеріалів, як здобутих з порушенням прав людини, і правова бездоганність або достовірність яких не може бути належно перевірена у суді. Заперечення є і щодо надто розширеного переліку органів,

яким дозволено вести оперативно-розшукову діяльність.

Натомість прокуратура та спецслужби нарікають на ускладнений і недостатньо врегульований у ст. 65 КПК порядок застосування одержаних у процесі ОРД матеріалів та обмеження можливостей оперативних працівників (ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”) і на необхідність одержання рішення суду, навіть у випадках витребування тільки копій документів, які необхідно перевірити.

Так, при перевірці заяви про посвідчення нотаріусом довіреності від імені особи, яка її не видавала, нотаріус відмовив у наданні для огляду ці документи на підставі ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” та ст. 8 Закону України “Про нотаріат”, вимагаючи рішення суду. Ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” (п. 4) дозволяє співробітникам підрозділів ознайомлюватись з документами і даними, що характеризують діяльність підприємств та організацій та виготовляти з них копії. Але ст. 8 Закону України “Про нотаріат” передбачає надання документів для ознайомлення тільки на письмову вимогу суду, прокуратури, органів дізнання і слідства про вчинені нотаріальні дії і тільки у зв'язку з кримінальними, цивільними або господарськими справами, що знаходяться у їх провадженні.

Щодо методів, за допомогою яких одержується інформація, то становить інтерес справа Кхан проти Сполученого королівства [2, 299]. Заявник Султан Кхан був засуджений за торгівлю наркотиками. Вирок ґрунтувався на доказі, який був незаконно отриманий за допомогою прихованого підслуховуючого пристрою, встановленого поліцією. Апеляційний суд відхилив скаргу на тій підставі, що хоча і мало місце незаконне втручання у його приватне життя, однак воно було обумовлено необхідністю доказування вчинення заявником тяжкого злочину. Європейський Суд, насамперед, встановив, що на момент прослуховування розмов заявника в Сполученому Королівстві не існувало законодавства, яке б врегульовувало питання використання прихованих підслуховуючих пристроїв. Рекомендації Міністерства внутрішніх справ, які

стосувались цих питань, не були нормативно обов'язковими. Крім того, офіційно вони не публікувалися, а отже громадськість не знала про їх існування. Суд дійшов до висновку, що втручання органів державної влади у здійснення заявником його права на приватне і сімейне життя не було передбачено національним законодавством Сполученого Королівства, як того вимагає ч. 2 ст. 8 Конвенції. Отже мало місце порушення ст. 8 Конвенції. Суд зауважив, що вирішення питань про прийнятність доказів, зокрема незаконно отриманих, або винність заявника лежать поза межами його компетенції. Більше того, Суд не може дійти висновку про беззаперечну неприйнятність доказів, отриманих незаконним шляхом. Суд відзначив, що прослуховування і запис розмов заявника не суперечили нормам національного законодавства, хоча і порушували положення ст. 8 Конвенції.

У цьому контексті для України ситуація є дещо іншою. Адже ст. 9 Конституції України встановлює, що міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України. За буквального розумінням цього положення, порушення Конвенції є водночас порушенням національного законодавства.

Перед правоохоронними органами поставлено вимогу про посилення боротьби з корупцією, ухиленням від сплати податків, зловживаннями у сфері господарської діяльності, попередження можливих акцій тероризму. Це потребує, на їх думку, значно більш дійових засобів ніж ті, що наявні у спецслужб і підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. До таких слід віднести і право на негласне проникнення до житла, одержання доступу до каналів зв'язку, негласна перевірка листування тощо і використання одержаних матеріалів як доказів у кримінальній справі. І дійсно, держава повинна думати і піклуватись про суспільну безпеку і захист прав громадян.

У важливій для розуміння позицій Верховного Суду України статті колишній Голова Верховного Суду України В.Т. Маляренко висловлює думку, що “ігнорування (у тоталітарній державі. — Я.З.) прав людини на певну захищеність від держави стримувало

людей від намагання вчиняти злочини”. А відтак, — вважає В.Т. Маляренко, — “здійснювати контроль над злочинністю було значно простіше тому, що не було такого поняття, як права людини”. Це пояснюється тим, що у тоталітарній державі “гостро не стоять питання про допустимість доказів, про презумпцію невинуватості, незалежність суду, право особи не свідчити проти себе й своїх близьких та багато інших аналогічних питань” [5, 4]. Але в таких умовах можна говорити хіба що про псевдоправосуддя. Більше того, практика правосуддя у сучасній Україні засвідчує, що ми не вилікувались від цих хвороб, характерних для тоталітарної держави, а може і навпаки, ці “хвороби” посилюються. Суди у своїй практиці так і залишилися суб'єктами криміналістики, про незалежність суддів годі і говорити, а обвинувальний ухил та боязнь винести виправдувальний вирок стали причетою во язицех.

Одним із ключових положень статті В.Т. Маляренка є твердження, що “дотримання прав і свобод людини не може бути засобом, що підвищує ефективність боротьби зі злочинністю. Навпаки, це ускладнює таку боротьбу. Тому необхідно шукати баланс між двома цінностями — правами людини й ступенем контролю над злочинністю”. Так, колись це все було “героїчно” — голос громадської совісті, суворий вирок у стилі Е. Багрицького:

И подпись под приговором вилась,

Как кровь из простреленной головы.

Що ж заважає тепер відмовитись від минулого? Адже сьогодні говорити про баланс між правами людини і контролем над злочинністю, як вибір і альтернативу, мабуть, буде неточно. Права, свободи та законні інтереси людини превалюють над інтересами держави, бо це прямо вказано у ст. 3 Конституції України. Тому дотримання прав людини — єдино можливий у демократичній державі варіант дій. Тут немає альтернативи, немає балансу між двома цінностями — правами людини й ступенем контролю над злочинністю. Слід бачити різницю між обмеженням прав людини та порушенням її прав. Обмеження прав людини, визначене законом, — це та об'єктивна міра дозволеної свободи, без якої суспільство

не може існувати (як би ми це не називали — концепцією суспільного договору, теорією природного права тощо).

Отже, перед державою постала нагальна проблема знайти “золоту середину” між двома протилежними позиціями обвинувачення і захисту, — забезпечення гарантій прав людини і боротьби із злочинністю. У Салтикова-Щедрина чиновник мріяв про припинення утисків градоначальника законами. В Україні мрію чиновника зрозуміли надто буквально. Кабінет Міністрів України 26 вересня 2007 р. прийняв постанову № 1169, якою встановив порядок одержання у судах дозволу на негласне проникнення до житла, офісу, негласної перевірки листування та доступ до каналів зв’язку. Постанова прийнята відповідно до статті 1 Указу Президента від 7 листопада 2005 р. № 1556 “Про додержання прав людини під час проведення оперативно-технічних заходів”. Видаючи Указ, Президент зіслався на ст. 102 Конституції України. У ст. 102, зокрема, наголошується, що Президент України є гарантом прав і свобод людини і громадянина. Ні Конституцією, ні законами України не передбачено якісь спеціальні засоби для Президента для захисту прав і свобод людини і громадянина, наприклад, право на звернення в суд на захист громадянина або організації, право накладати вето на судові рішення, яким порушено права людини та зупинення його дії, тощо. За певних умов до таких засобів може бути віднесено право Президента на помилування. Отже, за відсутності якихось “спеціальних приводних ременів” для реалізації конституційних повноважень, Президент користується тільки своїм правом видавати укази та розпорядження. У адвокатському середовищі обговорювалось питання про можливість надання Президенту права на зупинення виконання того чи іншого рішення з одночасним зверненням до Верховного Суду про позачергову його перевірку. Вважаю, що така конструкція є неприйнятною і по суті допускала б нагляд за діяльністю судової системи з боку адміністрації Президента.

Тим не менше, можна дійти висновку, що Президент має право видавати Укази з метою забезпечення державного суверенітету, тери-

торіальної цілісності України, додержання Конституції України, а також для гарантування прав і свобод людини і громадянина. Саме у цьому контексті ст. 102 Конституції потребує пильної уваги і Конституційного Суду и наукової громадськості. У першу чергу тому, що вичленити або встановити якісь межі для застосування ст. 102 Конституції не просто, зважаючи на унікальний і надзвичайно важливий для держави характер цих повноважень Президента. При перевірці відповідності Указів Президента Конституції Конституційний суд мав би враховувати ст. 102 Конституції незалежно від того, чи робиться на неї посилання в Указі, чи такого посилання немає.

Це стосується і Указу Президента України “Про додержання прав людини під час проведення оперативно-технічних заходів”. В очі кидається неточність у назві Указу, бо по суті, мова йде про оперативно-розшукові, а не оперативно-технічні заходи. В Указі доручається забезпечити безумовне додержання конституційних вимог щодо застосування негласного проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв’язку, контролю за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, інших технічних засобів одержання інформації. Указом передбачено затвердити за погодженням із Верховним Судом України і Генеральною прокуратурою України єдину інструкцію про порядок отримання підрозділами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дозволів на проведення відповідних заходів та використання одержаних при цьому матеріалів. Конституційність такого доручення може бути поставлена під сумнів, оскільки за ст. 92 Конституції України питання судочинства встановлюються виключно законами України.

Але Кабінет Міністрів України затвердив не Інструкцію за погодженням із Верховним Судом України та Генеральною прокуратурою, а прийняв постанову “Про затвердження Порядку отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації”, якою встановив порядок одержання дозволів в судах та використання

одержаної документації. Зокрема, постанова передбачає, що дозвіл у режимі секретності надає голова апеляційного суду або уповноважений ним заступник голови апеляційного суду. Оскільки ст. 92 Конституції України передбачає, що виключно законами України визначаються права і свободи людини і гарантії цих прав і свобод, а також судоустрій та судочинство, то можна дійти висновку, що постановою Кабінету Міністрів не можна встановлювати обмеження громадянських прав та встановлювати судовий порядок розгляду подання про вчинення негласних дій щодо проникнення до житла, іншого володіння особи, а також зняття інформації з каналів зв'язку. Разом з тим п. 2 ст. 116 Конституції України визначено, що Кабінет Міністрів України вживає заходів щодо забезпечення прав людини і громадянина. Тому Постанова потребує аналізу її змісту з точки зору і того, чи в даному випадку має місце вжиття заходів до забезпечення прав людини, чи це є обмеженням її прав. Стосовно встановлення порядку одержання дозволів у суді, то є підстави вважати, що Кабінет Міністрів перевищив свої повноваження. Так, постанова встановлює, що одержання дозволу належить за підсудністю голові апеляційного суду або уповноваженому ним його заступнику. Водночас процесуальне законодавство не містить такого положення, і питання обмеження прав людини у зв'язку з обшуком та деякими іншими діями здійснюється судом першої інстанції.

Верховний Суд України у постанові “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя” зазначив, що судам необхідно виходити з того, що нормативно-правові акти будь-якого державного чи іншого органу (акти Президента України, постанови Верховної Ради України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, інші акти) підлягають оцінці на відповідність як Конституції, так і закону. “Якщо при розгляді справи буде встановлено, що нормативно-правовий акт, який підлягав застосуванню, не відповідає чи суперечить законові, суд зобов'язаний застосувати закон, який регулює ці правовідносини”. Звідси можна дійти висновку, що голови апеляційних судів та

уповноважені ними заступники не повинні б приймати до розгляду подання про такі дозволи. Якщо ж судді вважають, що в даному випадку має місце невизначеність у питанні про те, чи відповідає Конституції України постанова № 1169, суддя повинен би зупинити розгляд справи і звернутись з мотивованою постановою до Верховного Суду України, який відповідно до ст. 150 Конституції може порушувати перед Конституційним Судом питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів.

Наведемо кілька прикладів з реальної практики. У кабінеті судді Г. був закладений аудіо-, відеозаписувальний пристрій, на якому протягом 6 місяців фіксувалося все, що відбувалося у кабінеті. Пізніше суддя була відсторонена від посади і на підставі одержаних матеріалів відеозапису було порушено кримінальну справу.

При проведенні оперативно-розшукової перевірки гр. Н., який проживав у квартирі, що належала його матері, необхідно було провести негласну перевірку житла. Справа ускладнювалась тим, що Н. скрився з поля зору оперативних працівників, а мати постійно проживала в іншій області. Спочатку матері хтось зателефонував і сповістив, що в квартиру, яка залишилась без догляду, проникли якісь невідомі особи. Стривожена мати приїхала до міста, оглянула свою квартиру і пішла до прокурора з скаргою. До прокурора не дісталася, але два молоді чоловіки заявили, що вони працюють у прокуратурі і забрали у неї скаргу, як потім з'ясувалося без реєстрації. Мати Н. повернулася у квартиру, але як тільки вона відкрила двері, ті ж два чоловіки, що прийняли від неї скаргу у прокуратурі, з постановою суду про обшук і з понятими одразу зайшли до квартири і дуже швидко знайшли пакет з якимись паперами і грошима, на чому обшук був закінчений. Гроші були перераховані, але без запису номерів, і опечатані. Опечатані були і папери. Мати Н. стверджує, що коли вона йшла до прокурора, то грошей не було у тому місці, де їх було знайдено, тобто у цей період мало місце негласне проникнення до житла. Оскільки дозвіл на негласне проникнення до житла здійснюється у режимі секретності, як передбачає

постанова Кабінету Міністрів, то можливості одержання постанови судді апеляційного суду для ознайомлення, фактично зведені до нуля. Не передбачено і право на оскарження такої постанови.

В окремих аналогічних ситуаціях у квартирах знаходились патрони або документи, які вказували на причетність до злочину. Як правило, підозрювані особи заперечували наявність таких речей у квартирі і стверджували, що їх підкинуто. У справі Г., підозрюваного в угоні автомобіля були знайдені в його квартирі ключі від машини, і тільки в судовому засіданні було з'ясовано, що ці ключі були передані власником автомашини працівникам міліції до їх знайдення у квартирі, тобто по суті було виявлено факт фальсифікації доказів. За наявності дозволу на негласне проникнення до житла, завжди виникає загроза фальсифікації доказів або ж обвинувачені будуть стверджувати про таку фальсифікацію. Адже при проведенні негласних заходів поняті не залучаються і підтвердити правомірність дій оперативних працівників немає кому, крім самих виконавців. Можливості перепроверки таких тверджень у суду є обмеженими, а сумніви можуть залишатися.

Існують проблеми і з правовим регулюванням обшуку і виїмки. Відповідно до ч. 5 ст. 177 КПК постанова суду не передбачає право особи на оскарження постанови про проведення обшуку. Водночас ця ж норма надає прокурору право подати апеляцію на постанову судді про відмову у проведенні обшуку. Порушення принципу змагальності сторін закріпленого ст. 161 КПК, є очевидним, особливо з огляду на рішення Європейського Суду у справі Каменцід проти Швейцарії (1997 р.), де зазначено, “що здійснення обшуку в помешканні заявника не було порушенням ст. 8 Конвенції, але водночас визнано факт відсутності у того ефективних засобів для оскарження на національному рівні цієї процесуальної дії” [6, 47].

Наведені приклади свідчать, що така делікатна сфера діяльності як негласне проникнення до житла, а також інші тимчасові обмеження прав людини потребують додаткового правового врегулювання на рівні закону шляхом внесення змін і доповнень до Закону Укра-

їни “Про оперативно-розшукову діяльність”, а також до Кримінально-процесуального кодексу України, а не за допомогою постанови Кабінету Міністрів. Є гостра потреба у законі, де було б визначено, що вважається недопустимим доказом, і який врегулював би порядок вилучення такого недопустимого доказу з судового процесу.

Конституція України встановлює, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Відсутність чіткої позиції з цього питання у процесуальному законі, частково компенсує п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 1 листопада 1996 р. “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя”. У постанові зазначено, що “докази повинні визнаватись такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад тоді, коли їхнє збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією прав людини й громадянина та встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами”.

Отже, докази, визнані судом недопустимими, підлягають виключенню з кримінального процесу. В такий спосіб забезпечується гарантований Конституцією захист особи від порушення її прав. Однак постанова Пленуму не містить вказівки на механізм виключення недопустимих доказів із процесу. Без такого механізму вказівки щодо недопустимості доказу залишаються тільки декларацією.

Юридичною наукою давно вироблені критерії допустимості та недопустимості доказів.

1. Доказ повинен бути отриманий належним суб'єктом, який наділений повноваженнями проводити процесуальну дію, у ході якої отриманий доказ.

2. Важливі для справи фактичні дані, повинні бути одержані з установлених законом джерел, які перераховані у ст. 65 КПК України.

3. Доказ повинен бути отриманий з дотриманням порядку проведення процесуальної дії.

4. При отриманні доказів повинні бути виконані вимоги закону щодо фіксації перебігу й результатів процесуальної дії.

Чому ж на практиці ці напрацьовані наукою критерії не спрацьовують? Посилання на “обвинувальний ухил” для пояснення ситуації недостатньо. Основна причина — відсутність у КПК чіткого механізму виключення зі справи недопустимих доказів та інших матеріалів. В результаті, якщо адвокат навіть заявить клопотання про виключення доказу у зв’язку з його недопустимістю, таке клопотання відхиляється або через відсутність спеціального механізму, або з інших міркувань.

Недопустимими є докази, одержані неналежним суб’єктом, унаслідок порушення закону про підслідність (ст. 112 КПК), підсудність (гл. 2 КПК), у результаті проведення слідчих дій без доручення слідчого (ч. 3 ст. 114 КПК), прокурора (п. 4 ч. 1 ст. 227 КПК), особою, яка підлягає відводу (ст. 56, 58, 60 КПК), слідчим, який не прийняв справу до свого провадження, без роз’яснення особам, які беруть участь у слідчій дії (ст. 53 КПК), або з уведенням їх в оману щодо характеру й обсягу останніх.

На жаль, навіть у практиці Верховного Суду України має місце недооцінка таких порушень. У справі Г. в суді апеляційної інстанції було встановлено, що всі протоколи допитів були підписані слідчим, який їх не проводив і на момент їх проведення не мав у своєму провадженні цієї справи. Замість того, щоб скасувати вирок та направити справу на додаткове розслідування Верховний Суд України тільки змінив рішення у справі, застосувавши ст. 75 КК та повідомив про порушення Генеральну прокуратуру України для проведення додаткової перевірки.

Якщо докази одержані із джерел, не зазначених у ч. 2 ст. 65 КПК, або в результаті проведення таких слідчих дій, які не передбачені КПК, а також у результаті показань, які ґрунтуються на чутках, думках, припущеннях або не вказаних джерелах інформації, то такі докази також є недопустимими.

Якщо при допиті давались відповіді на навідні запитання, то такі показання відносяться до недопустимих доказів.

Якщо були порушені процесуальні правила збирання, приєднання до кримінальної

справи доказів (ч. 1 ст. 79 КПК), або з порушенням порядку фіксування процесуальних дій (ст. 85, 85¹, 85² КПК) і заборон та обмежень, встановлених щодо окремих категорій громадян, які не можуть бути допитані як свідки (ст. 69 КПК), а також із порушенням процедури допиту неповнолітніх (ст. 168 КПК), — такі докази також відносяться до недопустимих.

Недопустимими є і докази, одержані у результаті проведення слідчої дії без дозволу суду (обшук житла), за відсутності передбачених законом (наприклад, ч. 6 ст. 177 КПК) виключних обставин, або процесуальної дії, без відповідного дозволу, (наприклад, одержання відомостей від банку, які становлять банківську таємницю (ст. 178 КПК). До недопустимих доказів слід віднести і такі, що одержані без відновлення досудового слідства у зупиненій кримінальній справі (ст. 210 КПК) або без продовження цього строку (ст. 120 КПК).

Слід також мати на увазі, що за українським законодавством до порушення кримінальної справи може проводитись тільки огляд місця події, зняття інформації з каналів зв’язку чи накладення арешту на кореспонденцію. Оскільки за ст. 31 Конституції винятки з таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції можуть бути встановлені тільки судом, то порушення конституційної норми в такому випадку також веде до недопустимості одержаного доказу. І цей перелік порушень не є вичерпним.

Окремої розмови заслуговують і питання допустимості доказів, переданих у порядку правової допомоги компетентними органами інших держав. Слід тільки зауважити, що оцінка поданих у порядку правової допомоги доказів здійснюється відповідно до правил і вимог КПК України. Недопустимими, зокрема, є докази, одержані з непередбачених КПК України джерел, із порушенням способів збирання доказів тощо, якщо це суперечить принципам українського законодавства. Не можуть бути визнані допустимими докази, одержані за допомогою поліграфа, що практикується в США. Тому у міжнародних договорах про правову допомогу використовують формулювання: “Ніщо в цій статті не може

бути витлумачено як зобов'язання сторін у цій Конвенції застосовувати у кримінальних справах будь-яку форму чи будь-який метод доказування, що не сумісні з їхніми власними законами”.

“За змістом договорів у кримінальному процесі допустимі такі отримані з-за кордону докази, які є допустимими відповідно до закону держав, із якими укладено договори про надання правової допомоги. І навпаки, недопустимі такі докази, які є недопустимими з точки зору національного закону запитуючої сторони. Допустимість доказів, переданих компетентними іноземними установами, перш за все означає визнання їхньої придатності для доказування у кримінальних справах згідно з КПК України”, — зауважує А. Маланюк [4, 517].

Отже, для вирішення питання про усунення із судового процесу недопустимих доказів, а також матеріалів, які не стосуються справи, доцільно доповнити КПК статтями, які б визначали механізм усунення з процесу таких матеріалів. Ось один із можливих варіантів:

Стаття 67¹. Недопустимість доказів
Докази, одержані з порушення вимог цього Кодексу, є недопустимими. Недопустимі докази не мають юридичної сили і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, а також використовуватися для доведення будь-якої з обставин, передбачених у статті 64 цього Кодексу. Недопустимі докази підлягають усуненню із судового процесу. Про визнання доказу недопустимим суд постановляє ухвалу (постанову).

До недопустимих доказів відносяться:

1) показання підозрюваного, обвинуваченого, дані в ході досудового слідства в кримінальній справі за відсутності захисника, включаючи випадки відмови від захисника, і не підтверджені підозрюваним, обвинуваченим у суді, або одержані за допомогою навідних запитань;

2) показання потерпілого, свідка, які ґрунтуються на догадках, припущеннях, чутках, а також показання свідка, який не може вказати джерело своєї поінформованості, або одержані за допомогою навідних запитань;

3) інші докази, одержані з порушенням вимог цього Кодексу.

Стаття 67². Усунення (виключення) із судового слідства недопустимих доказів та інших матеріалів, які не стосуються справи

Суд, прокурор, слідчий, орган дізнання із власної ініціативи або за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, захисника усуває недопустимі докази, а також інші матеріали, які не стосуються кримінальної справи і не підлягають перевірці в судовому процесі. Спори про належність матеріалів та їхнє повернення вирішуються у цивільному порядку.

Про усунення із процесу недопустимих доказів, а також інших матеріалів, які не стосуються кримінальної справи і не підлягають перевірці у судовому процесі, прокурор, слідчий, орган дізнання приймає постанову, а суд ухвалу (постанову). Ухвала (постанова) суду може бути оскаржена в судовому порядку.

Список літератури:

1. Європейська конвенція з прав людини: Основні положення, практика застосування. Український контекст / За ред. О.Л. Жуковської. — К.: ВПЮЛ, 2004.
2. Європейський суд з прав людини. Матеріали практики за 2002-2003 рр. // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина. — К.: Фенікс, 2004. — Вип. 4.
3. Європейський суд з прав людини. Матеріали практики за 2005-2006 рр. // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина. — К.: Фенікс, 2007. — Вип. 7.
4. Маланюк А. Допустимість доказів, переданих органами іноземної держави, у кримінальному процесі України // Проблеми державотворення й захисту прав людини в Україні. — Львів, 2003.

5. *Маляренко В.Т.* Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 7.

6. *Філатов В.М., Солоткий С.А.* Застосування норм міжнародних договорів і рішень Європейського Суду з прав людини у кримінальному судочинстві // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 7.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы получения разрешений на временное ограничение прав человека и гражданина для подразделений ОРД, приводятся примеры из практики Европейского Суда по правам человека, предложены проекты статей для Уголовно-процессуального кодекса Украины. Указано на недостатки правового регулирования вопросов временного ограничения прав человека.

SUMMARY

The most important questions of permission as for temporary limitation of human rights for OPD departments are considered in this article. Some examples of European Court's practice are giving.

*Рекомендовано кафедрою
адвокатської майстерності*

Подано 20.11.07



С.В. Гончаренко,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Напрями реформування адвокатури у пострадянському просторі

Ключові слова: адвокатура, організація адвокатури, професійні права адвоката, адвокатська таємниця, безоплатна правова допомога.

Реформування українського законодавства про адвокатуру опинилося в глухому куті: багаторічні сподівання вчених і практиків модернізувати вітчизняну адвокатуру, гармонізувати законодавство про адвокатську діяльність із сталою європейською моделлю адвокатури не справилися; не зрушилися з місця українські законодавці щодо виконання вимог, поставлених перед Україною стосовно імплементації в українське законодавство європейських стандартів адвокатської професії. Прогнозувала Україна і Рекомендації R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків. У цьому документі наголошується на необхідності здійснення або підсилення заходів, які уряди держав-учасниць Ради Європи вважатимуть необхідними для імплементації принципів, що містяться в цих Рекомендаціях. Комітет Міністрів РЄ, керуючись, зокрема, положеннями Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, “прагнучи сприяти свободі здійснення професійних адвокатських обов'язків з метою розбудови верховенства права, складником якого є діяльність адвокатів, особливо при захисті свобод конкретної людини”, підкреслює необхідність розробки адвокатськими асоціаціями або іншими професійними об'єднаннями адвокатів, професійних стандартів і кодексів етичної поведінки адвокатів.

Проте, в Україні відсутня як національна асоціація адвокатів, так і будь-яке інше професійне об'єднання, наділене правом представляти адвокатуру Україні в цілому. Рада Європи неодноразово приділяла увагу невиконанню Україною зобов'язань, взятих нею при вступі до РЄ щодо проведення декотрих структурних реформ в адвокатурі, в тому числі створення професійної організації адвокатів.

Сьогодні знов постала потреба запропонувати черговий законопроект про адвокатуру та адвокатську діяльність, який би враховував сучасний стан української адвокатури і не надумані, штучні, а реальні виклики для її становлення як європейської демократичної правозахисної інституції в українському соціально-правовому просторі.

У такій ситуації видається доцільним ознайомитися із законодавством про адвокатуру пострадянських країн, які сприйняли й успішно застосували європейський досвід, вибудували національні моделі адвокатури і вирішили ті проблемні питання, що постають сьогодні перед українською адвокатурою.

Сучасне законодавство про адвокатуру в колишніх республіках СРСР розроблялося у різні періоди їх становлення як незалежних держав, на різних стадіях зрілості національних демократій. Зрозуміло, кожна з цих країн враховувала особливості своєї правової системи і — можливо, значно біль-

шою мірою — історичні правові традиції та бачення завдань і статусу адвокатури як правозахисного інституту; так чи інакше враховувала міжнародні стандарти професії, європейський досвід організації адвокатури і здійснення адвокатської діяльності. Не слід запліщувати очі і на той факт, що найбільш просунуті закони про адвокатуру отримали ті держави, які скористалися широкомасштабною допомогою міжнародних інституцій, зокрема ОБСЄ, у розробці своїх моделей реформування адвокатури. Тому в декотрих пострадянських країнах законодавство про адвокатуру є цілком сучасним, в ньому закладені норми, що відповідають міжнародним конвенціям про права людини, міжнародним стандартам адвокатської професії, європейській практиці. Але є й країни, у яких реформування адвокатури носило половинчастий характер, зберігаються суттєві рудиментарні ознаки.

Україна у цьому відношенні опинилася у дещо дивному становищі. З одного боку, як відомо, саме наша країна була першою на теренах колишнього СРСР, яка прийняла закон про адвокатуру, побудований на принципово нових демократичних засадах. І цей закон для свого часу був не тільки ознакою суттєвого прогресу у розбудові правової держави в Україні, а й став взірцем для наслідування (і навіть копіювання) для декотрих інших країн СНД, хоча й носив виражено перехідний характер. Втім, нездатність вітчизняної правової системи до динамічного розвитку, неспроможність адекватно реагувати на нові виклики, консервація досягнутого призвели до того, що сьогодні колись найпрогресивніший закон став гальмом розвитку адвокатури, яка через це поступово занурюється у стан кризи.

1. Визначення адвокатури та адвокатської діяльності. Перше, що слід особливо відзначити, — у всіх національних законах адвокатська діяльність розглядається як *незалежна діяльність*; особливо підкреслюється неприпустимість втручання в професійну діяльність адвокатів та їх об'єднань і тиск на них. У окремих законах адвокатура розглядається як *інститут громадянського суспільства*, який не належить до системи

державних органів та місцевого самоврядування (Республіка Вірменія, Російська Федерація).

У Законі Азербайджанської республіки особливо підкреслено, що адвокатська діяльність здійснюється на основі *пріоритету прав і свобод людини і громадянина*. А в Правилах професійної етики адвоката Республіки Білорусь відмічено, що професія адвоката заснована на *верховенстві закону*. У Законі Республіки Вірменія “Про адвокатуру” зазначено, що адвокат сприяє зміцненню в суспільстві *верховенства права*.

Адвокатуру визначають як *професійне об'єднання адвокатів*, а адвокатську діяльність — видом *правозахисної діяльності* (Республіка Вірменія).

Незалежним правовим інститутом, що здійснює професійну правозахисну діяльність, названа адвокатура в Законі “Про адвокатуру” Республіки Білорусь.

За Законом Латвії “Про адвокатуру” адвокатура — *це невід'ємна частина правосуддя* в державі. Всі присяжні адвокати об'єднані в Латвійську колегію присяжних адвокатів за професійною ознакою. Колегія є самоврядним, незалежним суб'єктом, що діє на громадських засадах.

У Литовській Республіці адвокати визнаються *частиною правової системи держави*.

У Республіці Молдова адвокатура — *самостійний правовий інститут громадянського суспільства*, який є *професійною спільнотою юристів*, що здійснюють адвокатську діяльність на підставі ліцензії.

2. Статус адвоката. Підкреслюючи доступність для всіх громадян юридичної допомоги, в багатьох законах гарантується не тільки надання її адвокатом, а й висока якість цієї допомоги (ст. 3 Закону Азербайджанської Республіки, ст. 2 Закону Республіки Білорусь, Закон Республіки Казахстан “Про адвокатську діяльність”). Отже, держава покладає на адвокатуру забезпечення якості виконуваної адвокатами діяльності. При цьому, встановлюючи таку відповідальність, держава обмежує коло суб'єктів надання юридичної допомоги *лише адвокатами*, тобто особами, для яких передбачається спеціальний порядок набуття та-

кого статусу (кваліфікаційні іспити, присяга, дисциплінарна відповідальність, особливі гарантії при здійсненні професійних повноважень). У декотрих країнах тільки адвокати вправі здійснювати захист прав юридичних і фізичних осіб та представництво їх інтересів у кримінальних, цивільних справах та справах про адміністративні правопорушення в слідчих та судових органах.

Наприклад, Закон Республіки Білорусь “Про адвокатуру” встановлює, що адвокатська діяльність може здійснюватися тільки членами обласних, Мінської міської колегії адвокатів і Білінюрколегії (ст. 4). Тільки адвокати можуть бути захисниками на дізнанні, попередньому слідстві та в суді в Азербайджанській Республіці, Республіці Казахстан, Російській Федерації.

Такі законодавчі настанови забезпечуються системою професійного відбору юристів для адвокатської діяльності. У переважній більшості пострадянських країн набуття статусу адвоката потребує складання кваліфікаційних іспитів або проходження спеціального фахового тестування. Відмінності полягають у системі органів, котрі надають право займатися адвокатською діяльністю. Це і кваліфікаційні комісії всередині самої адвокатури, й міністерські структури. Наприклад, в Білорусі кваліфікаційна комісія призначається Міністерством юстиції, котре розробляє і затверджує Положення про Кваліфікаційну комісію з питань адвокатської діяльності, а заступник Міністра очолює комісію, рішення якої оскарженню не підлягають. Ліцензію на здійснення адвокатської діяльності видає Міністерство юстиції на підставі висновку Кваліфікаційної комісії з питань адвокатської діяльності і рішення колегії Мін’юсту. Термін дії ліцензії обмежено десятьма роками, продовження терміну можливе після переатестації адвоката.

Інша система у Республіці Казахстан, де діють нові правила ліцензування адвокатської діяльності, затверджені в 2007 році постановою Уряду. Ліцензування здійснюється Комітетом з організації правової допомоги і надання юридичних послуг населенню Міністерства юстиції Республіки Казахстан. Ліцензіар здійснює ліцензійний

контроль, спрямований на забезпечення дотримання адвокатом законодавства про ліцензування.

У Законі Киргизької Республіки “Про адвокатську діяльність” зазначено, що адвокатська діяльність є ліцензованим державою видом діяльності. Ліцензія видається державним органом, уповноваженим Урядом. Кошти за видачу ліцензії направляються до державного бюджету. Кваліфікаційна комісія, яка приймає іспит, створюється при Міністерстві юстиції; останнє визначає її склад, затверджує перелік юридичних дисциплін на іспит і порядок його складання. Без іспитів ліцензія видається особам, що мають п’ятирічний стаж роботи адвокатом, роботи в прокуратурі, МВС, МНБ, суді, юридичних відділах Адміністрації Президента, апаратів Прем’єр-міністра, Законодавчих зборів та інших, перехованих в Законі, установах.

Крім загальної ліцензії в декотрих країнах існують спеціальні ліцензії. Наприклад, у Республіці Вірменія така спеціальна ліцензія видається для здійснення адвокатської діяльності в касаційному суді. Рішення про її видачу приймається вищим органом Палати адвокатів — загальними зборами, не більш ніж семи адвокатам протягом року на п’ять років діяльності. Адвокат, що отримав таку ліцензію, реєструється в касаційному суді. Здійснюється спеціалізація у Грузії, де передбачено тестування — загальне або за спеціалізацією (цивільне або кримінальне право). Адвокат, який отримав таке спеціальне свідоцтво, має право практикувати тільки у галузі права, з якої його отримав. Свідоцтво про проходження тестування адвокатом може бути анульоване, якщо адвокат протягом 7 років не розпочне адвокатську практику.

Вимоги до особи, яка має намір набути статус адвоката, подібні у більшості законів про адвокатуру пострадянських країн: вища юридична освіта, стаж роботи за спеціальністю юриста, підтвердження кваліфікації через іспити. Однак є і певні особливості. Наприклад, в Азербайджанській Республіці в законі підкреслено, що статус адвоката можуть отримати також юристи, що працюють

в наукових установах і навчальних закладах в галузі права. У Республіці Білорусь адвокатом може стати юрист, який не має стажу роботи за спеціальністю, але який пройшов стажування терміном від 6 місяців до 1 року в адвокатурі.

У Республіці Вірменія адвокатом може стати особа, яка має вчений ступінь за спеціальністю юриста, отже вища освіта може бути не обов'язково юридична. Законом "Про адвокатуру" також встановлено види юридичної роботи на певних посадах, що зраховуються як стаж роботи за спеціальністю юриста: судді, прокурори, адвокати та їх стажери, нотаріуси, слідчі, посади в державних і недержавних органах, де необхідна вища юридична освіта, викладачі права у ВНЗ. Проте адвокатом можна стати і без складання іспитів: адвокати і судді, котрі мають стаж такої роботи 15 років, отримують ліцензію без екзаменів.

Без складання іспитів у Латвії можуть стати присяжними адвокатами доктори юриспруденції, судді. Для інших юристів встановлено обов'язковий стаж роботи: від двох років — для прокурора і нотаріуса, до п'яти — для будь-якої іншої посади з юридичної спеціальності.

Для здобуття статусу адвоката в Грузії необхідний стаж роботи юристом або адвокатом-стажистом в один рік. Особа, що має намір стати адвокатом, обов'язково проходить тестування.

У Республіці Казахстан статусу адвоката набуває громадянин Республіки Казахстан, що отримав ліцензію на право здійснення адвокатської діяльності і обов'язково є членом колегії адвокатів.

Особи, що отримали статус адвоката, вносяться до Реєстру адвокатів. Його ведення й оприлюднення покладається на професійні організації адвокатів, при цьому в багатьох законах визначено перелік відомостей щодо адвоката, які включаються в реєстр. Наприклад, в Республіці Вірменія веде реєстр Рада палати адвокатів. У Грузії існує Єдиний список адвокатів Грузії, в який включаються особи, що вступили в члени Асоціації адвокатів Грузії. У Киргизькій Республіці Державній реєстр адвокатів веде Міністерство юстиції.

У Республіці Казахстан Державний реєстр ліцензій на право заняття адвокатською діяльністю веде Комітет з організації правової допомоги і надання юридичних послуг населенню Міністерства юстиції Республіки Казахстан.

У Литві адвокат має бути внесений Радою адвокатів Литви до Списку адвокатів, які мають право на заняття адвокатською практикою. Список оголошується Міністром юстиції за поданням Ради адвокатів.

У декількох країнах законодавством про адвокатуру дозволено практикувати іноземним адвокатам. Наприклад, в Республіці Вірменія зарубіжний адвокат може здійснювати адвокатську діяльність на підставі ліцензії, виданої в його країні, та він має бути акредитованим у Палаті адвокатів Республіки Вірменія.

У Російській Федерації адвокати іноземної держави можуть надавати правову допомогу з питань права даної держави. Для здійснення практики в Росії іноземці обов'язково повинні зареєструватися федеральним органом виконавчої влади в спеціальному реєстрі. У Республіці Казахстан іноземний адвокат практикує лише на підставі міжнародних договорів.

В усіх країнах є певні обмеження/заборони щодо набуття статусу адвоката, причому перелік обставин несумісності є, в цілому, однаковим. Зокрема, це особи, визнані недієздатними або обмежено дієздатними, особи з подвійним громадянством (Азербайджанська Республіка), особи, що не здатні здійснювати адвокатську діяльність в зв'язку з розумовими або фізичними вадами (на підставі медичного висновку); звільнені з посади за діяння, несумісні з діяльністю з охорони прав людини, раніше засуджені за незначні злочини, тяжкі і особливо тяжкі злочини; особи, щодо яких є рішення суду про застосування примусових заходів медичного характеру; звільнені з колегії адвокатів, звільнені з правоохоронних та інших органів з компрометуючих підстав. Обмеження також стосуються осіб, які перебувають на державній службі, працюють у суді, прокуратурі. Деякі закони містять й інші обмеження, наприклад, закон Республіки Казахстан передбачає, що адвокат не може

займатися підприємницькою діяльністю, обіймати оплачувані посади, окрім викладацької, наукової або творчої сфери.

3. Організаційно-правові форми в адвокатурі. У Республіці Білорусь колегії адвокатів є *некомерційними організаціями*, існують виключно за рахунок відрахувань від грошових коштів, що надходять від фізичних і юридичних осіб за надання їм юридичної допомоги. Державна реєстрація колегій адвокатів покладена на Міністерство юстиції.

Інша форма організації адвокатської діяльності запропонована в Законі Грузії “Про адвокатів”: адвокатські бюро, офіси, контори, юридичні фірми створюються адвокатами у вигляді *“товариства або підприємницької юридичної особи*, в якій відповідальність хоча б одного партнера не обмежена”.

У Киргизькій Республіці адвокат може здійснювати свою діяльність через адвокатські установи або як *індивідуальну підприємницьку діяльність*. Адвокатські установи створюються на основі будь-яких видів власності й організаційно-правових форм. Засновником адвокатської установи може бути будь-яка юридична або фізична особа, такій установі дозволяється здійснювати адвокатську діяльність за умови, якщо в ній працює хоча б один адвокат, а керівником адвокатської установи може бути тільки адвокат. Статутом Палати адвокатів Республіки Вірменія передбачено право адвоката для здійснення своєї діяльності у встановленому Законом порядку реєструватися як *індивідуальний підприємець*, створювати *господарські товариства* або бути їх учасником.

Натомість, у Законі Республіки Казахстан передбачається, що юридична допомога, що надається адвокатами в межах здійснюваної ними адвокатської діяльності, *не є підприємницькою діяльністю*. У Російській Федерації адвокатська діяльність також *не є підприємницькою*. Така ж норма є і у Законі Республіки Молдова “Про адвокатуру”. При цьому зазначено, що адвокатська діяльність *несумісна з підприємницькою діяльністю*.

За Законом Латвії “Про адвокатуру” адвокатура є невід’ємною частиною правосуддя в державі, а всі присяжні адвокати об’єднані в Латвійську колегію присяжних адвокатів

за професійною ознакою. Колегія є самоврядним, незалежним суб’єктом, що діє на *громадських засадах*.

4. Національні професійні організації. Обов’язкове членство. Професійні організації адвокатів загальнонаціонального рівня створені в більшості колишніх республік СРСР. Вони мають різні назви, певні відмінності в компетенції і організаційній структурі, проте єдиним залишається *обов’язкове членство* в них всіх адвокатів, що практикують в державі. У Азербайджанській Республіці діє недержавна, незалежна, самоврядна і об’єднуюча всіх адвокатів колегія адвокатів. Особи, які не є членами колегії адвокатів, не можуть займатися адвокатською діяльністю. Колегія вирішує, зокрема, питання прийому в члени колегії і виключення з членів колегії; здійснює дисциплінарний нагляд; виносить висновки з питань, пов’язаних з адвокатською діяльністю.

У Білорусі Республіканська колегія адвокатів об’єднує всі колегії і виконує функції республіканського органу адвокатського самоврядування. Проте, голова Білорусколегії, що обирається її загальними зборами, затверджується Міністром юстиції.

У Республіці Вірменія діє Палата адвокатів Республіки Вірменія — професійна, незалежна, самоврядна юридична особа адвокатів. Палата створює умови для здійснення членами палати професійної діяльності; захищає їх права і законні інтереси, організовує професійне навчання своїх членів і їх перепідготовку; здійснює контроль за дотриманням з боку своїх членів правил адвокатської етики і статуту палати адвокатів; забезпечує в передбачених справжнім законом випадках здійснення в рівній мірі доступної і дієвої юридичної допомоги. Загальні збори палати адвокатів є загальним збором адвокатів, яке, зокрема, затверджує кодекс адвокатської етики, вибирає і відкликає членів ради палати адвокатів, дисциплінарної і кваліфікаційної комісії палати адвокатів; вибирає і відкликає голову палати адвокатів, має інші, передбачені Законом повноваження. Для участі в загальних зборах палати адвокатів Республіки Вірменія член палати може довірити свій голос іншому

членові палати адвокатів в порядку, встановленому статутом палати адвокатів.

Деякі закони містять обмеження терміну перебування на посаді голови національної професійної організації. Наприклад, у Вірменії голова Палати адвокатів не може обиратися на цю посаду більше двох разів по чотири роки і одночасно за посадою є головою Союзу (Спілки) адвокатів.

Придбання статусу адвоката означає **обов'язкове членство** в національній організації адвокатів. Таким чином вирішено питання про збереження єдності адвокатського корпусу і розвитку адвокатської самоврядності в більшості аналізованих законів про адвокатуру. У Азербайджанській Республіці адвокатською діяльністю може займатися тільки особа, яка прийнята в члени колегії адвокатів і склала присягу адвоката (ст. 4).

У Республіці Вірменія судове представництво або захист у кримінальних справах здійснює тільки адвокат, а на осіб, які не є адвокатами, але у встановленому законом порядку здійснюють представництво або захист у кримінальних справах на засадах підприємництва, Закон "Про адвокатуру" не поширюється (ст. 5).

У Білорусі адвокатська діяльність може здійснюватися особами, що є членами колегій адвокатів (некомерційні організації), які об'єднані в Республіканську колегію адвокатів.

У Грузії адвокати є членами Асоціації адвокатів Грузії, яку очолює голова асоціації, що обирається загальними зборами Асоціації з числа членів виконавчої ради на 3 роки. Йому забороняється здійснювати адвокатську діяльність у період перебування на цій посаді.

Професійні права і обов'язки адвоката. У Республіці Білорусь адвокат має право самостійно збирати, закріплювати і представляти відомості, що стосуються обставин справи; запитувати необхідні документи, зокрема з приватних і громадських організацій і об'єднань, які зобов'язані видавати ці документи або їх копії в установленому порядку; безперешкодно спілкуватися наодинці з підзахисним, зокрема що знаходиться під вартою. Не підлягають переслідуванню висловлювання адвоката, що зачіпають, честь і гідність сторони

або інших учасників процесу, якщо вони не порушують Правила професійної етики адвокатів. Досить детально врегульовані стосунки адвоката із клієнтом і колегами. Наприклад, заборонено користуватися саморекламою, приваблювати клієнтів негідними способами, зокрема, використовувати особисті зв'язки з працівниками правоохоронних органів для залучення клієнтів, користуватися послугами посередників, пропонувати клієнтові свою допомогу замість вибраного ним адвоката, обіцяти клієнтові благополучний результат справи у разі своєї участі в ній; допускати висловлювання, що ображають учасників процесу, вступати в позасудову полеміку з допитаними у справі свідками, потерпілими і експертами; представляти документи, що дискредитують учасників процесу або інших осіб, якщо це не є необхідним для справи.

У Білорусі закон встановив, що адвокат, який бере участь в процесі за призначенням, може бути звільнений від надання правової допомоги тільки органом, що призначив його.

У Республіці Казахстан адвокат не має права відмовитися від прийнятого доручення у кримінальній справі. У разі, коли підзахисний вважає вирок неправосудним, адвокат зобов'язаний оскаржити його в установленому порядку.

В аналізованих законах як одну з основних гарантій адвокатської діяльності слід відзначити забезпечення незалежності професії. Наприклад, в законі Азербайджанської Республіки заборонено посередництво працівників судових, слідчих органів, органів дізнання й інших державних органів, пов'язане з наданням юридичної допомоги, а також між адвокатом і особою, якій надається юридична допомога (ст. 7).

У Законі Грузії "Про адвокатів" зафіксована важлива гарантія, що діяльність адвоката може обмежуватися тільки законом, втручання в неї не допускається. Адвокат не може бути допитаний як свідок у справі, в якій він брав участь як захисник або представник. Порушити кримінальну справу відносно адвоката мають право: Генеральний прокурор Грузії або його заступник, прокурори Абхазії і Аджарської Автономної Республіки. Протя-

гом двох годин після арешту або затримання адвоката про це має бути повідомлено голові окружного суду, а порушена відносно адвоката кримінальна справа розглядається у першій інстанції Колегією у кримінальних справах Верховного Суду. Ці норми, як неважко пере-свідчитися, є прямо запозичені з українського законодавства.

Неприпустимі прослуховування і запис розмов адвоката із клієнтом. Недоторканими є особа адвоката, місце проживання і місце роботи, особистий транспортний засіб, документи, кореспонденція (включаючи комп'ютерну кореспонденцію) і телефонні переговори. Обшук адвоката, його місця проживання і місця роботи, особистого транспортного засобу і документів, контроль кореспонденції (включаючи комп'ютерну кореспонденцію) і телефонних переговорів мають бути санкціоновані головою окружного суду. У цих нормах вбачається значний вплив прецедентного права Європейського суду з прав людини (зокрема рішення у справах Кемпбелл і Фелл проти Великої Британії, Німець проти ФРН та ін.).

Адвокатська таємниця. У всіх національних законах закріплені основні положення, що стосуються адвокатської таємниці, — її поняття, обов'язок адвоката зберігати таємницю, визначення обсягу відомостей, що не підлягають розголошенню. Проте об'єм інформації, що охоплюється адвокатською таємницею, в законах різних країн різний. У Азербайджанській Республіці *всі звернення* до адвокатів і їх організацій зберігаються в таємниці, а документи й інші докази, адвокатські дос'є, зібрані адвокатами у зв'язку із здійсненням професійного обов'язку, не можуть вилучатися слідчими і судовими органами. Забезпечена конфіденційність затриманим, арештованим або засудженим особам, їм мають бути створені необхідні умови для зустрічей і консультацій з адвокатом наодинці. Заборонено допитувати адвоката про факти, які стали йому відомі у зв'язку з виконання ним професійного обов'язку (ст. 7).

У Республіці Вірменія обов'язок не розголошувати адвокатську таємницю не є абсолютним, оскільки законом передбачаються деякі винятки. Наприклад, адвокат може

оповістити адвокатську таємницю з відома довірителя, в разі судового спору між адвокатом і його довірителем або для свого захисту, а також якщо є достовірна інформація про підготовку до скоєння тяжкого або особливо тяжкого злочину.

У Республіці Білорусь адвокатську таємницю складають питання, з яких особа звернулася по допомогу, суть консультацій, порад і роз'яснень, отриманих від адвоката. Всі органи і посадові особи зобов'язані визнавати і дотримувати адвокатську таємницю. Ці відомості не можуть бути отримані від адвоката і використані як докази в цивільному, адміністративному і кримінальному процесах. У Правилах професійної етики адвоката дозволено розкривати інформацію з відома клієнта, якщо це потрібно для надання юридичної допомоги; проведення консультацій з адвокатами, якщо клієнт згоден на таке консультування; для обґрунтування особистого захисту у справі, порушеній проти адвоката, якщо підставою для цього були обставини, пов'язані з його клієнтом.

Адвокатська таємниця в Грузії діє незалежно від часу. Адвокату забороняється розголошувати інформацію, отриману від клієнта, без його дозволу (ст. 7). Конфіденційною є будь-яка інформація, отримана адвокатом при виконанні професійних повноважень.

Отже, серед пострадянських країн, що вже пройшли шлях реформування адвокатури або наближаються до його завершення, спостерігаються декілька загальних тенденцій в організації адвокатури. Найбільш помітна з них — об'єднання всіх адвокатів у єдину професійну організацію з обов'язковим членством (переважна більшість країн) або впровадження системи колегій адвокатів (з обов'язковим членством), здебільшого об'єднаних між собою у єдину професійну організацію. Лише як виняток, можна розглядати третій шлях (яким слідує зараз Україна) — відсутність професійної організації в країні.

У питанні щодо організаційно-правових форм діяльності адвокатських утворень спостерігаються дві протилежні тенденції: надання адвокатській діяльності статусу

неприбуткової і невідприємницької або фактичне ототожнення адвокатської діяльності з ліцензованою господарською діяльністю. Слід сказати, що в Україні зараз присутні й адвокатські об'єднання, й юридичні фірми як "представники" обох зазначених тенденцій, причому між ними існує приблизний паритет, але врешті-решт обирати, очевидно, доведеться щось одне, ретельно вивчивши та врахувавши як власні помилки, так і досвід країн, що обрали різні шляхи розвитку свого законодавства у цьому аспекті.

Неможна також не звернути увагу на суттєве посилення державного контролю над адвокатурою. З одного боку це виглядає як зазіхання на незалежність адвокатської професії, але з іншого може розцінюватись цілком

позитивно, якщо метою такого контролю є **виключно** забезпечення якості і доступності правової допомоги. Україні з нашою застарілою проблемою "фахівців у галузі права" та невинним розростанням адвокатського корпусу слід дуже уважно придивитися до практики сусідів, адже згідно з європейськими стандартами держава несе певні позитивні обов'язки щодо забезпечення якості правової допомоги, яка надається адвокатами (див., напр.: рішення Європейського суду з прав людини у справі Артико проти Італії), але при цьому підмінити підконтрольність якості правової допомоги підконтрольністю державі адвокатури в цілому ні в якому разі не можна.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена рассмотрению отдельных аспектов реформирования адвокатуры в национальных правовых системах постсоветских государств.

SUMMARY

The article is devoted to the examination of the aspects of reform of the bar in the national legal systems of ex-USSR states.

Подано 21.11.07

*Рекомендовано кафедрою прав людини,
міжнародного та європейського права*



О.З. Хотинська-Нор,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Відстрочка, розстрочка, зміна способу та порядку виконання рішення суду в контексті права на судовий захист

Ключові слова: *судове рішення, виконання рішення, боржник, стягувач, відстрочка судового рішення, розстрочка судового рішення, зміна способу і порядку, судовий захист.*

У вітчизняній юридичній літературі чимало вже писали про дефекти національного законодавства у сфері виконавчого провадження, які з легкістю дозволяють боржникам невілювати законну силу, і як наслідок, обов'язковість судового рішення. Неefективність законодавчих норм на практиці ставить стягувачів у положення пасивних спостерігачів за тим, як втрачається можливість реалізації рішення суду, постановленого на їх користь, а разом з ним і можливість реального поновлення їх прав та захист законних інтересів. Це, в свою чергу, призводить до того, що виконання судового рішення вважається найслабшою ланкою у процесі судового захисту, оскільки без дієвого механізму примусу судові рішення стали б ілюзорними.

Одним з проблемних моментів у процесі примусового виконання рішення є реалізація положень ст. 33 Закону України “Про виконавче провадження” (далі — Закон), якими врегульовані питання надання відстрочки або розстрочки виконання, зміни способу та порядку виконання судового рішення. Незважаючи на те, що така норма також передбачена усіма процесуальними кодексами (за винятком Кримінально-процесуального кодексу України), на практиці не існує єдиної виробленої концепції щодо підстав і порядку її застосування.

Метою даної публікації є дослідження практичних аспектів застосування норм, які регулюють порядок надання судами відстрочки чи розстрочки виконання рішення, а також зміни способу і порядку його виконання на стадії виконавчого провадження.

Відповідно до ст. 33 Закону державний виконавець за власною ініціативою або за заявою сторін, а також самі сторони мають право звернутися до суду, який видав виконавчий документ, із з'явою про відстрочку або розстрочку виконання, а також про встановлення чи зміну способу і порядку виконання.

Слід зазначити, що законодавчого визначення понять “відстрочка виконання”, “розстрочка виконання”, “зміна способу виконання” та “зміна порядку виконання” рішення не існує. Єдине на даний момент тлумачення цих понять міститься у роз'ясненні Вищого арбітражного суду України “Про деякі питання практики застосування ст. 121 Господарського процесуального кодексу України” від 12 вересня 1996 р. [5, 245].

Відстрочка виконання — це відкладення чи перенесення строку виконання рішення на новий строк, який визначається судом, а розстрочка — виконання рішення частками, встановленими судом, з певним інтервалом у часі. Із наведених визначень вбачається, що в отриманні відстрочки чи розстрочки виконан-

ня є виключна заінтересованість боржника, і аж ніяк не стягувача, оскільки останній на-вряд чи виступатиме ініціатором процедури, яка по своїй суті сприяє затягуванню процесу реального поновлення його прав. З огляду на це, недоречно вбачається наділення правом звернення із заявою про надання відстрочки чи розстрочки виконання не лише боржника, а й стягувача.

Деякі автори розглядають можливість надання боржнику відстрочки і розстрочки виконання судового рішення як спосіб стимулювання добровільного виконання [2, 139]. Інші вбачають у цьому обмеження права стягувача на судовий захист, який гарантований Конституцією України [1, 59]. На нашу думку, більш обґрунтованою є остання позиція. Адже, по своїй суті, відстрочка виконання судового рішення — це передбачений процесуальним законодавством спосіб, який тимчасово позбавляє стягувача права вимагати примусового виконання і надає боржнику можливість на законних підставах не виконувати рішення суду, яке вступило в законну силу і є з цього моменту обов'язковим. Це саме певною мірою, стосується і розстрочки виконання. Оскільки діюче законодавство вирішення питання про надання відстрочки або розстрочки виконання судового рішення відносить до компетенції суду, який видав виконавчий документ, а отже — постановив рішення, то у випадку позитивного задоволення такої заяви, суд вступає у протиріччя сам з собою: “однією рукою” він “дає” своїм рішенням стороні, на користь якої воно постановлене, можливість реального захисту своїх прав, іншою — цю можливість забирає.

Найбільші труднощі на практиці викликає визначення можливості надання боржнику відстрочки чи розстрочки виконання. Що саме законодавець визначив як обставини, за наявності яких суд повинен надати боржнику відстрочку чи розстрочку виконання рішення? Відповідно до ст. 373 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України), ст. 121 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України), ст. 263 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України), ст. 33 Закону відстрочка чи розстрочка виконання може бути надана

за наявності обставин, що ускладнюють його виконання або роблять його неможливим у виняткових випадках, залежно від обставин справи. Таке законодавче визначення приводить до однозначного висновку про те, що вказані формулювання жодною мірою не обмежують суд у вирішенні цього питання на власний розсуд. Оскільки переліку таких підстав законом не визначено (у ЦПК України та КАС України такими вказуються хвороба боржника або членів його сім'ї, відсутність коштів на рахунку, відсутність присудженого майна в натурі, стихійне лихо тощо), на практиці відстрочка чи розстрочка виконання надається при встановленні будь-якої поважної, на думку суду, обставини (наприклад тяжкого матеріального становища). Таким чином, при вирішенні питання про надання відстрочки чи розстрочки виконання суди швидше керуються емоціями, аніж правом, точний зміст якого щодо обставин надання встановити неможливо.

Крім того, законодавством не встановлено строку на який суд уповноважений надати відстрочку чи розстрочку виконання, а значить, повністю залишений на розгляд суду і може складати, наприклад, 5, 10, 15 років і більше. У такому випадку виникає логічне запитання: чи можна вважати право сторони, на користь якої винесено рішення, захищеним, якщо судом надана відстрочка чи розстрочка на декілька років, тобто захист його права, по суті, відкладений органом державної влади на значний період часу? Вбачається, що ні.

Таке законодавче регулювання надання відстрочки чи розстрочки виконання судового рішення не дає можливості суду конкретно встановити предмет доказування при розгляді цих питань. А якщо не можна конкретно встановити предмет доказування по справі і якщо строк відстрочки (розстрочки) не обмежений законом, то вищестоящі судові інстанції не в змозі перевірити обґрунтованість надання відстрочки. Що, наприклад, порушив суд, якщо він надав відстрочку виконання рішення суду про стягнення грошових коштів на 5 років, встановивши відсутність у боржника грошових коштів для одночасного виконання рішення суду? Порушень діючих ЦПК

України, ГПК України та Закону України „Про виконавче провадження” не допущено, а все решта — власний розсуд суду. Питання про надання відстрочки чи розстрочки розглядається і вирішується судом в стадії виконання, коли судовий розгляд відбувається в прискореному порядку, оскільки спір по суті уже вирішено. Розглядаючи питання про відстрочку чи розстрочку виконання, суд повинен встановити наступне коло обставин: яке майно (грошові кошти, майнові права) і які обов’язки (включаючи їх об’єм) є у боржника, як швидко боржник може подолати матеріальні труднощі. Так, у своєму роз’ясненні Вищий арбітражний суд України вказує, що “вирішуючи питання про відстрочку чи розстрочку виконання..., суд повинен враховувати матеріальні інтереси сторін, їх фінансовий стан, ступінь вини відповідача у виникненні спору, наявність інфляційних процесів у економіці держави та інші обставини” [5, 246]. Природа цих обставин (аналіз фінансового стану боржника) носить не юридичний, а економічний характер. При такому об’ємі предмета доказування та характері обставин, що підлягають встановленню, суд не може достовірно встановити, чи є підстави для надання відстрочки (розстрочки) виконання рішення суду. Тим більше суд не може достовірно встановити строк, протягом якого боржник зможе виконати вимоги стягувача, підтвердженні судовим рішенням. Тому природним є той факт, що у більшості випадків інтерес боржника полягає у тому, щоб в такий спосіб затягнути виконання або взагалі не виконати судові рішення, і закон дає йому для цього підстави.

Таким чином, відповідно до вимог діючого законодавства, суд, розглядаючи питання надання відстрочки (розстрочки) виконання судового рішення, не зв’язаний ні підставами надання відстрочки, ні максимальним строком її надання. Іншими словами, закон дає суду можливість абсолютно довільного обмеження права стягувача на судовий захист.

З огляду на викладене, вважаємо, що на законодавчому рівні необхідно закріпити поперше, строки надання, по-друге, відкритий перелік обставин надання відстрочки (розстрочки) виконання рішення суду.

Під зміною способу і порядку виконання рішення слід розуміти прийняття судом нових заходів для реалізації рішення в разі неможливості його виконання у порядку і способом раніше встановленими. При цьому зміна способу виконання рішення можлива шляхом зміни зазначеної у рішенні форми (грошової чи майнової) виконання, тобто за відсутності у боржника присудженого позивачеві майна в натурі або грошових коштів, достатніх для покриття заборгованості [5, 247]. Тому не може бути визнано змінним спосіб виконання, якщо стягнення звертається не на кошти боржника на рахунок, а на готівкові кошти.

Так, на виконання постанови Київського апеляційного господарського суду від 4 лютого 2003 р. та відповідно до ухвали господарського суду Чернігівської області від 27 березня 2003 р. у справі № 9/164 було видано наказ на повернення в/ч 2870 грн. з рахунку підприємця М. у відділенні Ощадбанку м. Ніжина. В/ч звернулася до суду з заявою про зміну способу виконання, оскільки в Ощадбанку відсутній рахунок М. та просила виконати ухвалу від 27 березня 2003 р. шляхом стягнення з підприємця на користь в/ч 2870 грн. Ухвалою господарського суду Чернігівської області від 5 листопада 2003 р. в/ч було відмовлено у задоволенні заяви про зміну способу виконання. Судами апеляційної та касаційної інстанцій ця ухвала була залишена без змін, оскільки судом було обгрунтовано встановлено, що прохання в/ч стягнути з М. 2870 грн. не зачіпає суті наказу і не тягне за собою зміни способу виконання ухвали суду, оскільки встановлена ухвалою грошова форма виконання в разі задоволення заяви в/ч не видозміниться [3].

Проте досить часто у судовій практиці виникають випадки, коли зміна способу виконання рішення має місце за відсутності застосування нових заходів по реалізації рішення. Інколи за цим ховається виправлення недоліків, допущених самими судами.

Рішенням господарського суду Запорізької області від 21 березня 2002 р. у справі № 1/4/43 з державного підприємства “Енергоатом” в особі відокремленого підрозділу “Запорізька АЕС” на користь АТЗТ “Електропівденмонтаж-10” стягнуто 896881 грн. 82 коп. основного

боргу, 1700 грн. держмита та 118 грн. витрат на інформаційно-технічне забезпечення судового процесу. На виконання цього рішення було видано відповідний наказ. У зв'язку з невиконанням рішення суду з причин, що не залежать від стягувача, та неможливість звернути стягнення на майно станції через відповідну заборону чинним законодавством, АТЗТ "Електропівденмонтаж-10" був змушений звернутися до суду з заявою про зміну способу виконання рішення — стягнення коштів з рахунку юридичної особи, а саме з державного підприємства "Енергоатом". Місцевий та апеляційний суди дійшли висновку про обґрунтованість вимог заявника [4]. Вбачається, що в даному випадку мова йшла не про зміну способу виконання рішення, а про порядок його виконання, оскільки грошова форма стягнення не змінювалася, а мова йшла про зміну процедури звернення стягнення: на рахунки не відокремленого підрозділу, а безпосередньо юридичної особи.

Як і у випадку з відстрочкою чи розстрочкою виконання рішення, при вирішенні питання про зміну способу чи порядку виконання рішення суд повинен виходити з конкретних обставин справи і належним чином оцінювати обставини, які на думку заявника утруднюють чи унеможливають виконання судового рішення. У зв'язку з цим виникає питання: які докази повинен брати до уваги суд, розглядаючи заяву про зміну способу чи порядку виконання?

Так, рішенням Ужгородського міського суду Закарпатської області від 15 лютого 2002 р. було задоволено позов гр. К. до виконкому, зобов'язавши останнього надати К. жиле приміщення із зручностями. Ухвалою Ужгородського міського суду від 14 січня 2003 р. за заявою державного виконавця було змінено спосіб і порядок виконання рішення: зобов'язано виконком сплатити К. 86 тис. 300 грн. для придбання чотирикімнатної квартири на сім'ю із шести осіб. Задовольняючи заяву про зміну способу і порядку виконання

рішення, суд виходив з того, що виконком не виконує рішення у зв'язку з відсутністю ново-збудованих квартир. Однак, Судова палата у цивільних справах Верховного Суду України з таким висновком суду не погодилася і ухвалу від 14 січня 2003 р. скасувала, зазначаючи, що виконком не повідомляв державного виконавця про неможливість виконання судового рішення, а міський суд, не перевірявши доводи виконкому з цього питання, передчасно дійшов висновку про відсутність облаштованих жилих приміщень у м. Ужгороді. Крім того, стягуючи безпосередньо на користь К. гроші для придбання квартири, суд не врахував, що відповідно до чинного законодавства особі, яка потребує житла, надається житлова площа у встановленому законом порядку, а не виплачуються кошти для придбання квартири у власність [6, 17].

Незаперечним доказом неможливості виконання рішення суду в такому випадку була б постанова державного виконавця про повернення виконавчого документа без виконання в порядку ст. 40 Закону.

Наведені вище приклади практики використання положень, які регулюють питання зміни способу і порядку виконання судового рішення, показують, що у більшості випадків труднощі із застосуванням цих норм викликані, на наш погляд, перш за все тим, що поняття, види, а також порядок вибору способу виконання рішення в законодавстві не врегульовані.

Крім того, є очевидним той факт, що спосіб виконання цілком залежить від резолютивної частини рішення суду і зачіпає права сторін. Тому суд, на нашу думку, не лише повинен мати можливість змінити спосіб виконання, а також повинен в першу чергу у виконавчому документі визначати спосіб і порядок виконання рішення суду. У зв'язку з цим вбачається необхідним доповнення переліку вимог до виконавчого документа пунктом щодо обов'язкової вказівки на спосіб і порядок виконання рішення суду.

Список літератури:

1. Балакин К.В. Отсрочка исполнения судебного акта в арбитражном процессе и конституционное право на судебную защиту // Юрист, 2005. — № 5.

2. Малешин Д.Я. Исполнительное производство (функции суда). 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Издательский дом “Городец”, 2005.
3. Постанова Вищого господарського суду України від 12 травня 2004 р. у справі № 9/164 // Архів Господарського суду Чернігівської області за 2004 р.
4. Постанова Вищого господарського суду України від 1 липня 2004 р. у справі № 1/4/43 // Архів Господарського суду Запорізької області за 2004 р.
5. Про деякі питання практики застосування ст. 121 Господарського процесуального кодексу України. Роз’яснення Вищого арбітражного суду України від 12 вересня 1996 р. № 02-5/333 із змінами і доповненнями // Збірник роз’яснень Вищого господарського суду України / Відп. ред. Д.М. Притика. — К.: Видавничий Дім “Ін Юре”, 2003.
6. Ухвала Судової палати у цивільних справах Верховного суду України від 11 березня 2004 р. (Витяг) // Вісник Верховного Суду України, 2004. — № 9.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена вопросам применения норм украинского законодательства, регулирующих порядок и основания предоставления отсрочки, рассрочки, а также изменения способа и порядка исполнения судебных решений. В публикации поднимаются проблемы, возникающие при реализации данных норм на практике, и предлагаются пути их решения с целью оптимизации процесса исполнения судебных решений.

SUMMARY

This article concerns the problems of using some norms of Ukrainian law, regulating order of giving postponing and changing the way and order of carrying out of sentences. The article analyses some problems appearing while realizing these norms practically some new ways of saving these problems for improving the process of discharging the sentences.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 19.11.07



О.Ю. Кашинцева,
Академія адвокатури України (м. Київ, Україна),
Міжнародний Вишеградський Фонд Університет
ім. М. Кюрі-Склодовської (м. Люблін, Польща)

Проблеми визначення статусу ембріона: етико-правовий аспект

*“Етичні цінності не повинні розглядатися поза
біологічними фактами”.*
Ван Ранселер Поттер*

Ключові слова: *преембріон, ембріон, статус ембріона, етика, біоетика, утилітаризм, віталізм, комплементаризм.*

Можливості сучасних біології та медицини вражають. Наукові виступи та повідомлення, які мали місце на III Національному конгресі з біоетики, який відбувся 8–11 жовтня 2007 р., під патронатом Національної академії наук України та Академії медичних наук України є цьому підтвердженням.

Задля уникнення помилки в оцінці тенденційності прогресивного чи регресивного розвитку людства, вчені намагаються відшукати відповіді в етиці. Але на постулати якої етики опиратись? Так в етиці клерикальній (християнській, іудейській, ісламській, індуїстській) погляди на добро і зло, допустимість і категоричне відкидання “небезпечного знання” сучасної науки є вкрай суперечливими. Погляди визнаних світських моральних авторитетів також часто є суперечливими.

Оскільки норми міжнародного права забороняють проведення досліджень в сфері біології та медицини у разі відсутності відповідного національного законодавства, українська біологія і медицина в сфері надсучасних технологій може залишитись поза наукою світовою. Значна частина досліджень в сфері біології та медицини (репродуктивні техно-

логії, терапевтичне клонування, дослідження стовбурових клітин, пренатальні генетичні дослідження, генна терапія, трансплантація) пов’язана з людським ембріоном. Визначення його статусу сьогодні є фундаментальною проблемою сучасної філософії, етики, біології та права.

Статус ембріона можна розглядати з позиції філософської, клерикальної, медико-біологічної і правової. Всі чотири підходи тісно пов’язані, проте визначення статусу ембріона з позиції правової є найбільш відповідальним перед суспільством. Саме визначення правового статусу ембріона проведе ту чітку межу між дозволеними і забороненими маніпуляціями з ембріоном та ембріональними клітинами.

Дискусію щодо визначення статусу ембріона розпочато, основними її учасниками є медики, біологи, філософи, богослови. Правники в цій дискусії представлені у меншості.

Проблема визначення статусу ембріона тісно пов’язана з проблемою визначення моменту виникнення людського життя.

В медичній науці існує декілька основних течій. Одні вчені дотримуються позиції,

* В.Р. Поттер є засновником біоетики, йому належать понад 350 робіт в галузі біохімії. Класикою сучасної філософської думки є його робота “Біоетика: міст в майбутнє” [26, 3].

що початком життя є закріплення ембріону в лоні матки [23, 19]. Інші вважають, що таким початком слід вважати формування нервової системи в момент, коли починає роботу мозок [21, 201; 22, 237–242]. Але й серед самих прихильників “мозкового критерію” визначення моменту виникнення людського життя немає єдності. Вважається, що “мозковий критерій” визначення моменту виникнення людського життя є похідним від вже усталеного в медицині розуміння біологічної смерті людини. На відміну від клінічної смерті (зупинки серця), біологічна смерть людини настає зі згасанням кори гол-овного мозку. Таким чином, одні вчені пов’язують виникнення людського життя з моментом формування сірої речовини (що відповідає 6–8 тижням вагітності) [20, 264], інші пов’язують з етапом формування кори головного мозку (22–24 тиждень вагітності) [18, 1061–1078; 19, 237–242], інші — з етапом активності кори головного мозку (25—32 тиждень вагітності) [20, 264], інші говорять про завершений етап структурування мозку (32—36 тиждень вагітності) [17, 1–26].

Але найбільш розповсюдженою є позиція, яку виклав, зокрема, Етьєн Больє: “Розмежування між ембріоном, плодом і людиною є умовним. Це належить до таємниці життя. Але науці абсолютно відомо, що впродовж перших двох тижнів з моменту запліднення ембріон не може вважатися індивідуумом (*individuals* — той, кого не можна поділити), оскільки на цій стадії він може поділитися і утворити близнюків. В момент же запліднення, з невідомих поки що науці причин, — замість ембріона може розвинути пухлина — хоріоепітеліома” [2, 12].

Норман М. Форд у роботі “Коли я почався?” зазначає, що про людську особу можна говорити лише починаючи з 14 дня: “Поява первинної смужки — це знак того, що сформувався і почав існувати ембріон у повному значенні слова — як людська особа. До цієї стадії немає сенсу говорити про людську істоту в онтологічному значенні” [21, 42].

Опираючись на результати медико-біологічних досліджень в медицині і біології було введено термін “преембріон” — ембріон до 14 дня від запліднення [24, 42]. При-

хильником необхідності розмежування між ембріоном і преембріоном в українській науці підтверджує Ф.В. Дахно — директор Інституту репродуктивної медицини, член асоціації репродуктивної медицини України [6]. Професором Ф.В. Дахно разом з академіком В.І. Грищенком у 1983 р. було засновано лабораторію репродукції людини і вже у 1984 р. було отримано запліднення в пробірці. У своїх публікаціях і на III Національному конгресі з біоетики В.Ф. Дахно наголошував на необхідності введення поняття “преембріон” і закріплення його на законодавчому рівні [4, 171–181; 6]. Робота з ембріональними клітинами преембріона — це можливість перемогти онкологічні захворювання, хвороби спинного мозку, цукрового діабету, цирозу печінки, хвороби Паркінсона і Альцгеймера [14, 105–116].

Клерикальна позиція щодо визначення моменту виникнення людини також не є єдиною. Так, іудаїзм вважає, що душа потрапляє в тіло на 40 день від моменту запліднення, що відповідає 8-му тижню вагітності. Християнство визнає момент запліднення початком життя людини.

Відомий італійський богослов Анжело Серра зазначає: “Допустимо, а інколи, з термінологічного погляду, навіть корисно вводити нові терміни для підкреслення нових аспектів... Але було б помилкою вважати, що розділити один процес на два етапи: перший — утворення зиготи, другий — утворення первинної смужки, — означає визнати, що ці етапи є самостійними не пов’язаними між собою процесами; що ці дві структури (преембріон та ембріон) стосуються різних суб’єктів або що перша з них є структурою без суб’єкта” [25, 43].

Такої ж позиції дотримуються і українські богослови, зокрема І.С. Бойко (Український Католицький Університет у Львові): “У момент злиття гамет нова людська клітина, наділена новою інформаційною структурою, починає діяти як індивідуальна єдність, повністю керуючись при цьому своїм власним генетичним кодом. Ця індивідуальна єдність проявляється у постійній та автономній самоорганізації, яка закінчиться формуванням цілого людського організму. Нова людська

клітина, а отже й нова людська особа, яка розпочинає свій особистий життєвий шлях, отримуючи всі необхідні внутрішні й зовнішні умови, поступово розвивається і активізує свої великі можливості згідно із фундаментальним онтогенетичним законом і єдиним внутрішнім проєктом... На всьому шляху розвитку людського індивідуума ... повинна бути визнана його онтологічна цінність, бо людський індивідуум завжди наділений гідністю та якістю людської особи” [1, 51–52].

Щодо правової доктрини визначення статусу ембріона, то вона не має єдиного підходу і на національному рівні залежить від співвідношення впливу доктрин клерикальної і прагматично-наукової на суспільство. В сучасній правовій науці існують два основні підходи в сфері регулювання біотичних проблем: — це утилітариський і віталістський. Утилітаристський підхід спирається на матеріалістичні постулати, які пояснюють людське життя в межах хімічних та біологічних процесів. З їх позиції — право повинно, з одного боку, забезпечити дотримання основних прав і свобод людини в сфері біології та медицини, а з іншого — дати людині можливість вільно обирати межі своєї науково-дослідницької діяльності. Віталістський підхід виходить з того, що людське життя неможливо пояснити лише з позиції хімії та біології, існують знання незбагненні для людського інтелекту, а отже науково-дослідна діяльність людини повинна бути обмежена [26, 23–27].

На думку авторки цієї статті, важко повністю погодитися як з утилітариським, так і з віталістським підходом в праві біоетики. Важко погодитися з розумінням людського життя виключно в межах біохімічних, і одночасно, видається середньовічним невіглаством відмова від можливостей сучасної науки. Така позиція може бути охарактеризована як комплементарна. Комплементарний підхід в праві біоетики міг би зводитись до того, що, визнаючи позицію віталістів, що людське життя неможливо пояснити лише з позиції хімії та біології, право повинно забезпечити дотримання основних прав і свобод людини в сфері біології та медицини і дати людині можливість вільно обирати межі своєї науково-дослідницької діяльності.

З позиції комплементарного підходу, статус ембріона повинен бути врегульованим на законодавчому рівні з урахуванням знань сучасної науки про його розвиток.

Перші тенденції вже окреслились як в міжнародному законодавстві, так і в національному.

Конвенція “Про права дитини” 1989 р. поняттям “дитина” охоплює кожну людську істоту до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше.

Ратифікуючи зазначену Конвенцію законодавець Аргентини зазначив, що за початок життя визнається момент запліднення. Натомість Франція, ратифікуючи документ, чітко зазначила, що ст. 1 Конвенції “Про права дитини” не повинна суперечити національному законодавству, відповідно до якого переривання вагітності допускається [28].

Warnok Committee Великої Британії зазначає, що вільно розпоряджатися людським ембріоном можна до 14 дня від моменту запліднення [27]. Так, А. МакЛарен, член Warnok Committee, стверджує у своїй доповіді: “Момент, з якого можна говорити про початок нового індивідууму у всій його повноті, відноситься до стадії формування первинної смужки ембріона” [24, 43].

Щодо українського законодавства, то відповідно до Інструкції МОЗ України “З визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості” від 29 березня 2006 р. [13] то під плодом розуміють внутрішньоутробний продукт зачаття, починаючи з повного 12-го тижня вагітності до вигнання/вилучення з організму матері. З тексту статті робимо висновок що до 12 тижня вагітності “внутрішньоутробний продукт зачаття” вважається ембріоном.

Правовий статус ембріона і плода в Україні визначається опосередковано. Ст. 18 Конвенції “Про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини” 1997 р. [12] зазначає, що якщо національне законодавство дозволяє проводити дослідження на ембріонах *in vitro*, воно повинно забезпечити належний захист ембріона.

Законом України “Основи законодавства України про охорону здоров’я” [9] у ст. 50

значається, що операцію штучного переривання вагітності (аборт) може бути проведено за бажанням жінки у акредитованих закладах охорони здоров'я при вагітності строком не більше 12 тижнів. Аборт при вагітності від 12 до 28 тижнів за соціальними і медичними показаннями може бути зроблено у випадках, передбачених законодавством.

Таким чином, правовий статус людського ембріона і плода фактично зводиться до статусу “внутрішньоутробного продукту зачаття”. І лише живонародження (вигнання або вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення незалежно від тривалості вагітності, від того, чи перерізна пуповина і чи відшарувалась плацента дихає або має будь-які інші ознаки життя, такі як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи м'язів) надає плоду статус людської особи.

Проблема визначення статусу ембріона тісно перемешується із етико-правовими проблемами репродуктивних технологій, пренатальних генетичних досліджень та трансплантації.

“Щоб зробити дитину — необхідні троє: чоловік, жінка і випадок.” [15]. Сьогодні достатньо жінки, сперми і лікаря. Ембріоном маніпулюють, його переносять, заморожують, зберігають. Дитина народжується від науки... Налякані пересічні громадяни виходять на вулиці із закличками та гаслами запозиченими з часів Середньовіччя. І приймаються закони на пів-сторінки на кшталт Закону України “Про заборону клонування з репродуктивною метою” [10], забуваючи про можливість клонування терапевтичного. І ледь жевріє вітчизняна наука, не залишаючи надії на порятунок поза можливостями традиційної трансплантації для вже народжених і поза можливостями генної інженерії тих, хто в лоні матері.

Етичні проблеми виникають і при проведенні пренатальних генетичних досліджень. Чи не підміняється феміністичне гасло 60-х років минулого сторіччя “Дитину — коли хочу, якщо захочу!” гаслом “Дитину — яку хочу!”?

Сучасне суспільство не толерує відхилень від норми. Але що таке норма? Коли все незвичне вважатиметься потворним і

підлягатиме знищенню, тоді найменша вада вважатиметься потворною.

Неможливість розв'язання проблем заміної, органної і клітинної терапії лише методами класичної трансплантації призвели до того, що останнім часом увага зміщується в бік мінітрансплантації та використання соматичних клітин людини, як альтернативи пересадки цілого органа. Особливе місце в клітинній трансплантації належить клітинам фето-плацентарного комплексу (анатомічні матеріали мертвого ембріона, плода людини), що регулюється Законом України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини” [11].

Науковою спільнотою активно обговорюється питання про те, наскільки етично використовувати абортивний матеріал для виготовлення біологічних препаратів з метою надання допомоги хворим. Оскільки національне медичне законодавство не передбачає заборони здійснення абортів, абортивний матеріал не зберігається, — немає причин, що унеможлилювали б його використання. При аналізі питання використання фетальних тканин акцент зміщується до проблеми етичності абортів. Як зазначає академік В.І. Грищенко: “Хочемо ми цього, чи ні — аборти проводяться і ще більш неетичним є ненадання допомоги хворим під гаслом заборони абортів” [3, 26–31].

“Не вірю в Бога... і надзвичайно шкодую про це...” — зазначив у своєму інтерв'ю лауреат премії Ласкера 1989 р. в галузі ендокринології, розробник першого покоління гормональних контрацептивних препаратів, академік Етьєн Больє: “Я ніколи не прагнув займатись “непристойною” проблематикою. Мій науковий поклик — фундаментальні дослідження в сфері ендокринології. У 70-ті роки в результаті клінічного вивчення властивостей прогестерона виникла ідея його застосування з метою контрацепції препарату “R 486”, який став альтернативою інструментальному аборту. Як медик, я гостро відчуваю гуманістичний аспект. Оскільки ми говоримо про етику, і оскільки аборти існують, то заради якого “найвищого принципу” позбавляти жінку результатів медичного прогресу?” “Заради права на життя іншої особи” — опонували йому противники “R 486” [2, 12–16].

У 1948 р. Всесвітньою Медичною Асамблеєю була видана Женевська декларація, яка на рівні міжнародного законодавства заклала принципи лікарської етики [5] а у 1949 р. Всесвітньою Медичною Асамблеєю було прийнято Міжнародний Кодекс Медичної Етики [7]. В Україні принципи лікарської етики закріплені в Клятві лікаря, затвердженій Указом Президента України від 30 червня 1992 р. [16]. Так, етичні норми, сформовані за тисячоліття у сфері медицини та біології трансформувалися у норми правові і стали предметом біоюриспруденції.

В Женевській декларації 1948 р. зазначається, що вступаючи у міжнародну спільноту лікарів, останній зобов'язується: “над усе стверджувати людське життя із самого його початку як найвищу цінність і не використовувати свої знання лікаря всупереч ідеям гуманності...”

У згаданому вище інтерв'ю Етьєн Больє продовжує: “...Ніколи не забуду, як в клініці, що здійснювала аборти, приймав жінок у невмовнених стражданнях, у крові та гарячці. Часто надходили вказівки не давати наркоз і знеболююче, щоб “провчити негідниць”. Де були тоді права жінок і повага до людської гідності?” [2].

Відповідно до Клятви лікаря, останній зобов'язується незмінно керуватися у своїх діях і помислах принципами загальнолюдської моралі та додержуватись правил професійної етики. То заради якого найвищого принципу абортивний матеріал повинен іти у сміття замість того, щоби служити науці заради спасіння життя іншого?

Без визначення статусу ембріона неврегульованою залишиться і етико-правова проблематика перинатальних генетичних

досліджень. Відповідно до ст. 5 Загальної Декларації про геном людини і права людини 1997 р. [8], обстеження, лікування і діагностика, пов'язані із геномом людини, можуть здійснюватися лише після попереднього співвідношення потенційної небезпеки і переваг для здоров'я і життя кожної окремої людини, і з урахуванням вимог національного законодавства.

Вітчизняний Закон “Про пренатальний генетичний скрінінг, пренатальну генетичну діагностику” повинен закласти цивілізовані принципи проведення таких досліджень і повинен увібрати в себе основні принципи отримання, використання і зберігання генетичних даних людини, закладених в нормах міжнародного права, а також на основних принципах деонтології.

Насамкінець, хотілося б зауважити, що розмірковування і певні сумніви щодо статусу людського ембріона не слід трактувати як неповагу до таїнства виникнення людського життя. Проте можливість біології та медицини вимагають переосмислення існуючих концепцій захисту прав і свобод людини, які мають здолати певний шлях трансформації своїх вихідних постулатів, щоб відповідати вимогам сучасної науки. І без належного правового регулювання межа між суб'єктом і об'єктом дослідження буде залишається ризиковано невизначеною.

Револьюційні зміни, що відбулися за останні десятиліття в галузі біології та медицини, загрожують змінити соціальні та культурні (здавалося, непохитні) основні людські цінності. І сьогодні консенсус між метафізичними уявленнями і знаннями фундаментальної науки є вже неможливим.

Список літератури:

1. *Бойко І.* Біоетика. . — Львів: Ви-во Укр. Католицького Університету. — 2007.
2. *Больє Етьєн.* Реакция — агрессивность // Требования биоэтики: медицина между надеждой и опасением. — К.: Сфера. — 1999.
3. *Грищенко В.І.* Етичні питання клітинної і тканинної трансплантації // Вісник НАН України. — 2002. — № 1.
4. *Дахно Ф.В.* Біоетика клонування // Антологія біоетики. — Львів: БАК. — 2003.
5. Женевская декларация, принятая 2-й Генеральной ассамблеей ВМА, Женева, Швейцария, сентябрь 1948 г., внесены поправки 22-й Всемирной медицинской ассамблеей, Сидней,

Австралия, август 1968 г., 35-й Всемирной медицинской ассамблеей, Венеция, Италия, октябрь 1983 г., 46-й Генеральной ассамблеей ВМА, Стокгольм, Швеция, сентябрь 1994. — Официальный русский текст // www.rada.gov.ua

6. Матеріали III Національного конгресу з біоетики. — Київ: АНУ. — 2007.
7. Международный кодекс медицинской этики. Принят 3-й Генеральной ассамблеей ВМА, Лондон, Англия, октябрь 1949 г., внесены поправки 22-й Всемирной медицинской ассамблеей, Сидней, Австралия, август 1968 г., 35-й Всемирной медицинской ассамблеей, Венеция, Италия, октябрь 1983 г. Официальный русский текст // www.rada.gov.ua
8. Загальна Декларація про геном людини // www.un.org/english/document/convent/chronkom.htm
9. Закон України „Основи законодавства України про охорону здоров'я” // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 22. — Ст. 199.
10. Закон України „Про заборону репродуктивного клонування людини” // Відомості Верховної Ради. — 2004. — № 44. — Ст. 17
11. Закон України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини” // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 41. — Ст. 377.
12. Збірка договорів Ради Європи. Парламентське видавництво: Київ, 2000.
13. Інструкція МОЗ України “З визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості” від 29 березня 2006 р.
14. *Короткий Т.Р.* Правовые аспекты клонирования человека // Антологія біоетики. — Львів: БАК. — 2003.
15. *Приссе-Виньо Франсуаза.* От биоэтики к этике медицинской // Требования биоэтики: медицина между надеждой и опасением. — К.: Сфера — 1999.
16. Указ Президента України “Про клятву лікаря” від 15 червня 1992 р. № 349 // Збірник Указів Президента від 30 червня 1992. — № 2.
17. *Burgess J.A. Tawia S.A.* When Did You First Begin to Feel it? // Bioethics. — 1996. — № 10.
18. *Gertler G.B.* Brain Birth: A Personal for Defining when a Fetus is Entitled to Human Life Status // Southern California Law Review. — 1986. — № 59.
19. *Goldening J.M.* The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humaneness // Journal of Medical Ethic. — 1985. — № 11.
20. *Chyrowicz B.* Bioetyka i ryzyko. — Lublin. — 2000.
21. *Ford N.M.* When did I Begin? Conception of the Human Individual in History, Philosophy and Science. — Cambridge. — 1988.
22. *Lones O.* The Problematic Symmetry between Brain Birth and Brain Death // Journal of Medical Ethic. — 1998. — № 24.
23. *Malheber J.F.* L'embryon est-il une personne humaine? // Lumier et Vie. — 1985. — № 172.
24. *McLaren A.* Prelude to embryo genesis // Warnock Committee: Report of inquiry into human fertilization and embryology. — Her Majesty's Stationery Office. — London. — 1984.
25. *Serra A.* Embrione umano, scienza e medicina — In margine al recente documento vaticano // La Civiltà Catolica II (1987).
26. *Potter Van Rensselaer.* Bioethics: Bridge to the Future. — Prentice-Hall Inc., New Jersey.
27. Warnock Committee: Report of inquiry into human fertilization and embryology. — Her Majesty's Stationery Office. — London. — 1984.
28. *Wnukiewicz-Kozłowska A.* Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim. — Dom wydawniczy ABC. — 2004.

РЕЗЮМЕ

Представленная статья касается этических и правовых проблем определения правового статуса эмбриона.

SUMMARY

This article concerns the ethic and law problems of the legal capacity of embrion.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 08.11.07



*Р.М. Гура,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)*



*Н.М. Божагора,
студентка
(Академія адвокатури України)*

Товариство з обмеженою відповідальністю (правовий аналіз)

Ключові слова: *ТОВ, статутний капітал, учасник, ризик, збитки.*

Найефективнішими і, відповідно, найпоширенішими формами здійснення підприємницької діяльності у більшості країн світу є господарські товариства. Серед них перевага віддається тим, які передбачають обмеження відповідальності своїх учасників внесками до статутного капіталу товариства, тобто товариствам з обмеженою відповідальністю (далі за текстом — ТОВ). Тому на законодавчому рівні важливим є постійне удосконалення правового регулювання цієї форми підприємництва.

Розглянемо деякі питання, пов'язані з правовим регулюванням створення та діяльності ТОВ.

1. Визначення ТОВ міститься одразу у трьох нормативних актах:

- Цивільному кодексу України 2003 р. (далі за текстом — ЦК) [5];
- Господарському кодексу України 2003 р. (далі за текстом — ГК) [1];
- Законі України “Про господарські товариства” від 19 вересня 1991 р. (далі за текстом — Закон) [2].

Викликає сумніви доцільність формулювання визначення у більш, ніж одному законі чи кодексі. Відповідно до теорії права

законодавче визначення повинно містити всі істотні ознаки правової категорії і повністю розкривати її зміст. Неоднозначне або неповне визначення певного об'єкта призводить до різного розуміння його правового статусу і обумовлює проблеми правозастосування.

Відповідно до ч. 1 ст. 140 ЦК ТОВ є засноване одним або кількома особами товариство, статутний капітал якого поділений на частки, розмір яких встановлюється статутом [5].

Згідно із ч. 3 ст. 80 ГК ТОВ є господарське товариство, що має статутний фонд, поділений на частки, розмір яких визначається установчими документами, і несе відповідальність за своїми зобов'язаннями тільки своїм майном [1].

Схоже визначення міститься у ст. 50 Закону: ТОВ визнається товариство, що має статутний фонд, розділений на частки, розмір яких визначається установчими документами [2].

Саме законодавче визначення містить в собі суперечливі положення. Якщо статутний капітал товариства складається з часток, то яким чином його можна буде поділити при створенні товариства однією особою? Увагу на те, що створення ТОВ однією особою не виключає обов'язковості поділу статутного

капіталу на частки звертають також А.Г. Ярема і В.Г. Ротань [3].

Таку неузгодженість, на нашу думку, можна усунути, встановивши окрему норму у ст. 140 ЦК, яка б містила зауваження щодо цілісності і неподільності статутного капіталу ТОВ у випадку його створення однією особою. Одночасно слід внести зміни до ч. 3 ст. 80 ГК та до ст. 50 Закону, оскільки ця норма взагалі не містить положення про те, що засновником ТОВ може бути одна особа.

2. Відповідно до ч. 2 ст. 141 ЦК ТОВ не може мати єдиним учасником інше господарське товариство, учасником якого є одна особа; особа може бути учасником лише одного ТОВ, яке має одного учасника [5]. Вказана норма спрямована на обмеження можливостей фізичних та юридичних осіб самостійно створювати ТОВ. Надавши їм право одноосібного створення ТОВ, законодавець обмежив кількість таких ТОВ до одного, щодо кожної з осіб.

Виникає питання щодо логічності та доцільності такої норми. Кожен законодавчий припис повинен бути обґрунтований з точки зору теорії конкретної галузі права і спрямований на впорядкування суспільних відносин та захист інтересів їх учасників. Чиї права або інтереси можуть бути порушеними у разі створення фізичною особою не одного, а декількох ТОВ? Чому, з точки зору законодавця, недоцільно створення однією особою двох або трьох ТОВ? На нашу думку, аргументованої відповіді на ці питання немає.

Можна припустити, що таким чином законодавець хотів попередити випадки створення ТОВ без забезпечення майнової самостійності товариства. Однак дана норма не є досконалою. Адже закон не забороняє одній і тій же особі створити декілька ТОВ спільно з іншими суб'єктами господарювання, в т.ч. і з тим ТОВ, засновником якого є така особа.

Доцільно було б змінити ЦК, виключивши із ст. 141 заборону створення більш, ніж одного ТОВ, однією особою чи господарським товариством, учасником якого є одна особа. Це, на нашу думку, буде відповідати сучасним ринковим відносинам та попередить використання тіньових схем при створенні суб'єктів господарювання.

3. Слід також звернути увагу на те, що законодавство України не містить положення про максимальну кількість учасників ТОВ. Хоча згідно із ч. 1 ст. 141 ЦК максимальна кількість учасників товариства з обмеженою відповідальністю встановлюється законом [5]. У врегулюванні цього аспекту діяльності ТОВ ми підтримуємо думку таких вчених, як А.Г. Ярема, В.Г. Ротань, І.А. Бірюков, Ю.О. Заїка про те, що необхідною є законодавчо встановлена кількість учасників, за якої ТОВ повинно бути перетворено в акціонерне товариство (як цього вимагає ст. 141 ЦК). В іншому випадку таке ТОВ повинно бути ліквідовано, якщо кількість його учасників не зменшиться до встановленої законодавством межі [3; 6].

Відсутність відповідної норми в законодавстві робить неможливим застосування ч. 1 ст. 141 ЦК на практиці.

4. Вважаємо неточним формулювання, яке міститься у ч. 2 і ч. 3 ст. 50 Закону: учасники товариства несуть відповідальність в межах їх вкладів [2]. У випадках, передбачених установчими документами, учасники, які не повністю внесли вклади, відповідають за зобов'язаннями товариства також у межах невнесеної частини вкладу.

Дане положення суперечить сутності і тим ознакам, які притаманні юридичній особі. Адже юридична особа є самостійним учасником цивільних правовідносин, а її майно відокремлене від майна учасників. Отже учасники ТОВ не можуть нести відповідальність за її зобов'язаннями, а лише несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства.

Якщо звернутись до ч. 2 ст. 140 ЦК, читаємо більш прийнятне правило: учасники товариства з обмеженою відповідальністю не відповідають за його зобов'язаннями і несуть ризик збитків, пов'язаних з діяльністю товариства, у межах вартості своїх вкладів [5].

Положення про ризик збитків, який несуть учасники ТОВ в межах своїх вкладів, міститься і в ч. 3 ст. 80 ГК.

Таким чином, ст. 50 Закону потребує внесення відповідних змін для її узгодження з ЦК та ГК.

5. Нечітко врегульованим у законодавстві є порядок виходу учасника з товариства з обмеженою відповідальністю.

Відповідно до ст. 64 Закону учасника товариства з обмеженою відповідальністю, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей товариства, може бути виключено з товариства на основі рішення, за яке проголосували учасники, що володіють у сукупності більш як 50 відсотками загальної кількості голосів учасників товариства. При цьому цей учасник (його представник) у голосуванні участі не бере. Виключення учасника з товариства призводить до наслідків, передбачених статтями 54 і 55 Закону [2].

При цьому законодавець не розробив чіткої процедури виключення учасника з ТОВ. Оціночними є такі поняття, як “систематичне невиконання обов'язків”, “неналежне виконання обов'язків”, “перешкоджання своїми діями досягненню цілей товариства”. Не визначений також порядок скликання зборів, на яких вирішуватиметься питання про виключення учасника.

На нашу думку, слід чітко законодавчо визначити процедуру виключення учасника ТОВ. Інакше, на практиці існує можливість зловживань, пов'язаних з використанням даної норми, а також підстави для судових спорів, де суддя прийматиме рішення, виходячи з власної оцінки понять, використаних законодавцем.

Про таку необхідність зазначає також С.В. Хєда [4]. Крім того, науковець звертає увагу на те, що недосконалість законодавства у цій сфері “утримує багатьох іноземних інвесторів від використання товариства з обмеженою відповідальністю як форми ведення господарської діяльності на території України” [4].

6. Необхідно звернути увагу на законодавче регулювання скликання зборів учасників ТОВ. Процедура скликання зборів визначена у ст. 61 Закону [2]. Проте, як зазначає С.В. Хєда, “існує ризик визнання угоди недійсною (якщо така угода потребує затвердження зборами) через недотримання процедури скликання, навіть якщо на зборах були присутні всі учасники” [4]. Ми підтримуємо думку науковця про те, що ст. 61 Закону необхідно доповнити наступною нормою: „Неналежно скликані

збори учасників визнаються дійсними у випадку присутності на них всіх учасників” [4]. Таким чином законодавець зможе попередити випадки зловживання несумлінними учасниками своїми правами для визнання “невигідних” їм рішень ТОВ недійсними.

7. Звернувши увагу на правове регулювання товариства з обмеженою відповідальністю, необхідно також зазначити про суперечність цивільного та банківського законодавства.

ЦК не містить вимоги про нотаріальне посвідчення договору про створення товариства з обмеженою відповідальністю.

Відповідно до п. 4.2 Інструкції “Про порядок відкриття, використання і закриття рахунків у національній та іноземних валютах”, затвердженої Постановою Правління Національного банку України № 492 від 12 листопада 2003 р., під час відкриття поточного рахунку для формування статутного фонду (статутного або складеного капіталу, пайового або неподільного фонду) суб'єкту господарювання — юридичній особі (крім банків) необхідно надати банкові (крім інших документів) один примірник оригіналу установчого документу або його копію, засвідчену нотаріально. При цьому не враховано правила ЦК, а саме:

- ч. 1 ст. 209 — правочин підлягає нотаріальному посвідченню тільки у випадках, установлених законом [5];
- ч. 1 ст. 42 — яке не встановлюється обов'язок нотаріально посвідчувати договір про створення ТОВ чи його копії [5].

Доцільно привести підзаконний правовий акт у відповідність із Законом, дозволивши при відкритті рахунку у банку пред'явити оригінал договору про створення ТОВ та його копію (звичайну, не нотаріально засвідчену) для того, щоб банк міг переконатись у достовірності поданого документу.

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що законодавче регулювання створення та діяльності товариства з обмеженою відповідальністю містить прогалини і недоліки. На нашу думку, доцільно внести наступні доповнення в нормативне регулювання даної форми господарювання:

- встановивши окрему норму у ст. 140 ЦК, яка б містила зауваження щодо цілісності і неподільності статутного капіталу товариства з обмеженою відповідальністю у випадку його створення однією особою (з одночасним редагуванням ч. 3 ст. 80 ГК та ст. 50 Закону);
 - законодавчо визначити максимальну кількість учасників ТОВ;
 - у ст. 50 Закону замість “відповідальності учасників за зобов’язаннями ТОВ”, використовувати фразу “ризик збитків, які вони несуть у зв’язку з діяльністю ТОВ”;
 - чітко прописати процедуру виходу учасника з товариства з обмеженою відповідальністю;
 - внести зміни у ст. 61 Закону, встановивши виняток із загального правила, за якого збори учасників ТОВ визнаються дійсними;
 - привести у відповідність норми банківського законодавства з нормами ЦК.
- Ми вважаємо, що вказані доповнення та уточнення вдосконалять правове регулювання ТОВ та практичне застосування відповідних норм.

Список літератури:

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18. — Ст. 144.
2. Закон України “Про господарські товариства” від 19 вересня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.
3. Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / За ред. А.Г. Яреми, В.Г. Ротаня — К.: Реферат, 2005. — 336 с.
4. Хєда С.В. Правове регулювання участі іноземних юридичних осіб у цивільних правовідносинах (порівняльно-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Київ, 2004.
5. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40. — Ст. 356.
6. Цивільне право України. Загальна частина / За ред. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заїки. — К.: КНТ, 2006. — 480 с.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена дослідженню законодавчо неурегульованих і спорних питань, що стосуються створення і функціонування товариства з обмеженою відповідальністю.

SUMMARY

The article is devoted to the investigation of the questions that concern creating and functioning of the limited responsibility company and are not regulated in law way or their regulation is disputable.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

Подано 12.11.07



В.К. Грищук,
професор
(Академія адвокатури України)

Питання кримінальної відповідальності юридичних осіб в Англії, США, Франції та Республіці Польща

Ключові слова: кримінальна відповідальність, покарання, юридична особа.

Постановка проблеми. Впродовж ХХ сторіччя на міжнародному рівні неодноразово ставилося питання про доцільність кримінальної відповідальності юридичних осіб. Так, міжнародні конгреси з кримінального права в Бухаресті (1929 р.), в Римі (1953 р.), в Афінах (1957 р.) висловилися за введення такої відповідальності. Міжнародний трибунал щодо злочинів нацистів в ході Нюрбергського процесу визнав, що держава та її організації можуть підлягати кримінальній відповідальності за міжнародні злочини. Європейський комітет з проблем злочинності Ради Європи (1973 р.) запропонував парламентам держав, що є членами Ради Європи, визнати юридичних осіб суб'єктами злочину. Ця пропозиція була підтримана сьомим конгресом ООН з питань попередження злочинності і поводження зі злочинцями (1985 р.). Врегулюванню питань кримінальної відповідальності юридичних осіб присвячена і ст. 18 Міжнародної конвенції про кримінальну відповідальність за корупцію (1999 р.). Комітет Міністрів Ради Європи прийняв 20 жовтня 1988 року Рекомендацію № R (88) 18 щодо доцільності встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб. В ній виділено **десять принципів** на яких доцільно ґрунтувати кримінальну відповідальність юридичних осіб.

Перший з них стосується кола злочинів, за які доцільно встановлювати кримінальну

відповідальність. Зазначимо, що чіткого переліку злочинів, за вчинення яких доцільно встановлювати кримінальну відповідальність юридичних осіб, в Рекомендації, Додатку та Меморандумі немає. В Рекомендації звертається увага на необхідність застосування кримінального права для захисту навколишнього середовища, у боротьбі з економічними правопорушеннями та для захисту прав споживачів. Правда, в ст. 1 Додатку до Рекомендації міститься пропозиція більш широкого змісту — застосовувати кримінальну відповідальність за правопорушення, вчинені юридичними особами під час ведення ними своєї діяльності, включаючи випадки, коли правопорушення не зв'язане з виконуваними юридичними особами завданнями.

Другий принцип закріплений в ст. 2 Додатку до Рекомендації № R (88) 18. Суть його полягає в наступному: таке підприємство підлягає кримінальній відповідальності незалежно від того, чи була встановлена конкретна фізична особа, в діянні якої є склад злочину.

Третій принцип стосується покарання юридичних осіб — підприємств. Необхідність притягнення юридичної особи до кримінальної відповідальності доцільна в тих випадках, коли цього вимагає характер правопорушення, ступінь вини юридичної особи — підприємства, наслідки правопорушення для суспільства і необхідність попередження правопорушень. В таких випадках, як вказано в ст. 21

Меморандуму з коментарем до Рекомендації № R (88) 18, може виявитись необхідність відійти від традиційних концепцій вини і використати систему відповідальності, засновану на соціальній вині. Йдеться, зокрема, про так звану “сувору відповідальність”, коли для притягнення підприємства — юридичної особи до кримінальної відповідальності достатньо встановлення лише самого факту вчинення правопорушення і не потрібно доведення вини правопорушника. Наприклад, при торгівлі неякісними чи фальсифікованими продуктами харчування, незаконному зберіганні і поширенні наркотиків, порушенні санітарних правил, правил пожежної безпеки, правил охорони праці і т.п.

Поряд з кримінальною відповідальністю доцільно використовувати адміністративну відповідальність, коли стягнення на підприємства накладаються адміністративними органами під контролем суду. Тобто, пропонується так звана квазі-кримінальна відповідальність.

Четвертий принцип. Підприємство — юридична особа має звільнитися від відповідальності в тих випадках, коли керівні органи підприємства не були задіяні у вчиненні правопорушення і приймали всі необхідні заходи для попередження його вчинення.

П’ятий принцип — принцип кумулятивної відповідальності. Притягнення до кримінальної відповідальності підприємства — юридичної особи не повинно звільняти від кримінальної відповідальності фізичних осіб, задіяних у вчиненні злочину. Зокрема, службові особи апарату управління цього підприємства можуть підлягати кримінальній відповідальності за невиконання покладених на них обов’язків.

Шостий принцип. При встановленні кримінальної відповідальності підприємств — юридичних осіб мають переслідуватися наступні цілі: запобігання вчинення злочинів і відшкодування шкоди, заподіяної потерпілим.

Сьомий принцип. До підприємств — юридичних осіб, що вчиняють злочини, доцільно, зокрема, застосовувати такі покарання, стягнення і заходи: попередження; догана; покладення обов’язку; штраф або інше фінан-

сове стягнення; конфіскація майна, що було задіяне у вчиненні правопорушення (знарядь, засобів вчинення злочину) або набуте внаслідок протиправної діяльності; заборона на певні види діяльності підприємства — юридичної особи, наприклад, заборона на ведення справ з державними органами; позбавлення фінансових пільг і субсидій; заборона на рекламу товарів і послуг; відкликання ліцензії; зняття службових осіб з зайнятих посад; призначення судом тимчасового управління підприємством; закриття підприємства; ліквідація підприємства; стягнення компенсації і (або) реституції на користь потерпілого; відновлення попереднього стану; опублікування рішення про накладення покарання, стягнення чи іншого заходу впливу.

Восьмий принцип. Вибір покарання, стягнення чи іншого заходу впливу, особливо коли вони є фінансового характеру, має ґрунтуватися на врахуванні економічної вигоди, одержаної підприємством — юридичною особою від незаконної діяльності.

Дев’ятий принцип. Для запобігання вчинення правопорушень і виключення протидії з боку підприємства — юридичної особи застосуванню до нього покарань, стягнень або заходів впливу, компетентні органи повинні вжити проміжкових заходів до винесення основного рішення про покарання, стягнення чи інший захід впливу. Зокрема, судова заборона підприємству — юридичній особі розпоряджатися тією частиною майна, яка необхідна для сплати штрафу чи компенсації шкоди потерпілому.

Десятий принцип. З метою забезпечення належної ефективності діяльності компетентних органів у боротьбі зі злочинною діяльністю підприємств — юридичних осіб, доцільно забезпечити введення відомостей про такі підприємства, вчинені ними правопорушення та застосування до них покарань, стягнення чи інші заходи впливу у спеціальні реєстри.

Рекомендація Кабінету Міністрів держав членів Ради Європи від 20 жовтня 1988 р. № R (88) 18 була прийнята в той час, коли в ряді держав Європи проводилися чергові кодифікації кримінального законодавства. Характерною їх рисою стало визнання юридичної особи в КК ряду держав суб’єктом

злочину. Зокрема, таке визнання відбулося в Нідерландах (1976 р.), в Португалії (1982 р.), в Фінляндії (1995 р.), в Китаї (1997 р.). Крім Англії, США, Франції, Нідерландів, Португалії, Фінляндії, Китаю, юридична особа визнана суб'єктом злочину в Шотландії, Канаді, Данії, Люксембурзі. В таких державах як Німеччина, Швеція, Італія, Іспанія, Бельгія в тій чи іншій мірі законом допускається квазі-кримінальна (кримінально-адміністративна) відповідальність юридичних осіб [3, 69–70].

Стан дослідження проблеми. В доктрині кримінального права України немає спеціальних монографічних досліджень даної проблематики.

Мета наукової статті — повернути увагу вчених-криміналістів до аналізу проблем кримінальної відповідальності юридичних осіб в зарубіжних державах.

Виклад основних положень. Щодо встановлення інституту кримінальної відповідальності юридичних осіб в Англії слід зазначити, що така можливість початково виключалася, що реалізовувалось через вимогу права про те, що підсудний сам особисто повинен з'явитися в суд, а також через заборону явки в суд в особі баррістера (представника). Однак згодом це правило було скасовано. Як пише К. Кенні [6, 69], “якщо який-небудь злочин і було вчинено за вказівкою корпорації, то переслідування кримінального характеру ведуться проти окремих осіб, але не проти самої корпорації як винної у вчиненні злочину”. Зазначалося, що корпорація не існує реально, не може мати волі і відповідно, не може мати винної волі. Також говорили, що якщо навіть визнати, що юридична фікція, яка наділяє корпорацію фіктивним існуванням, може бути розширена настільки, щоб наділити її фіктивною волею, то і в цьому випадку дії, які тільки і могли бути приписані утвореній таким чином фіктивній волі, повинні обмежуватися діями, пов'язаними з цілями, для здійснення яких була створена корпорація. Якщо так, то корпорація не може вчинити злочину, тому що всякий злочин вчинений нею, був би *ultra vires* (це позастатутні дії юридичної особи, що визначаються за загальним правом недійними). Більше того, корпорація позбавлена не тільки свідомості, а й тіла, тому не може бути піддана

звичайному покаранню. “Можете повісити на шибеницю її печатку?” — запитував адвокат в часи Якова II [6, 70].

Однак за умови комерційного обігу другої половини ХХ ст., корпорацій стало так багато, що надані їм можливості правами створювати попередніми імунітетними правами створювати серйозну загрозу для суспільства. Тому теоретичні труднощі було відкладено в бік і сьогодні інститут кримінальної відповідальності юридичної особи в Англії існує.

“Кримінальне право — писав ще 1879 р. Р. Філлімор у коментарях з міжнародного приватного та публічного права — має справу з фізичними особами — істотами, що мислять, відчують, мають волю. Юридичні особи не мають цих атрибутів, хоча через представництво та систему управління воля визначених індивідів розглядається як воля корпорації. Для того, щоб мати підстави для застосування кримінального закону, необхідна індивідуальна воля” [2, 12].

Однак у середині ХІХ ст. в країнах загального права (Англія, США) суди почали в окремих випадках притягати до кримінальної відповідальності корпорації за невиконання власних обов'язків, покладених законом, а потім і за неналежне вчинення правомірних дій, результатом яких стало заподіяння шкоди суспільству. Слід підкреслити, що ця шкода повинна мати такий рівень суспільної небезпеки, що застосування санкцій інших галузей права фактично було неадекватне даній шкоді.

У 1846 р., лорд Детлем виніс рішення в справі “The Queen vs Great North of England Railway Co.” (королева проти компанії Велика залізниця Півночі Англії), в якому вказав, що корпорації можуть визнаватися суб'єктом злочину за вчинення неналежним чином правомірних дій [2, 12]. Сучасний закон визнає організацію окремою юридичною особою і з цього випливає, що організація може підлягати кримінальній відповідальності за свої дії та бездіяльність. Вважається, що організація діє через своїх управителів та службовців. Можна визнати, що організація порушує закон, проте притягнення її до кримінальної відповідальності становить очевидні юридичні проблеми. Організації можуть бути юридичними сутнос-

тями, але як можна точно визначити, хто відповідає за їхні дії? Та чи можна орієнтуватись тут на якісь принципи? [5, 68]. Як відповідь на ці запитання Пітер Лейленд наводить наступні приклади із судової практики.

“H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd” проти “T.J. Graham & Sons Ltd.” (1997). Лорд-суддя Денінг скористався порівнянням з людським тілом, щоб спромогтися розмежувати руки (службовців) та мозок (керівників, власників). Власне мозок можна ототожнити з контрольним розумом та волею компанії. Головне ж полягає в тому, що необхідно довести наявність причинного зв'язку між мозком та руками і тоді компанію можна притягати до відповідальності. Ці міркування були наведені при судовому розгляді справи універмагу “Tesco” проти Нетреса (1972). Фабула справи полягає в тому, що пенсіонер хотів купити товар за ціну, вказану на рекламному плакаті, який висів у приміщенні універмагу, але цього товару не виявилось. За позовом пенсіонера універмаг звинуватили за законом 1968 р. про опис товарів. “Tesco” — це широка мережа універмагів, які стали доводити, що в компанії існує суворий контроль, а брак цього конкретного товару стався з вини директора цього універмагу. Палата Лордів ухвалила, що директор окремого універмагу не має достатньої влади в самій компанії й через це не може її представляти та відповідати за ці протиправні дії. Іншими словами, директор стояв дуже далеко від “мозку” компанії. Така ситуація дала змогу корпорації уникнути кримінальної відповідальності. Проблема, яка постає при розгляді багатьох справ, — розмір штрафів, що не пов'язаний з обсягом заподіяної шкоди та спроможністю організацій платити [5, 69].

Аналізуючи судову практику, Пітер Лейленд переходить до злочинів з більшою суспільною небезпекою — вбивств з вини корпорації. Зокрема, у червні 1989 р., невдовзі після катастрофи парома “Herald of Free Enterprises”, директор служби кримінального переслідування під великим тиском громадськості вирішив висунути обвинувачення стосовно окремих членів екіпажу та проти компанії “P.L.O”. Майже двісті осіб загинуло в наслідок того, що паром перекинувся,

впливши з гавані з навстіж відчиненим носовим люком. Зрештою, обвинувачення зняли за браком доказів, жодна особа, що посідала становище одного з елементів контрольного розуму компанії, не мала необхідних *actus resus* (дія) та *mens rea* (вина) простого вбивства. Хоча суддя Тернер, який розглядав справу, інструктував присяжних виправдати, заявив, що компанію в принципі можна переслідувати за просте вбивство. Він зазначив, що у великих компаніях вкрай важливо визначити службовців з контрольними функціями, які часто дуже далекі від місця, де відбувається головна діяльність компанії. А навіть коли буде подоланий цей бар'єр, згідно з теперішнім правом, потрібно буде визначити індивідуальні *mens rea* та *actus resus* конкретного службовця. З часу розгляду судової справи паромної компанії “P.L.O” суд розглянув ще одну справу, але мова йшла про меншу компанію. Фактично в англійському кримінальному праві організацію засудили за просте вбивство з її вини в грудні 1994 р. Цей вирок оголосили після трагедії в затоці Лайн-бей, коли загинуло кілька школярів. Фабула справи полягає в тому, що група підлітків разом зі своїми вчителями вирушила в подорож на каное до відпочинкового центру. Хоча діти не тренувались попередньо й не мали жодного досвіду, їх вивели в море попри непогоду й неадекватні заходи безпеки. Недовго й проплили, як опинились у скруті. Мало не всі каное перекинулись, два хлопчики та дві дівчинки втопились. Під час судового розгляду оприлюднили свідчення, згідно з якими директор центру не звертав достатньої уваги на попередні зауваження стосовно підвищення безпеки. Пітера Кайта, директора, та його компанію “OLL Ltd” звинуватили в простому вбивстві. Компанію оштрафували на 60000 фунтів стерлінгів, а Пітера Кайта засудили до трьох років позбавлення волі. Цікаво, що суд виправдав інструктора, що був із дітьми в момент трагедії.

У США, на фоні економічного зростання, збільшення кількості корпорацій, підвищення їх ролі в суспільному житті постала необхідність більш жорсткої регламентації та контролю за їх діяльністю. На початку XX ст. Конгрес США в Акті Елкінса (Elkins

Act) сформулював положення, що дія чи бездіяльність службовця корпорації в межах своїх повноважень вважається дією чи бездіяльністю самої корпорації. Це положення 1909 р. розглянув Верховний Суд США на предмет його конституційності по справі “New York Central & Hudson River Railroad Co.” vs “United States”. При слуханні апеляції на обвинувальний вирок проти New York Central за порушення Акту Елкінса адвокат аргументував невідповідність Конституції розділу I Акту про відповідальність корпорації за дії службовців, агентів та співробітників тим, що накладання штрафу на корпорацію за дії її співробітників зводиться до відбирання грошей у безневинних акціонерів та їх покарання без належного судового процесу. Верховний Суд не погодився з таким твердженням, визнавши можливість кримінальної відповідальності корпорацій [2, 12].

Саме з цього рішення в США фактично й почалася робота щодо внесення змін та доповнень до відповідного законодавства. Конгрес США прийняв низку законів, які дозволили притягати до кримінальної відповідальності корпорації: за порушення законодавства про охорону навколишнього середовища, фінансових постанов, поставку споживчих продуктів небезпечних для життя та здоров'я тощо.

Американські дослідники Маршал Клайлард та Петер Йегер відокремлюють шість Основних видів корпоративних злочинів у сфері економічної злочинності: 1) порушення адміністративних актів та постанов (недотримання урядових постанов та розпоряджень про відклик бракованих товарів чи відмову від будівництва повітряно-очисних споруд); 2) порушення природоохоронних розпоряджень, забруднення повітря та води, забруднення місцевості нафтою чи хімічними продуктами; 3) фінансові правопорушення (протизаконні субсидії політичних організацій, підкуп політиків, порушення валютного законодавства та ін.); 4) недотримання положень про захист та безпеку праці (дії, що суперечать положенням про працю та зарплату, в тому числі дискримінація найманих працівників за ознакою статі, раси чи релігії); 5) виробничі злочини (наприклад, виробництво та продаж ненадійних та таких,

що становлять загрозу для життя автомобілів, літаків, автопокришок, приладів, що завдають шкоди здоров'ю товарів, ліків тощо); 6) нечесна торгова практика (наприклад, порушення умов конкуренції, встановлення договірних цін та нелегальний поділ ринку) [2, 12].

У 1978 р. Генеральний атторней штату Індіана висунув компанії Форд звинувачення у вбивстві трьох осіб, які згоріли у автомобілі марки “Пінто”. Розслідування встановило, що керівництво компанії випустило автомобіль цієї марки в продаж, знаючи, що бензобак розміщений у небезпечному місці і може вибухнути у відповідній аварійній ситуації. Ця справа стала першою в історії американського правосуддя, коли корпорації було висунуто обвинувачення у вбивстві.

Аналізуючи чинне кримінальне законодавство США, можна одразу зауважити декілька моментів. Цікавим є саме визначення поняття “юридична особа”. Так, Звід Законів США у розділі 18 (злочини та кримінальний процес) визначає термін “юридична особа” як будь-яку особу, крім фізичної особи. А в статті 10 Кримінального кодексу штату Нью-Йорк зазначається: “Особа” означає людину, а необхідних випадках публічну чи приватну корпорацію неінкорпороване об'єднання, товариство, уряд чи урядову установу” [8, 352]. Законодавство США визнало суб'єктом злочину державу, оскільки прямо передбачило таку можливість у наведеному вище визначенні. Безперечно, цей факт свідчить про одне — високий рівень розвитку суспільства взагалі, а також держави, зокрема.

Стосовно підстав кримінальної відповідальності юридичної особи, то вони окреслюються, наприклад, в § 20 ст. 20 Кримінального кодексу штату Нью-Йорк (кримінальна відповідальність корпорацій), а зокрема пункт 2 цієї статті: “Корпорація визнається винною у вчиненні посягання, якщо: а) поведінка, що представляє собою посягання, полягає у невиконанні покладеного правом на корпорацію спеціального обов'язку вчинити позитивні дії; або в) поведінку, що є посяганням, було здійснено санкціоновано, за наказом чи з необережності допущено радою директорів чи високопоставленим агентом-управляючим, що діяв у межах свого службового становища

та в інтересах корпорації; або с) поведінка, що є посяганням була здійснена агентом корпорації та коли посягання є: 1) місдиміномом чи порушенням; або 2) фелонією, описаною в § 71–2721 Законом “Про охорону навколишнього середовища”. При цьому “агент” — це директор, посадова особа корпорації чи будь-яка інша особа, уповноважена діяти в інтересах корпорації, а “високопоставлений агент управляючий” — це посадова особа корпорації чи інший агент, який володіє визначеною у відношенні формування політики корпорації чи керівництва функцією управління підпорядкованими службовцями.

Можна узагальнити та дійти наступних висновків. Юридична особа в США може підлягати кримінальній відповідальності: 1) за активну або пасивну поведінку; 2) поведінку, яка суперечить вимогам кримінального закону; 3) поведінку, виражену в діях агента, високопоставленого агента управляючого або керівного органу; 4) за діяння, яке учиняється в інтересах корпорації, або якщо не виконуються обов’язок корпорації.

Система покарань, що застосовується до юридичних осіб, є досить широкою. Зокрема, за Зводом законів США, до юридичної особи можна застосувати такі покарання як: а) строк пробації; б) сплата штрафу. Це основні види покарання, які можуть застосовуватися одночасно. Існують додаткові види покарання, як: а) наказ про кримінальну конфіскацію; б) наказ про повідомлення потерпілих; в) наказ про реституцію. Не передбачено таких видів покарань, як призупинення діяльності і ліквідація корпорації. Напевно, в цьому є свій сенс, бо законодавець пов’язує юридичну особу з робочими місцями, доходами в бюджет, тобто корпорація є частинкою економічної системи держави, якій не вигідно зменшувати кількість корпорацій, наслідком чого було б збільшення безробіття, додаткові виплати на соціальну допомогу тощо.

Аналізуючи вирішення питання кримінальної відповідальності юридичних осіб за чинним КК Франції, слід насамперед зазначити, що воно було найбільш дискусійним в період обговорення його проекту. Проте більшість все таки схилилась до думки, що ідея про “безвідповідальність” останніх є кроком

назад, регресом, а не прогресом в розвитку кримінального права [1, 494].

Незважаючи на розбіжність у поглядах правників, щодо доцільності встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб, за твердженням доповідачів паритетної комісії яка повинна була прийняти рішення з найбільш дискусійних питань проекту КК Франції М. Сапена та М. Рюдлофа, інститут кримінальної відповідальності юридичних осіб отримав підтримку обох палат парламенту: і Національної Асамблеї, і Сенату. Після довгого обговорення комісія прийняла наступні рішення:

1. Виключити можливість притягнення до кримінальної відповідальності тільки держави та місцевих органів самоуправління, якщо останні здійснюють функції, які не можуть бути делеговані іншим суб’єктам;

2. Встановити такі види покарань, які виключали б можливість розпуску і поміщення під судовий нагляд публічно-правових юридичних осіб, політичних партій, рухів, профспілок, тощо;

3. Уточнити, що поряд з відповідальністю юридичної особи можлива відповідальність і фізичної особи — виконавця чи співучасника цього ж злочинного діяння;

4. Ввести для юридичних осіб п’ятикратний розмір штрафу, встановлений для фізичних осіб, а у випадку рецидиву — десятикратний [7, 43–44].

Ці позиції знайшли своє відображення у ст. 121-2 чинного КК Франції згідно з якою, кримінальній відповідальності поряд з фізичними особами, можуть підлягати і юридичні особи, за винятком держави, за діяння вчинені на їх користь, їхніми органами чи представниками. Згідно з ч. 2 цієї ж статті до кримінальної відповідальності можуть притягуватись також територіальні одиниці і їх об’єднання, однак тільки за правопорушення, які можуть бути вчинені у зв’язку з діяльністю, яка є предметом договору про передачу державних повноважень. Мова йде про діяльність спрямовану на задоволення колективних потреб, наприклад, комунальних послуг. В рамках же повноважень, що відносяться до державного суверенітету, вони відповідальності не підлягають [9, 103]. Окрім цього, у відповідності

з ч. 3 ст. 121–2 КК Франції відповідальність юридичних осіб не виключає відповідальності фізичних осіб.

Перелік злочинів, за вчинення яких юридичні особи можуть підлягати відповідальності законодавець чітко визначив. До нього входять: умисне вбивство, геноцид, необережне вбивство, нанесення тілесних ушкоджень, створення загрози для життя фізичної особи, відмивання грошей, крадіжка, вимагання, шантаж, шахрайство, зловживання довір'ям, приховування майна, пошкодження комп'ютерних систем, дискримінація, звітництво, створення умов праці чи проживання, що ганьблять людську гідність, шпигунство, тероризм, корупція, підпал, підробка грошей, екологічні злочини.

Таким чином відповідальність юридичних осіб за КК Франції є:

- додатковою (поряд, а не замість фізичної особи);
- обумовленою (лише за діяння вчинені на користь юридичної особи її керівником чи представником);
- спеціальною (лише за діяння спеціально передбачені законом чи постановою) [4, 53].

Спеціальною є і система покарань, які можуть застосовуватись до юридичних осіб у випадку вчинення ними кримінальних правопорушень. У відповідності зі ст. 131–37 – 131–44 КК Франції встановлені такі види покарань:

- 1) за вчинення злочинів і деліктів:
 - штраф — максимальний розмір якого дорівнює п'ятикратному розмірові штрафу, передбаченому за це ж діяння для фізичних осіб;
 - ліквідація юридичної особи;
 - заборона повністю чи частково, на строк до 5 років займатись певними видами діяльності;
 - встановлення на строк до 5 років судового нагляду, який полягає в призначенні судового представника, функції якого визначаються судом.
 - закриття (повне чи часткове до п'яти років) всіх, одного чи декількох закладів підприємства, що використовувались для вчинення правопорушення;

- заборона (повна чи на строк до 5 років) укладення угод з державними організаціями;
- заборона (повна чи на строк до 5 років) залучення вкладів населення;
- заборона на строк до 5 років видавати чеки, за винятком тих, які дають змогу отримати готівку із вкладу чекодавця в присутності платника за чеком чи уповноважених осіб, чи використовувати кредитні картки;
- конфіскація предмета, який використовувався чи призначався для вчинення правопорушення чи предмета, який став його результатом;
- оприлюднення прийнятої судової постанови, чи поширення інформації про неї через пресу чи інші аудіовізуальні засоби розповсюдження інформації;

2) за вчинення проступків:

- штраф — максимальний розмір якого дорівнює п'ятикратному розміру штрафу, передбаченому за це ж діяння для фізичних осіб;
- заборона, на строк до 1 року видавати чеки, за винятком тих, які дають змогу отримати готівку із вкладу чекодавця в присутності платника за чеком чи уповноважених осіб, чи використовувати кредитні картки;
- конфіскація предмета, який використовувався чи призначався для вчинення злочинного діяння чи предмета, який став його результатом.

Окрім перерахованих основних покарань юридичній особі за вчинення правопорушень можуть призначатись такі додаткові покарання:

- конфіскація предмета, який використовувався чи призначався для вчинення злочинного діяння чи предмета, який став його результатом;
- заборона, на строк до 3 років (за вчинення правопорушень 5-го класу), видавати чеки, за винятком тих, які дають змогу отримати готівку із вкладу чекодавця в присутності платника за чеком чи уповноважених осіб, чи використовувати кредитні картки.

Як бачимо, види покарань, що можуть застосовуватись до юридичних осіб, є майновими санкціями, санкціями пов'язаними

з їх діяльністю (заборона чи обмеження) чи репутацією (опублікування чи афішування судового рішення).

Необхідно зауважити, що Республіка Польща пішла далі згаданих вище рекомендацій, встановивши кримінальну відповідальність не тільки юридичних осіб, але і інших колективних суб'єктів. Згідно закону Республіки Польща від 27 червня 2002 р. "Про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання", під поняттям "колективний суб'єкт" слід розуміти: 1) юридичну особу; 2) організацію, яка не має статусу юридичної особи, за винятком державної скарбниці, організації територіального самоврядування, їх об'єднань, а також органів держави і органів територіального самоврядування; 3) торгову організацію з участю державної скарбниці або організації територіального самоврядування або союз таких організацій; 4) союз капіталів в організації; 5) суб'єкта (організацію) в стані ліквідації; 6) підприємця, що не є фізичною особою; 7) іноземну організацію.

Відповідальність колективного суб'єкта є похідною від злочинної дії фізичної особи, яка: а) зробила цю дію від імені або на користь колективного суб'єкта у межах повноважень або обов'язків щодо його представництва, ухвалення в його інтересах рішення або виконання в його інтересах внутрішнього контролю. Ці дії фізичної особи є перевищенням її повноважень або неналежним виконанням покладених на неї обов'язків; б) допущена до діяльності внаслідок перевищення повноважень або неналежного виконання обов'язків особою, діючою від імені або на користь колективного суб'єкта (пункт "а" ст. 2 Закону); в) діє в інтересах або від імені колективного суб'єкта за згодою або з відома особи, вказаної в пункті "а" ст. 2 Закону; г) є підприємцем (не особою, вказаною в пункті "а" ст. 2 Закону). Колективний суб'єкт підлягає кримінальній відповідальності лише за таку злочинну дію вказаної вище фізичної особи, яка принесла або могла принести йому майнову або немайнову вигоду.

У статті 16 Закону "Про відповідальність колективних суб'єктів за дії, заборонені під загрозою покарання", чітко визначений перелік

злочинів, вчинення яких згаданою фізичною особою тягне за собою кримінальну відповідальність колективного суб'єкта. До їх числа належать окремі злочини проти: господарської діяльності; порядку страхування; діяльності щодо облігацій; порядку здійснення банківської діяльності; права промислової власності; порядку діяльності торгових союзів; порядку здійснення зовнішньоторговельних операцій; порядку виробництва і збуту зброї, вибухових матеріалів, військового спорядження, виробів і технологій військового або поліцейського значення; порядку грошового обігу, а також обігу цінних паперів; інтересів служби (хабарництво, платна протекція); порядку охорони інформації; достовірності документів; проти власності; проти сексуальної свободи і звичаїв; проти природи; проти публічного порядку; проти порядку конкуренції; проти інтелектуальної власності; проти порядку оподаткування і фінансових розрахунків; проти порядку стягнення митного збору і обороту товарів і послуг через кордон.

Для притягнення до кримінальної відповідальності колективного суб'єкта необхідним є наявність двох умов. По-перше, коли факт вчинення згаданою фізичною особою злочину, який є в переліку ст. 16 Закону, встановлений в судовому порядку і виражений у відповідному рішенні суду. По-друге, встановлено, принаймні, відсутність з боку колективного суб'єкта належних дій щодо підбору вказаної вище фізичної особи (вина щодо неналежного підбору фізичної особи), або відсутність, принаймні, належного за ним контролю, нагляду (вина в неналежному контролі, нагляді), або коли організація діяльності колективного суб'єкта не забезпечує уникнення вчинення злочину, але могла це забезпечити при дотриманні належної для даної ситуації обережності з боку колективного суб'єкта (вина щодо забезпечення нагляду).

Таким чином, є підстави стверджувати, що застосована польським законодавцем модель кримінальної відповідальності колективних суб'єктів базується на відомій теорії ідентифікації відповідальності, а також на теорії вини в неналежному виборі фізичної особи, вини в неналежному контролі, нагляді

за діяльністю колективного суб'єкта, вини в неналежній організації діяльності колективного суб'єкта.

Важливим є зафіксований в ст. 6 Закону принцип, згідно якому притягнення або непритягнення колективного суб'єкта до кримінальної відповідальності не виключає цивільно-правової, адміністративно-правової, а також індивідуальної кримінальної відповідальності фізичної особи, яка вчинила злочин.

Досить широкою є система покарань, які можуть застосовуватися судом до колективного суб'єкта. Серед них наступні покарання: 1) грошове покарання — в розмірі до **10% доходу**, одержаного колективним суб'єктом в році, що передує року винесення судом рішення. Але якщо цей дохід нижчий 1000 000 злотих (один долар США — близько трьох злотих), то грошове покарання може складати до **10% витрат** колективного суб'єкта в році, що передує року винесення судової ухвали (у обох випадках грошове покарання не може бути нижчим 5000 злотих); 2) заборона заохочення або рекламування здійснюваної діяльності, створених або перепродуваних виробів, послуг, засвідчення або надання свідоцтв; 3) заборона користуватися дотаціями, субвенціями або іншими формами фінансової допомоги з публічних засобів; 4) заборона отримання публічних замовлень; 5) заборона користуватися допомогою міжнародних організацій, членом яких є Республіка Польща; 6) заборона ведення певної основної або додаткової діяльності; 7) публікація вироку.

Закон передбачає можливості індивідуалізації покарання. Так, заборони, вказані вище в пунктах 2–6, визначаються на термін від одного до п'яти років. Що стосується грошового покарання, то воно може призначатися, залежно від виду вчиненого злочину, від одного до десяти відсотків, вказаних вище доходу або витрати (ст. 17–21). Разом з тим, заборони, згадані вище в п. 2–6, не застосовуються у випадках, коли їх використання може привести до занепаду або ліквідації колективного суб'єкта, або невиконанню ним обов'язків у зв'язку з розривом трудових відносин з працівниками за його ініціативою.

Окрім розглянутих покарань, до колективного суб'єкта може застосовуватися судом конфіскація: а) предметів, які хоча б побічно походять від вчиненої забороненої дії; б) предметів, які використовувалися або були призначені для здійснення забороненої дії; в) майнової вигоди, яка хоча б побічно походить від вчиненої забороненої дії; г) грошової вартості предметів або майнової вигоди, які хоча б побічно походять від вчиненої забороненої дії. Проте, конфіскація предметів, майнової вигоди або їх грошової вартості не застосовується у випадку, якщо вони підлягають поверненню іншому повноважному суб'єкту. Разом з цим суд покладає обов'язок на колективного суб'єкта повернути майнову вигоду, одержану внаслідок злочину згаданої вище фізичної особи. У тих випадках, коли колективний суб'єкт не одержав вигоди від вчиненої згаданою вище фізичною особою забороненої дії, суд може не призначати грошове покарання, застосувавши конфіскацію, певну заборону або публікацію вироку.

Повторне вчинення згаданою вище фізичною особою нової забороненої дії по закінченню п'ятирічного терміну з дня призначення судом грошового покарання, карається суворіше. Згідно зі ст. 13 Закону щодо такого колективного суб'єкта суд може застосовувати грошове покарання в розмірі, максимально передбаченого законом за здійснення даного злочину, збільшивши його на 50%. При цьому суд не обмежений щодо застосування такого покарання у випадку загрози занепаду або ліквідації колективного суб'єкта або невиконання ним обов'язків у зв'язку з розривом трудових відносин з працівниками за його ініціативою.

Висновок. Втілення в життя проголошеного Україною політичного курсу на інтеграцію в Європу пов'язане з імплементацією європейських правових стандартів до чинного українського законодавства. Повною мірою це стосується і кримінального законодавства і, зокрема, запровадження кримінальної відповідальності юридичних осіб.

Вивчення зарубіжного досвіду сприятиме реалізації цього завдання.

Список літератури:

1. *Rassat M.-L.* Droit pénal général. 2e édition mise à jour. Paris : PUF, 1999. — 669 p.
2. *Волженкин Б.В.* Уголовная ответственность юридических лиц: Серия: “Современные стандарты в уголовном праве и уголовном процессе”. — СПб, 1998. — 40 с.
3. *Крылова Н.Е.* Уголовная ответственность и основные черты // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. — № 3. — 1998.
4. *Крылова Н.Е.* Основные черты нового уголовного кодекса Франции — М.: “Спарк”, 1996. — 123 с.
5. *Лейленд П.* Кримінальне право: Злочин, покарання, судочинство: Англійський підхід. / 3 англ. пер. П. Тарашук. — К.: Основи, 1996. — 207 с.
6. *Стенхоуп К.К.* Основы уголовного права / Пер. с англ. В.И. Каминской; Под ред. Б.С. Никифорова. — М.: Изд-во. иностр. лит., 1949. — 600 с.
7. Уголовный кодекс Франции / Науч. редактирование Л.В. Головки, Н.Е. Крыловой; перевод с французского и предисловие Н.Е. Крыловой. — СПб.: Изд-во “Юридический центр Пресс”, 2002. — 650 с.
8. Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сб. законодательных материалов / Под ред. И.Д. Козочкина. — М.: Зерцало, 1998. — 352 с.
9. *Филипп Сальваж.* Уголовное право Франции. Общая часть: Учебное пособие. — Гренобль: Пресс Юниверситер де Гренобль; Н. Новгород: Изд-во Нижегородского ун-та, 2002. — 161 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются правовые основы уголовной ответственности юридических лиц в Англии, США, Франции и Республике Польша.

SUMMARY

Legal bases of criminal responsibility of (legal person) personalities in England, USA, France and Poland.

Рекомендовано кафедрою кримінального та адміністративного права

Подано 06.11.07



М.В. Гаращук,
аспірант
(Національний педагогічний університет
імені М.П. Драгоманова)
(Науковий керівник доцент Тищенко А.П.)

Генезис ідеї справедливого покарання у контексті європейської правової традиції нового часу

Ключові слова: *справедливе покарання, злочинне діяння, сумірна відповідальність, принцип індивідуалізації репресії.*

У Середньовіччі покарання часто мали вигляд нанесення тілесних ушкоджень шляхом тортур і страт. Це пов'язувалось із ідеєю про спокутування гріхів, що знайшла відображення у вченні Католицької церкви про “чистилище”. Саме поняття злочину ототожнювалось із гріхом.

Скільки часу і праці потрібно було, щоб загасити вогнище інквізиції! У цьому розумінні, дійсно “рукописи не горять”, адже можливим це стало, насамперед, завдяки працям учених — філософів, юристів, які відмовилися розглядати життя людини як термін довічного ув'язнення душі у темниці плоті. І якщо мова йшла про “дострокове звільнення”, то його робили можливим лише за участю уявного вищого судді, що прийме страждання, як спокутування провини, і пошле янгола смерті, як виконавця “пом'якшеного” вироку. Зауважимо, що інколи до розвитку їх ідей долучалися навіть теологи, які усвідомлювали, як далеко від проголошеної Христом істини відійшло людство.

Ретроспективний аналіз еволюції ідеї справедливого покарання та формування принципів пенітенціарної системи має запобігати повторенню старих помилок. Усвідомлення ідеї справедливості, як фундаменту права,

визначення взаємозв'язку концепції справедливого покарання із парадигмою “природного права” має сприяти формуванню нового типу мислення, що є запорукою будь-яких успішних суспільних трансформацій. Тут у нагоді стає історичний метод, що й зумовлює *мету* даного дослідження.

Реформування пенітенціарної системи України викликає потребу творчого переосмислення теоретичних і практичних надбань людства у цій царині, а це говорить про **актуальність** таких наукових розробок.

Окрім того, вітчизняна наукова спадщина потребує нових спеціальних праць, присвячених генезису цієї ідеї у руслі гуманістичної філософії Нової доби та її впливу на правотворення та пенітенціарну практику. Дослідження у цьому напрямі здійснювали Л. Білогриць-Котляревський, О. Кістяківський, А. Піонтковський, П. Струве, І. Фойницький, М. Чубинський, В. Артамонов, Л. Багрій-Шахматов, А. Герцензон, О. Джуґа, В. Дьомін, Ф. Кузнецов, М. Мелентьєв, В. Петков, Н. Пісоцька, П. Подимов, О. Пташинський, Г. Радов, М. Стручков, В. Трубніков, Г. Хохряков, І. Шмаров, І. Шинальський, Д. Ягунов, О. Яровий. На особливу увагу заслуговує дослідницька праця у цій площині

зарубіжних учених М. Фуко та П.-А. Альбрехта. Проте філософська ідея справедливості кримінального покарання не була предметом спеціального дослідження.

Зважаючи на ці фактори, доцільно зосередити дослідницький інтерес на таких **завданнях**:

- визначити місце ідеї справедливого покарання у політико-правових вченнях видатних європейських учених Нового часу та її взаємозв'язок із концепцією природного права;
- проаналізувати її вплив на розвиток правосвідомості та формування філософсько-правового базису сучасності.

Свого часу Л. Фейєрбах висловив думку, що філософія Нового часу започатковується тими вченими, які понад усе прагнули повернутися до древніх джерел, шукаючи “філософію у собі”, або “у великій книзі світу”. Принцип “поєднання протилежностей”, висловлений Д. Бруно, є принципом нової філософії, що відрізняє її від схоластизму, мірилом якого був закон формальної тотожності [10, 410].

Великим мислителем, який найповніше висловив головні ідеї “конструктивістського раціоналізму”, що й визначили подальший розвиток філософії Нового часу, був Р. Декарт. Оскільки для нього розум визначався як логічна дедукція з недвозначних засновків, розумна діяльність стала також означати лише таку діяльність, яка цілком зумовлюється відомою та доведеною істиною. Звідси майже неминуче випливає, нібито лише те, що є істинним у цьому сенсі, може забезпечити успіх, а тому все, чому людина завдячує своїми досягненнями, є продуктом її міркувань. “У творенні людського суспільства Декартові мав допомагати один лише людський розум” [13, 28].

Іноколи саме життя переконувало просвітників у тому, що зведена на п'єдестал всезагального визнання “істина в останній інстанції” може бути настільки давнім забобоном, що нащадки тих, хто його виголосив, перестають перейматися поясненням його сутності. У 1705 р. Х. Томазій завершив свою працю “Fundamenta juris naturalis et gentium”,

присвячену проблемам покарання. Головною його метою він вважає виправлення злочинця, забезпечення безпеки суспільства і заперечує як ціль покарання ідею спокутування. Остання, на його думку, належить до небесного, а не земного правосуддя. Спокутування є різновидом помсти, а це — не що інше, як жорстокість [14, 420].

Я. Фішер, — автор праці “De poenarum humanorum abusu” (1712 р.), — вважає необхідним для визначення справедливої кари зважати не тільки на інтереси суспільства, але й на інтереси злочинця. Покарання, на його думку, має на меті безпеку суспільства, але не можна приносити особистість злочинця у жертву цій безпеці [14, 425].

На думку Т. Гоббса, джерелом злочинної поведінки є:

- нерозуміння закону, наказу суверена, чи незнання про існування покарання за конкретне діяння;
- помилкові судження чи уявлення;
- несподіваний прояв сили пристрасей.

Усі злочини філософ пропонував розрізняти за характером їх причин, за їх здатністю справляти негативний вплив на суспільство, за небезпечністю їх наслідків, а також за особливостями місця, часу та осіб, що їх вчинили. Тобто, на ці фактори треба обов'язково зважати для забезпечення справедливості покарання. Наприклад, особа, що виявляє блюзнірське ставлення до закону, заслуговує на більш тяжке покарання, ніж та, якій це не притаманно [2, 357].

Основоположник лібералізму Дж. Локк, виголосив вимоги законності на противагу відвертому безправ'ю феодалізму. Принципи свободи і рівності він застосував і до кримінального права, надаючи великого значення покаранню, насамперед, як засобу виконання встановлених державою правил. Принцип пропорційності між тяжкістю злочину і тяжкістю покарання також знайшов відображення у теорії філософа, — у контексті дискусії про “закон природи”, згідно з яким той, хто проллє кров людини, заслуговує, щоб його кров була пролита від руки людини. Б. Утевський зазначав: “З цієї ж підстави, можливо, запитають у мене — чи може людина у природному стані

бути покараною смертю в силу того ж закону за менші провини? Я відповідаю: кожен злочин може бути покарано з такою силою і з такою строгістю, яких достатньо, щоб завдати шкоди злочинцю, дати йому привід для розкаяння і утримати страхом інших від вчинення таких же проступків” [9, 10].

Ф. Вольтер, розмірковуючи про справедливість покарань, ключовим для визначення його відповідності злочину і доцільності застосування вважав принцип гуманізму: “Я є Людина, і я вважаю, що мені притаманне усе людське”. Навіть закони, на його думку, часто відображають слабкості людей: вони завжди жорстокі там, де відсутнє милосердя. Тому “істинна юриспруденція полягає у тому, щоб запобігати злочинам, а не в тому, щоб убивати... Забезпечте, по можливості, допомогу всякому, хто спокуситься робити зло, і вам доведеться менше карати” [4, 64]. Ф. Вольтер розрізняє “природні” і “політичні” закони. Перші — ті, “які у всі часи усім людям вказує природа для підтримання тієї справедливості, яку вона, щоб там не казали, відобразила у наших серцях”. На його думку, доцільно було б ті злочини, які чиняться найчастіше і є проявом “людської природи”, карати, виходячи з інтересів не тільки суспільства, але й потерпілого та злочинця. Керуючись цією логікою, він мав на увазі потребу **порозуміння і примирення** між сторонами, яка була невід’ємною від каральної практики у багатьох древніх спільнотах. Це — майстерність правосуддя: поставити у конфлікті крапку, а не спровокувати помсту.

Ш. Монтеск’є вважав “необхідним, щоб між покараннями існувала взаємна гармонія; законодавець має прагнути того, щоб в першу чергу не здійснювалось тяжких злочинів, які завдають суспільству більшої шкоди, ніж менш серйозні” [6, 238]. Критика Ш. Монтеск’є спрямована проти характерного для феодалізму свавілля під час призначення покарання, коли в основі його дуже часто відображались суб’єктивні настрої суверена чи феодала. Окрім того, практику призначення покарань ускладнювали не тільки численні поправки до феодальних кодексів, але й відсутність принципів у цій сфері. “У нас дуже погано чинять, коли призначають однакове

покарання за грабіж на великій дорозі і за грабіж, що супроводжується вбивством. Очевидно, що тут варто було б, задля суспільної безпеки, встановити деяку відмінність у покараннях”. Негативним прикладом, на його думку, є закони Московського царства, згідно з якими злодіїв і убивць карали однаково. Така практика спровокувала “кривавий дуалізм” цих злочинів, виражений у приказці “мертві нічого не розкажуть”.

Заслугою Ш. Монтеск’є також є те, що він обґрунтував висловлену ще древніми філософами гіпотезу про те, що неминучість покарання є більш важливим, ніж його суворість. Філософ вважав, що будь-яке покарання, що не викликане прямою необхідністю, є тиранічним і несправедливим. Закон не є просто актом сили, а ті речі, що не є цінними по своїй природі, не слід відносити до сфери його охорони. Ця проста формула стала базовою для теорії кримінального права Нового часу і знаряддям критики архаїчних законів. Проте завдяки Ш. Монтеск’є наука здобула дещо більше: він досить оригінально “нагадав”, що основою методу дослідження явищ має бути можливість і необхідність будувати і перевіряти свої умовиводи з допомогою емпіричного досвіду.

Видатним теоретиком нової карної парадигми Ч. Беккарія, було сформульовано принцип відповідності покарання сутності злочину. Знайти для злочину відповідне і необхідне покарання — це знайти невідповідність, думка про яку буде такою, що позбавить найменшої привабливості думку про злодіяння. Ідеальна кара прозоро відображуватиме злочин, який вона карає. І не жорстокість покарання має більший вплив на душу людини, але його тривалість, адже почуття наші більш вразливі до слабких, але часто повторюваних вражень, ніж одного сильного, але скороминучого явища. Найголовніший засіб для досягнення цієї мети — виховання [5, 75].

Розвиток ідей кримінального права у Німеччині викликаний активізацією філософських досліджень наприкінці XVIII ст. Зокрема, заслуга Л. Фейєрбаха — відродження одного із найголовніших принципів кримінального права — “ніякого покарання без закону” (*nulla poena sine lege*). В основі його

теорії — твердження, що тільки точний зміст завчасно визначеної законодавцем норми міг би спонукати громадян до законопослушності. Звідси ж походить думка про можливість передбачення загрози покарання — його превентивна дія. Оскільки, за Л. Фейербахом, метою держави є взаємна свобода громадян, то щоб її досягти, кожен із громадян має користуватися своїми правами. Злочин порушує ці права і порядок законності. В основі злочинної поведінки — “чуттєві прагнення” і бажання їх задовольнити. Отже, хоч держава і покликана запобігати усім злочинам, але фізично цього зробити неможливо, то найкраще було б, якби таким засобом була загроза покарання. Останнє, борючись із злочинними прагненнями, має бути, по можливості, їх відображенням у “дзеркалі” карної політики: загроза зазнати суттєві незручності і навіть страждання має дещо перевищувати прагнення вчинити той чи інший злочин [11, 412].

Отож, Л. Фейербах вважав, що вчинки людей є результатом раціонального вибору між вигодами і втрагатами, а тому більш тяжкому злочину має відповідати більш сурове покарання. У системі юридичних абстракцій, що покладені в основу цієї т. зв. “класичної” школи кримінального права, злочинець виступав у вигляді однієї із таких абстракцій. Він був лише “вільно діючим” порушником кримінально-правової норми, який завжди діє за строгим розрахунком і йде тільки на розумний, виправданий ризик. “Такої “ідеальної” людини, звісно ж, не було і немає. Ще древні великою загадкою людської поведінки вважали ті обставини, що людина, знаючи, як не треба чинити, вчиняє саме так, як не треба” [1, 7].

Схожі підходи до встановлення взаємозв'язку між злочином і справедливим покаранням розробив І. Фіхте. На його думку, кожен володіє правами лише за умови, що загальні норми права він сприймає як непопушний закон усіх своїх дій, і що він здатний, керуючись ними, вільно визначатися у своїй поведінці. Відповідно до його теорії, кожен злочин мав би наслідком розірвання договору між суспільством та індивідом, тобто вилучення його із спільноти. Злочинець стає “вільним, як птах”, тобто його безпека гаран-

тується так само, як безпека птаха [7, 168]. Він формулює антитезу: громадянин, який вчинив злочин, не обов'язково має бути поза законом, адже метою державної влади є забезпечення безпеки усім. В основу цієї теорії покарання він кладе новий «договір спокутування»: усі домовляються, що, оскільки це сумісно із безпекою держави, то злочинцеві призначають покарання, але не вигнання. Договір про покарання і є кримінальний закон. Оскільки І. Фіхте розмежує право і мораль, то і покарання, у його розумінні, не має на меті здійснення моральної справедливості. Воно є засіб для досягнення корисної мети держави — охорони суспільної безпеки. Мета покарання — попередження злочинності. Принцип призначення конкретного покарання для нього: кожному має бути завдано такого збитку у своїх правах, якого він усвідомлено чи з необережності завдав правам інших осіб. Покарання є втратою рівного, і в цьому розумінні воно є таліон, але — не абсолютна мета. На думку філософа, покарання має залежати від характеру вчиненого злочину і від особистих якостей правопорушника. Покарання застосовується так і для того, щоб у всіх було стійке переконання: загроза кримінального закону неминуче реалізується завжди, коли вчинено злочин. Кримінальне правосуддя повинно здійснюватись публічно. У кожній державі, управління якою здійснюється ефективно, не повинно бути людей, які покарані невинно і тих, злодіяння яких залишилися без відплати. І. Фіхте виголосив новий моральний принцип: люби самого себе в усьому, і своїх співгромадян ради самого себе. Тобто, найбільш “правомірний настрій” — любов до самого себе, турбота про свою особистість і свою власність. Ідея виправлення злочинця з допомогою покарання у його тлумаченні є не *моральним*, а юридичним виправленням у розумінні набуття здатності знову бути суб'єктом прав.

На переконання Г. Гегеля, злочин є запереченням права. Отже, покарання — *заперечення заперечення*. “Скасуванням” злочину шляхом застосування покарання саме право показує, що воно має силу; це є не тільки правомірним, але й необхідним для його утвердження. Злочинець, на його думку,

діє, керуючись свавіллям своєї волі. Отже, здійснене ним діяння є нерозумним і випадковим. Натомість, застосування покарання є розумним і необхідним. Злочинець, свідомо підкоряючись покаранню, зрозумівши його розумність і необхідність, діє як істинно вільна людина, адже свобода і є усвідомлена необхідність.

Г. Гегель доводить, що покарання необхідно вилучати із самої *природи* злочинного діяння, — так має забезпечуватись справедливість. Покарання є не злом, а благом для злочинця; шляхом його застосування здійснюється моральне відродження останнього. Тобто, зважаючи на твердження, що безпосереднім об'єктом злочинного посягання є зовнішнє буття “свободи волі”, то останнє, як і вся сфера буття, має кількісну і якісну визначеність. Тому можна за певними об'єктивними ознаками розрізняти злочини у залежності від того, порушують вони повністю в усьому об'ємі зовнішнє буття свободи волі чи лише певну його частину, і у яких саме якісних визначеннях. Наприклад, за якісними особливостями, він розрізняє розбій і крадіжку. Адже, у першому випадку, до особистості застосовується насилля при викраденні майна, і тим самим наноситься шкода особистості, а у другому — останнє відсутнє. Характер небезпеки злочину для суспільного спокою також має вирішальне значення: більш небезпечними є ті злочини, які пов'язані із більш тяжким порушенням прав як у кількісному, так і у якісному відношеннях [8, 146–151].

Отож, саме філософам доби Просвітництва ми завдячуємо обґрунтуванням більшості принципів сучасного кримінального права. Адже вони, обурені і вражені “очищенням” суспільства кров'ю своїх громадян, прагнули перетворити покарання та придушення беззаконь на регульовану функцію, що охопила б усі сфери суспільного життя; карати не менше, а краще; карати, може, не так суворо, але ніхто не повинен уникнути неминучої кари; тісніше поєднати карну владу із суспільством. Коли постали нові форми нагромадження капіталу, нові виробничі відносини і сформувався новий юридичний статус власності, ... “утвердилась доконечність визначити стратегію і методи покарань, коли б ошадлива

неперервність та постійність заступили колишні витрати і надмірності”. Потрібно було створити таку карну систему, що правила б за апарат диференційованого ставлення до різних видів беззаконь, а не за інструмент їх цілковитого придушення [12].

Було сформульовано принципи раціонального узгодження міри покарання, яке має слугувати не тільки праву і справедливості загалом, але й самому покараному злочинцеві як правовому суб'єкту. Злочинець є зацікавленим у здійсненні справедливості не менше, ніж його судді. Практика здійснення покарання не може супроводжуватись приниженням особистості злочинця з боку представників державної влади. Наступний принцип карної політики, яку обґрунтовували теоретики природно-правової концепції — “карай, але не принижуй”.

Окрім того, — принцип рівної відповідальності перед законом усіх і кожного, що про нього сказав Ч. Беккарія. Принцип “особистого” покарання, що виключав відповідальність родичів і близьких злочинця за його злочин. Визнання такими, що караються, шкідливі, для суспільного ладу і його законів, вчинки, і навпаки: діяння, що не завдають шкоди, не мають відноситись до сфери кримінального права. Принцип економії карних заходів. Покарання є необхідністю, яку не можна уникнути і це є тягар не тільки для злочинця, але й для держави. Принцип “культурності” покарання, тобто його здатність благотворно впливати на суспільну мораль: сповнені злого глузування та жорстокі покарання мають відійти у минуле у цивілізованій спільноті людей.

Принцип індивідуалізації кримінальної репресії, що пов'язаний із профілактикою злочинності. Від банальної “ясності” наука прийшла до висновку, що природа психіки людської істоти є своєрідною “terra incognita”, а злочин визначається цілою низкою причин, мотивів, що приховані не тільки у людині, але й у зовнішньому середовищі. Окрім того, помітили, що цей процес не у всіх відбувається однаково: для одних — наявність сприятливих обставин і мінімум протилежних мотивів, а для інших — виснажлива боротьба суперечностей, пристрастей. Різниця спостерігалась

і у мотивах злочину: від маловажливих до глибоко егоїстичних. А це змусило багатьох зробити висновок, що потрібно досягти максимально точної, *сумірної* відповідальності винного за злочинні діяння, зважаючи на характеристику тих внутрішніх процесів, які передували вчиненню злочину, або за різницею тих мотивів, які визначають його. Поступово формулюється вимога необхідності максимально можливої індивідуалізації покарань. Адже спостереження свідчили, що на двох суб'єктах, які вчинили однаковий

злочин і були однаково покарані, одне і те ж покарання відображається інколи абсолютно протилежно [3, 231].

Наразі існує особлива потреба узгодження кримінально-правової політики із сутністю парадигми “природного права”, яка передбачає обґрунтування необхідності покарання інтересам розвитку людства як роду і людини як родової істоти. Для неї покарання не є відплатою злом за зло, а відновленням втраченої справедливості.

Список літератури:

1. *Анденес И.* Наказание и предупреждение преступлений / Под ред. и со вступительной статьей Б.С. Никифорова. — М., 1979. — 263 с.
2. *Бачинин В.А.* Философия права и преступление. — Х.: Фолио, 1999. — 526 с.
3. *Білогриць-Котляревський Л.С.* Общие черты истории уголовного права // Антологія української юридичної думки. В 10 т. — Т. 7. Кримінальне право. Кримінальний процес / Упорядники О.М. Костенко, О.О. Кваша. Відп. ред. О.М. Костенко. — К.: Юридична книга, 2004. — 616 с.
4. *Вольтер Ф.М.* Избранные произведения по уголовному праву и процессу / Под ред. А. Герцензона. — М.: Госюриздат, 1956. — 338 с.
5. *Зарудный С.* Беккариа о преступлениях и наказаниях в сравнении с главою X-ю наказа Екатерины II и с современными русскими законами. Материалы для разработки сравнительного изучения теории и практики уголовного законодательства. — СПб, 1879. — 123 с.
6. *Монтескье Ш.* Избранные произведения: О духе законов. — М.: Госполитиздат, 1955. — 657 с.
7. *Пионтковский А.А.* Уголовно-правовые воззрения И. Канта, Л. Фейербаха и И. Фихте. — М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. — 190 с.
8. *Пионтковский А.А.* Учение Гегеля о праве и государстве и его уголовно-правовая теория. — М.: Госюриздат, 1963. — 467 с.
9. *Утевский Б.С.* История науки уголовного права. — М., 1948. — 67 с.
10. *Фейербах Л.* История философии. Собрание произведений в трех томах / Под ред. и со вступ. статьей М.П. Григорьяна. — М.: Мысль, 1974. — Т. 2. — 480 с.
11. *Фейербах Л.* Сочинения: В 2 т. Пер. с нем. — М.: Наука, 1995. — Т. 1. — 502 с.
12. *Фуко М.* Наглядати і карати. Народження в'язниці. — К., 1998. — 397с.
13. *Хайек Ф.А.* Право, законодавство та свобода. Нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії: В 3 т. — К.: Сфера, 1999. — Т. 1 Правила та порядок. — 196 с.
14. *Чубинский М.П.* Очерки уголовной политики (Понятие, история и основные проблемы уголовной политики, как составного элемента науки уголовного права) // Антологія української юридичної думки. В 10 т. — Т. 7 Кримінальне право. Кримінальний процес / Упорядники О.М. Костенко, О.О. Кваша. Відп. ред. О.М. Костенко. — К.: Юридична книга, 2004. — 616 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается необходимость реформирования системы исполнения уголовных наказаний, анализируются актуальные проблемы справедливого наказания в контексте Европейской правовой традиции Нового времени.

SUMMARY

In this article Author proves the necessity of the punishment system reforming and analyses the main problems of just punishment in New European Law Paradigm relying on the prominent philosophers' ideas about the problem.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 08.11.07



*М.В. Кікалішвілі,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)*

Правовий стан і правові взаємодії засудженого в кримінально- виконавчому праві України

Ключові слова: *засуджений, правовий стан засуджених, права, обов'язки, гарантії, правова взаємодія.*

Підставою виконання кримінального покарання і, відповідно, застосування заходів кримінально-правового характеру є вирок суду, що вступив в законну силу. Особу, щодо якої винесено обвинувальний вирок, називають засудженим. Загальні положення й принципи виконання кримінальних покарань, а також правовий стан засуджених визначені кримінально-виконавчим законодавством.

Відповідно до загальновизнаних норм міжнародного права і Конституції України, кримінально-виконавче законодавство і практика його застосування ґрунтуються на суворому дотриманні гарантій захисту від катувань, насильства та іншого жорстокого або принижуючого людську гідність поводження із засудженими. В основі правового стану засуджених — повага й охорона їх прав, свобод і законних інтересів. Держава зобов'язана забезпечувати законність застосування засобів виправлення засуджених, їх правовий захист і особисту безпеку при виконанні покарань.

Розгляд правового стану осіб, що відбувають покарання, обумовлюється необхідністю підвищення ефективності процесу виконання кримінального покарання, застосування заходів виправного впливу. Виконання засудженими покладених на них обов'язків і реалізація належних їм прав і законних інтересів утворюють той правовий режим відбування покарання, який необхідний для досягнення поставлених перед ним цілей.

Крім того, необхідно зазначити, що соціально-правове значення інституту правового стану осіб, що відбувають покарання, не вичерпується рішенням завдань у сфері правоохоронної діяльності. Україна є учасником численних міжнародних угод, вона визнає цілу низку міжнародних стандартів, у першу чергу ООН і Ради Європи, з питань дотримання прав засуджених і осіб, що тримаються під вартою, і виконує їх у відповідності зі своїми економічними й соціальними можливостями. Як приклад таких стандартів можна навести такі документи ООН, як “Міжнародний пакт про громадянські і політичні права” (1973), “Мінімальні стандартні правила поводження із в'язнями” (1955), “Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються виконання правосуддя по відношенню до неповнолітніх” (1985), “Стандартні мінімальні правила ООН по відношенню до заходів, які не пов'язаних з тюремним ув'язненням” (1990), “Європейські тюремні правила” (1987) та ін.

Визнання засудженого суб'єктом прав і обов'язків, визначення кола цих прав і обов'язків є необхідною умовою дотримання принципу законності в кримінально-виконавчому праві. Це дозволяє встановити вірний підхід до засудженого при відбуванні ним покарання.

Визначальним моментом правового стану засудженого повинно бути чітке з'ясування того, що при відбуванні покарання, він зали-

шається громадянином України. У свою чергу, особи, що відбувають покарання, як громадяни держави Україна, які у відповідності зі ст. 3 Конституції України визнані найвищою соціальною цінністю [1, 2], наділені правами й обов'язками.

Виконання засудженими обов'язків і реалізація властивих їм прав і законних інтересів створюють той правовий режим відбування покарання, що є основою для досягнення поставлених перед покаранням цілей, у першу чергу — виправлення засуджених. Чітка регламентація правового стану засуджених є важливим інструментом їх правового й морального виховання в душі поваги до закону, прав і законних інтересів інших людей.

Правовий стан осіб, що відбувають покарання, можна сформулювати як заснований на загальному статусі громадян України й детермінований правовими нормами стан засуджених під час відбування ними кримінального покарання.

Правовий стан засуджених являє собою різновид спеціального правового стану, що, у свою чергу, поділяється на правові стани осіб, що відбувають різні види покарання (позбавлення волі, обмеження волі, виправні роботи й інші) [3, 94–95]. Якщо покарання, не пов'язані з ізоляцією засудженого від суспільства (наприклад, штраф, конфіскація майна), зачіпають лише окремі сфери життєдіяльності людини — його майнові або трудові відносини, то покарання у вигляді позбавлення волі істотно змінюють правовий статус засудженого як громадянина внаслідок застосування до нього найбільш суворих обмежень. У той же час правовий статус всіх засуджених випробовує на собі вплив ряду загальних факторів. Ці обставини враховані в новому Кримінально-виконавчому кодексі України. Крім того, багато елементів правового стану засуджених розкриваються в главах і статтях Кодексу, присвячених порядку й умовам виконання й відбування конкретних видів покарання. Такий підхід дозволив не тільки систематизувати обов'язки, права й законні інтереси засуджених, але й закріпити їх головним чином на рівні закону, а не відомчих нормативних актів, як це мало місце раніше. Ця обставина має досить важливе

значення, у тому числі й у плані дотримання законності при виконанні кримінальних покарань.

Визначальною рисою спеціального правового стану засуджених є те, що воно базується на загальному правовому стані громадян України, оскільки державний осуд особи не позбавляє її громадянства України й, відповідно, загального правового статусу громадян держави. Збереження громадянства щодо осіб, що вчинили злочини, відповідає міжнародним актам, які закріплюють принципи поведіння із засудженими, і являє яскравий приклад реалізації принципів демократизму й гуманізму в сфері виконання покарань.

Збереження громадянства означає, що засуджений користується загальногромадянськими правами й має обов'язки, які мають і громадяни України, але з деякими обмеженнями. Засуджені є як суб'єктами загальних, цивільних, так і спеціальних, властивих лише умовам відбування покарання, відносин. Внаслідок цього з'являються спеціальні права, законні інтереси й обов'язки засуджених. Покарання, як різновид державного примусу, виражається в тому, що засуджений несе певні обмеження з метою виправлення, а також попередження здійснення нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Крім того, державно-примусовий характер мають і сам порядок і умови відбування покарання. У правовій формі державний примус виражається у вигляді обмежень прав і свобод людини й громадянина.

Частина 2 статті 7 Кримінально-виконавчого кодексу говорить про те, що засуджені користуються всіма правами людини й громадянина, за винятком обмежень, зазначених у законах України, Кримінально-виконавчому кодексі й встановлених вироком суду [2, 4–5]. Так, спрощений порядок розірвання шлюбу з особою, що відбуває покарання у вигляді позбавлення волі, що обмежує права засуджених, передбачений Кодексом законів про шлюб та сім'ю, зменшення заробітку осіб, що відбувають покарання у вигляді виправних робіт без позбавлення волі, ґрунтується на кримінальному законі, що передбачає відрахування із заробітку засудженого, а розмір

відрахувань і строки встановлюються вироком суду. І, нарешті, обмеження засудженого в правах і обов'язках можуть впливати з режиму. Так, режим позбавлення волі допускає ізоляцію засудженого від суспільства, внаслідок чого він не має права вибору місця проживання, вільного розпорядження своїми коштами, речами. Варто помітити, що чим суворіше режим відбування покарання, тим вужче коло прав і ширше коло обов'язків у засудженого, і навпаки, чим менш суворий режим, тим більше прав має засуджений.

Правовий стан засуджених іноземців і осіб без громадянства визначається законами України, а також міжнародними договорами, ратифікованими Верховною Радою України [4, 5]. Для засуджених іноземних громадян і осіб без громадянства, що відбувають покарання, встановлюються обмеження, як і для громадян України. Однак їх обмеження відрізняються від тих, які мають громадяни України, тому що вони перебувають у неординарних правових відносинах з державою.

Громадяни України наділені конституційними правами, через що вони несуть і конституційні обов'язки. Іноземці ж і особи без громадянства мають лише ряд обов'язків, аналогічних обов'язкам громадян України. Обсяг прав, які мають іноземні громадяни й особи без громадянства забезпечує їм недоторканність, захист законних особистих інтересів. Проживаючи на території України, вони мають певні обов'язки, виконання яких необхідно в інтересах держави. Але серед прав іноземних громадян і осіб без громадянства відсутні такі, які давали б їм можливість брати участь у вирішенні важливих для України питань (наприклад, активного й пасивного виборчого права). Що стосується обов'язків, то зазначеним особам не потрібно, наприклад, нести військову службу [5, 83].

В умовах виконання покарання відбувається не тільки обмеження загальних прав громадян, а і їхня конкретизація й доповнення. Доповнення загальних прав і свобод громадян щодо умов виконання покарання відбувається за рахунок регулювання законом специфічних відносин, які не мають аналогів у суспільному житті й властиві тільки відбуванню покарання того або іншого виду.

Серед норм КВК України, присвячених правовому стану засуджених, особливе значення мають ті, які закріплюють найбільш значущі права й законні інтереси засуджених до позбавлення волі і певною мірою відображають ті процеси, що відбуваються в українському суспільстві — гуманізації й демократизації. До їх числа можна віднести норми, що закріплюють права засуджених на одержання й відправлення посилок, передач, бандеролей, грошових переказів, права на побачення (включаючи тривалі побачення за межами кримінально-виконавчої установи), на поштово-телеграфний зв'язок і телефонні розмови, права на короткостроковий виїзд. Як своєрідні показники, що характеризують ступінь свободи засуджених у місцях ізоляції від суспільства, можна вказати на надання законом можливості: здобувати продукти харчування й предмети першої необхідності, взуття, одяг і інші промислові товари; оплачувати й одержувати, крім безкоштовної медичної допомоги, додаткові лікувально-профілактичні послуги; дарувати, успадковувати й заповідати особисте майно.

На жаль, варто визнати, що на сьогоднішній день, стосовно засуджених, що відбувають покарання в місцях позбавлення волі, й осіб, що утримуються під вартою, існує відмінність між обсягом прав і свобод, наданих їм законом, і тим обсягом прав і свобод, якими вони користуються фактично. Основними причинами такого положення є зростання числа згаданих осіб за відсутності в державі необхідних коштів на їх утримання. Внаслідок цього порушуються передбачені законом норми розміщення, матеріально-побутового й санітарно-медичного забезпечення засуджених і ув'язнених.

Конкретизуючи загальні права й обов'язки засуджених можна виділити такі — суб'єктивні права засуджених, їхні законні інтереси і юридичні обов'язки. Суб'єктивні права засуджених — це закріплені в законі й гарантовані державою можливості певної поведінки засудженого або використання ним соціальних благ, які забезпечуються юридичними обов'язками службових осіб органів виконання покарання.

Законні інтереси засуджених, це, по-перше, прагнення одержати передбачене законом соціальне благо як матеріальне (наприклад, одержання додаткових посилок, передач), так і духовне (одержання додаткового побачення, телефонної розмови). По-друге, можливість клопотати (а не вимагати) перед уповноваженими органами щодо реалізації законних інтересів засуджених. І, по-третє, можливість звернутися до компетентних органів за захистом своїх інтересів.

Серед суб'єктивних прав і законних інтересів засуджених, передбачених Кримінально-виконавчим кодексом України, можна виділити такі — засуджені мають право на одержання інформації про свої права й обов'язки, про порядок і умови відбування призначеного судом виду покарання. Адміністрація установи або органа, що виконує покарання, зобов'язана надати засудженим зазначену інформацію, а також ознайомити їх зі змінами порядку й умов відбування покарань. Засуджені мають право на ввічливе ставлення до себе з боку персоналу установи, що виконує покарання. Вони не повинні піддаватися жорстокому або принижуючому людську гідність поводженню. Примусові заходи до засудженого можуть бути застосовані не інакше, як на підставі закону. Незалежно від їхньої згоди, засуджені не можуть бути піддані медичним й іншим дослідом, які ставлять під погрозу їх життя й здоров'я. Засуджені мають право звертатися із пропозиціями, заявами й скаргами до адміністрації установи або органа, що виконує покарання, у вищі органи керування установами й органами, що виконують покарання, суд, органи прокуратури, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, суспільні об'єднання, а також у міжнародні органи по захисту прав і свобод людини, якщо вичерпані всі наявні внутрішньодержавні заходи правового захисту. Засуджений вправі звернутися із заявою до будь-якої службової особи установи, що виконує покарання, із проханням про забезпечення особистої безпеки. У цьому випадку зазначена службова

особа зобов'язана негайно вжити заходів щодо забезпечення особистої безпеки засудженого. Законом передбачене право на соціальне забезпечення засуджених, у тому числі на одержання пенсій і соціальних допоміг, право на охорону здоров'я, включаючи одержання первинної й спеціалізованої медичної допомоги. Для одержання юридичної допомоги засуджені можуть користуватися послугами адвокатів, а також інших осіб, що мають право на надання такої допомоги. Засудженим гарантована свобода совісті й свобода віросповідання. Вони вправі сповідати будь-яку релігію або не сповідати ніякої релігії, вільно обирати, мати й поширювати релігійні переконання й діяти відповідно до них. Слід зазначити, що при здійсненні прав засуджених не повинні порушуватися умови й порядок відбування покарань, а також права й законні інтереси інших осіб.

Наявність прав нерозривно пов'язане з обов'язками. Суть юридичних обов'язків засуджених зводиться до вимоги необхідного, з погляду держави, влади й закону поводження, що є обов'язковим, незаперечним і забезпечується засобами державного примусу. По-перше, це необхідність здійснення певних дій (обов'язок засуджених до позбавлення волі працювати, обов'язок засудженого до штрафу сплатити його у встановлений законом термін); по-друге, необхідність утримуватися від заборонених законом дій.

Юридичні обов'язки засудженого можна визначити як встановлену в зобов'язуючих і заборонних нормах міру поводження засудженого під час відбування покарання, що забезпечує досягнення цілей покарання, підтримку правопорядку під час його відбування, а також дотримання прав, законних інтересів як самого засудженого, так і інших осіб. Невиконання засудженими покладених на них обов'язків, а також невиконання законних вимог адміністрації установ і органів, що виконують покарання, тягнуть встановлену законом відповідальність.

Список літератури:

1. Конституція України. — К.: Преса України, 1997. — 80 с.

2. Збірник нормативно-правових актів з курсу “Кримінально-виконавче право України” / Укладач С.В. Дьоменко. — Запоріжжя: ЗНУ, 2006. — 440 с.
3. Кримінально-виконавче право України: Загальна та Особлива частини / *О.М. Джужа, С.Я. Фаренюк, В.О. Корчинский*; Під заг.ред. О.М. Джужа. — 2-е изд., перероб. и допов. — К.: Юрінком Інтер, 2002. — 298 с.
4. Кримінально-виконавче законодавство України. Кримінально-виконавчий кодекс України. Нормативно-правові акти / *В.С. Ковальський, Ю.М. Хахуда*. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 451 с.
5. Кримінально-виконавче право України / *В.М. Трубников, В.М. Харченко, О.В. Лисодид, Л.П. Оника, А.Х. Степанюк*; Під ред. В.М. Трубникова. — Харків: Право, 2001. — 321 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы правового положения осужденных, их права, обязанности и их реализация в процессе отбывания наказания в уголовно-исполнительных учреждениях.

SUMMARY

In this article the questions of legal position are examined convicted, their rights, duties and enjoyment of their rights in the process of serving of punishment in criminally-executive establishments.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 15.11.07



А.О. Данилевський,
ад'юнкт
(Луганський державний університет
внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка)
(Науковий керівник доцент Звіряка В.А.)

До питання про юридичну природу матеріального, організаційного чи іншого сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації

Ключові слова: *сприяння, юридична природа, причетність, співучасть, вторинна злочинність, предикатний злочин.*

Правильне визначення юридичної природи злочину має не тільки теоретичне, але і практичне значення, є важливою умовою реалізації принципу законності кримінального права. У вітчизняній науці кримінального права на сьогоднішній день недостатньо вивчений такий склад злочину як матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації. З кримінально-правових і кримінологічних позицій вивченню тероризму та терористичних злочинів присвятили свої роботи П.В. Агапов, В.Ф. Антипенко, В.О. Глушков, С.У. Дикаєв, А.І. Долгова, С.О. Допилка, В.П. Ємельянов, М.П. Кіреєв, В.С. Комісаров, В.А. Ліпкан, В.В. Лунєєв, В.В. Мальцев, Г.М. Мінковський, С.М. Мохончук, В.Є. Петрищев, М.В. Семікін, В.В. Устінов, В.П. Шишов та інші вітчизняні й зарубіжні автори. Проте у їх дослідженнях відсутній аналіз юридичної природи злочину, передбаченого ч. 1 ст. 258³ КК України, а саме матеріального, організаційного чи іншого сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації. Розгляду даного питання і присвячена дана стаття.

По-перше, необхідно визначитись, з якими інститутами кримінального права даний склад злочину має спільні риси. Аналіз об'єктивних і суб'єктивних ознак складу злочину, що розглядається, дозволяє зробити висновок, що вони найбільш торкаються наступних інститутів: а) співучасть у злочині; б) причетність до злочину; в) вторинна злочинність.

На те, що матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації не є самостійним злочином вказує той факт, що даний склад злочину відсутній без наявності предикатного злочину — створення терористичної групи чи терористичної організації. Останній злочин може бути припинений на стадії готування або замаху, але обов'язково повинен розпочатись до сприяння, адже якщо терористичне угруповання не створювалось, то нема і чому сприяти.

Аналіз об'єктивної сторони складу злочину, що розглядається, показує, що вона може бути виражена в двох формах:

- матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню терористичної групи чи терористичної організації;

— матеріальне, організаційне чи інше сприяння діяльності терористичної групи чи терористичної організації.

(Для спрощення викладення матеріалу далі ці форми будуть сформульовані наступним чином: сприяння створенню терористичного угруповання; сприяння діяльності терористичного угруповання).

По-друге необхідно виділити ознаки співучасті, причетності та вторинної злочинності та порівняти їх з обома формами об'єктивної сторони складу злочину, що розглядається.

Що стосується інститутів співучасті у злочині та причетності, то їх вивченню присвячена значна кількість ґрунтовних досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних вчених-криміналістів*, поняття ж вторинної злочинності, яке ґрунтується на теорії причетності до злочину, у вітчизняній науковій літературі зустрічається не часто. Тому вважаємо необхідним у даній статті розкрити його зміст.

Так, М.М. Лапунін пропонує наступне визначення. Вторинний злочин — це передбачене Особливою частиною Кримінального кодексу самостійне умисне діяння, що не є співучастю, суспільна небезпека та кримінальна караність якого залежать від наявності вчиненого до цього тією ж чи іншою особою основного кримінально караного діяння, в зв'язку з яким воно і вчинюється. До таких злочинів він відносить легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом; придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного злочинним шляхом, приховування злочинів [3, 35].

Згідно зі ст. 26 КК співучастю у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Для відмежування співучасті від причетності та вторинної злочинності вирішальне значення має момент наявності або відсутності причинного та винного зв'язку між діянням особи та злочином. Так, у випадку, коли при-

ховування обіцяне заздалегідь, воно стає пособництвом у злочині, оскільки знаходиться у причинному та винному зв'язку з приховуваним злочинном. За наявності заздалегідь не обіцяного приховування дії приховувача об'єктивно не створюють умов для вчинення основного злочину, не знаходяться з ним у безпосередньому зв'язку, не є необхідною умовою настання конкретного злочинного результату. Суб'єктивно умисел приховувача також не спрямований на сприяння вчиненню основного злочину, а лише на приховування злочинця чи слідів злочину [5, 27].

Таким чином, для наявності співучасті необхідно, щоб дії винного знаходились у причинному та винному зв'язку з основним злочинном. Співучасть можлива як до, так і після початку вчинення злочину, але, як правило, до його закінчення. Таким умовам відповідає перша форма об'єктивної сторони складу злочину, що розглядається, — сприяння створенню терористичного угруповання. Оскільки таке сприяння можливе лише до вчинення основного злочину і в будь-якому випадку буде знаходитись з ним у причинному та винному зв'язку, існує мета досягнення злочинного результату — створення терористичного угруповання.

З наведеного можна зробити висновок, що сприяння створенню терористичного угруповання є співучастю у створенні терористичної групи чи терористичної організації, тобто має місце подвійна криміналізація, оскільки у Кримінальному кодексі закріплюється злочинність діяння, яке і так є злочинном. Викладені положення справедливі також і для статей 258¹ “Втягнення у вчинення терористичного акту”, 258⁴ “Сприяння вчиненню терористичного акту” КК. Такий стан порушує принцип економії кримінально-правової репресії. Тому пропонуємо першу форму об'єктивної сторони злочину, що розглядається, виключити з диспозиції статті 258³ КК.

Щодо другої форми об'єктивної сторони складу злочину, що розглядається, то в існуючій редакції її досить складно віднести до того чи іншого інституту. Сприяння діяльності терористичного угруповання може полягати як у формі сприяння учасникам

* Вивченню інституту співучасті у злочині присвятили свої роботи Ф.Г. Бурчак, П.І. Грішасев, А.П. Козлов, Г.В. Новицький, П.Ф. Тельнов та інші, а інституту причетності до злочину Г.І. Баймурзін, І.О. Бушуєв, П.К. Євдокімов, В.Г. Смірнов, М.Х. Хабібуллін та інші.

терористичної групи чи терористичної організації у вчиненні конкретного терористичного злочину (перший випадок), так і у формі іншого сприяння, наприклад, заздалегідь не обіцяного укриття терористів або сприяння у іншій, не пов'язаній із вчиненням конкретного злочину, діяльності (другий випадок). При цьому, під терміном “діяльність” у даному складі злочину, на наш погляд, оскільки законодавцем не встановлено ніяких обмежень, необхідно розуміти будь-яку діяльність — як злочинну, так і незлочинну.

У першому випадку дії винної особи є співучастю у злочині, вчиненому терористичним угрупованням, оскільки знаходяться у причинному та винному зв'язку із вчиненням основного злочину і створюють умови для досягнення спільного злочинного результату.

У другому випадку такі дії підпадають під ознаки причетності до злочину чи вторинного злочину, оскільки не знаходяться у причинному та винному зв'язку із вчиненням основного злочину, не створюють умов для його вчинення, але пов'язані, здійснюються з приводу основного злочину. При цьому причетність, як і вторинний злочин, можуть складати не будь-які дії, пов'язані із вчиненням злочину, а лише такі, що носять суспільно небезпечний характер і перешкоджають здійсненню функцій державними органами з боротьби зі злочинністю [1, 27].

Як бачимо, однорідні дії, які складають об'єктивну сторону складу злочину, що розглядається, можуть отримати різну правову оцінку. При цьому у першому випадку також має місце подвійна криміналізація, оскільки діяння підпадає як під ознаки співучасті у злочині, вчиненому терористичним угрупованням, так і під ознаки сприяння діяльності терористичної групи чи терористичної організації. Тому для вирішення наведеної колізії пропонуємо об'єктивну сторону складу злочину, що розглядається, сформулювати наступним чином: матеріальне, організаційне чи інше сприяння діяльності терористичної групи чи терористичної організації за відсутності ознак співучасті у злочині, вчиненому таким об'єднанням. Такі зміни не тільки полегшать розуміння змісту даної норми, але і сприятимуть більш ефективному її застосуванню.

Слід погодитись із зауваженнями авторів, які вказують, що такий спосіб конструювання складів злочинів (шляхом включення до них негативних ознак) хоча і ліквідує можливість конкуренції відповідних кримінально-правових норм та переводить ці склади певних злочинів у суміжні, але не вирішує проблеми розмежування цих суміжних складів злочинів [2, 99]. Звичайно, більш правильно було б закріпити у диспозиції норми критерії відмежування цих складів злочинів, але у даному випадку, враховуючи складність формулювання і великий обсяг таких ознак, це призвело б до зайвого збільшення змісту статті Кримінального кодексу. Замість того, щоб полегшити, ми б тільки ускладнили розуміння норми і її застосування. Тому вважаємо доцільним критерії розмежування даних складів злочинів викласти не в Кримінальному кодексі, а в спеціальній літературі або Постанові Пленуму Верховного Суду України.

Що стосується відмінності вторинного злочину від причетності, то на думку М.М. Лапуніна, вона полягає в тому, що суб'єктом вторинного злочину може бути і особа, яка брала участь у вчиненні основного злочину (як виконавець або співучасник). Крім цього, вторинний злочин має самостійний характер і завжди може бути вчинений вже після основного делікту, чого немає у таких видах причетності як недонесення про злочин, що готується, та потуранні [3, 55]. Як бачимо, основна відмінність між причетністю та вторинним злочином полягає у суб'єкті.

Якщо ретельно проаналізувати сприяння діяльності терористичного угруповання за відсутності ознак співучасті у злочині, вчиненому таким об'єднанням, то можна дійти висновку, що суб'єктом даного злочину може бути як особа, що створила або брала участь як співучасник у створенні терористичної групи чи терористичної організації, так і будь-яка інша особа. Тому, на нашу думку, цей склад злочину, за своєю юридичною природою є вторинним злочином, оскільки являє собою передбачене Особливою частиною Кримінального кодексу самостійне умисне діяння, що не є співучастю, суспільна небезпека та кримінальна караність якого залежать від наявності вчиненого до цього тією ж чи іншою

особою основного кримінально караного діяння, в зв'язку з яким воно і вчинюється. Основним злочином в даному випадку є створення терористичної групи чи терористичної організації. Кримінальна відповідальність за цей злочин також закріплена у ч. 1 ст. 258³ КК України.

Так ми підходимо до наступної проблеми — в ч. 1 ст. 258³ КК закріплена кримінальна відповідальність за два різних за ступенем суспільної небезпеки та юридичною природою злочини: створення терористичної групи чи організації та сприяння їх діяльності. Створення терористичної групи чи терористичної організації, керівництво такою групою чи організацією або участь у ній є більш небезпечними діяннями, оскільки вони ведуть до створення джерела підвищеної небезпеки — терористичного угруповання, готового для вчинення терористичних злочинів, забезпечують його діяльність, в той же час сприяння діяльності терористичного угруповання лише створює умови, полегшує його існування. При цьому перший злочин є основним, а другий вторинним відносно нього. Таке положення

навряд чи можна визнати таким, що відповідає основним принципам конструювання юридичних норм.

Виходячи з викладеного, вважаємо за необхідне виділити склад матеріального, організаційного чи іншого сприяння діяльності терористичної групи чи терористичної організації за відсутності ознак співучасті у злочині, вчиненому таким об'єднанням, зі змісту ст. 258³ КК України. На наш погляд, дану норму більш доцільно розташувати в ч. 2 ст. 256 КК як кваліфікований склад злочину. Назву ст. 256 КК змінити з “Сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності” на “Сприяння злочинним об'єднанням”, оскільки Пленум Верховного Суду України визначає, що терористична група та терористична організація є спеціальними видами організованої злочинної групи та злочинної організації [4] і ознаки складу злочину, передбаченого ст. 256 КК, більш близькі до ознак складу злочину, що розглядається, ніж ознаки створення терористичної групи чи терористичної організації, керівництво такою групою чи організацією або участі у ній.

Список літератури:

1. *Баймурзин Г.И.* Ответственность за прикосновенность к преступлению. — Алма-Ата: Наука, 1968. — 188 с.
2. *Брыч Л.П.* Проблемы разграничения составов преступлений // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Мат. 4-й Межд. научно-практ. конф. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007.
3. *Лапунин М.М.* Вторичная преступная деятельность: понятие, виды, проблемы квалификации, криминализации и пенализации. — М.: Волтерс Клувер, 2006. — 240 с.
4. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 13 від 23 грудня 2005 р. “Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями” // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 1.
5. *Хабібуллін М.Х.* Ответственность за укрывательство преступлений и недоносительство по советскому уголовному праву. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1984. — 136 с.

РЕЗЮМЕ

В статье автор рассматривает вопрос о юридической природе материального, организационного или иного содействия созданию либо деятельности террористической группы или террористической организации. Обосновывается, что данный состав относится к числу вторичных преступлений.

SUMMARY

The article covers the problem of the legal nature of material, organized and other ways of assistance to creation or activities of a terrorist group or a terrorist organization. The point of view that the mentioned corpus delicti is a derivative crime is proved.

Рекомендовано кафедрою кримінального та адміністративного права

Подано 14.11.07



М.Є. Блудиліна,
аспірантка
(Академія Адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Окремі питання порушення справи в кримінальному процесі України

Ключові слова: порушення кримінальної справи, обвинувачення, Проект КПК, суд, прокуратура, захист.

Порушення кримінальної справи є першою і початковою стадією кримінального процесу, з чим погоджуються багато науковців. Суть її полягає в тому, що компетентні органи повинні встановити наявність чи відсутність передбачених законом приводів і підстав для того, щоб прийняти рішення про порушення або відмову у порушення кримінальної справи. Стадія порушення кримінальної справи не зводиться тільки до відповідного процесуального акта — постанови про її порушення чи відмову від нього. В цій стадії закладається особливий комплекс відносин, вона включає в себе систему процесуальних дій і правовідносин, зокрема прийняття, розгляд і перевірку заяв і повідомлень про злочин, вжиття заходів щодо відвернення і припинення злочинів, прийняття рішень про порушення кримінальної справи або про відмову в ній, прокурорський нагляд за законністю та обґрунтованістю вказаних дій, перевірку судом за скаргами заінтересованих осіб законності та обґрунтованості постанови прокурора, слідчого, органу дізнання про відмову в порушенні кримінальної справи.

Варто навести думку М.П. Кузнецова, який вважає що кримінальний процес починається не з моменту порушення кримінальної справи, а з моменту надходження до органів,

правомочних порушити кримінальну справу, повідомлень, даних про вчинення чи підготовку злочину, тобто з часу появи приводу до порушення кримінальної справи. Саме з цього часу починається реагування на злочин у формі кримінально-процесуальної діяльності, коли держава висловлює обґрунтований ознаками злочину “правовий докір” за певні дії або бездіяльність, що мають ознаки злочину [10, 7].

Сама назва “порушити кримінальну справу” означає не почати її, а активізувати процес розслідування факту наявності злочинних дій чи бездіяльності.

Неоднозначними є погляди різних вчених на назву цієї стадії кримінального процесу.

Так, В.С. Зеленецький запропонував іменувати її “дослідчим кримінальним процесом”, обґрунтовуючи це тим, що сама назва стадії “порушення кримінальної справи” не повністю відображає її суть, вона є вузькою та односторонньою, передає зміст лише одного з можливих рішень, коли на практиці можуть виноситись рішення і про відмову в порушенні кримінальної справи, і про направлення заяв та повідомлень за належністю [6, 102].

Багато уваги приділив вирішенню цього питання В.М. Тертишник, який зазначає, що стадію порушення кримінальної справи

іноді іменують точніше стадією прийняття, перевірки і розгляду заяв та повідомлень про злочини, або дослідчим процесом, чи дослідчим провадженням, обґрунтовуючи це тим, що дана стадія може закінчуватись не тільки порушенням справи, а й протилежним рішенням — постановою про відмову в порушенні справи. Він пропонує іменувати цю стадію поняттям, яке відповідає змісту і формі здійснюваної на цьому етапі процесуальної діяльності — дізнанням. Він зазначає, що згідно з такою моделлю, дізнанням слід вважати діяльність з прийняття, перевірки і розгляду заяв і повідомлень про злочини, провадження протокольної форми досудової підготовки матеріалів та здійснення органом дізнання невідкладних слідчих дій по порушеній кримінальній справі [12, 407].

Іншої точку зору мають О.П. Кучинська та М.І. Гошовський, які вважають, що найбільш правильною назвою цієї стадії кримінального процесу є та, що записана у проекті КПК України, а саме: “Перевірка і вирішення заяв і повідомлень про злочин”. А вже в стадії порушення кримінальної справи така справа порушується не завжди. На цій стадії кримінального процесу перевіряються заяви й повідомлення про злочин [4, 63].

На думку О.Р. Михайленка, провадження попереднього слідства у кримінальних справах відрізняється від розслідування злочинів, яке починається ще до винесення рішення про порушення кримінальної справи [11, 19].

Завданням кримінального судочинства є охорона прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, що беруть у ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний (ст. 2 КПК).

З аналізу даної норми випливає, що на слідчого, прокурора, суд, органи дізнання покладено функцію захисту від необґрунтованого обвинувачення. Але така функція захисту має характер опосередкований, оскільки фактично суб’єкти порушення кримінальної справи виступають на стороні обвинувачення. Завданням суду бути нейтральним щодо

сторін кримінального процесу, тому виникає питання, чи відповідає ст. 2 КПК України та засадам судочинства така процесуальна дія як порушення кримінальної справи судом.

Наприклад, можливість багаторазового повернення кримінальної справи судом на додаткове розслідування замість винесення виправдувального вироку фактично ставить суд у завідомо обвинувальний стан, коли він впевнений у винності особи, але, на його думку, слід знайти цьому ще певні об’єктивні докази. Додаткове розслідування взагалі не має права на існування. Вирок у справі має бути або обвинувальним, або виправдувальним, це аксіома правосуддя. У демократичних країнах немає такого поняття, як повернення кримінальної справи на додаткове розслідування. Якщо хтось не згодний із вирок, то для цього існує можливість його оскарження по судовій вертикалі.

Ще 15 грудня 2005 р. Верховною Радою України прийнято у першому читанні проект Кримінально-процесуального кодексу України, поданий народними депутатами України В.Р. Мойсиком, О.М. Бандуркою, Ю.А. Кармазіним. В цьому проекті у ст. 11 записано, що “суд не є органом кримінального переслідування, не виступає на стороні обвинувачення або захисту. Суд створює умови для виконання сторонами їхніх процесуальних обов’язків і здійснення наданих їм прав”, крім того, порушення справ не відноситься до конституційних функцій суду.

Суд при ухваленні рішень у справі не зв’язаний висновками органів досудового слідства. Судді при здійсненні правосуддя незалежні, керуються лише законом, власною правосвідомістю та внутрішнім переконанням.

Як справедливо зазначає В.М. Савицький, “в руках слідчого апарату сконцентрована могутня й грізна сила, що готова звалити на голову обвинуваченого (підозрюваного) цілий каскад достатньо могутніх примусових заходів. Ця сила в змозі увірватись у його житло, при звичайних умовах шановане недоторканістю, відкрити чужому погляду свято охоронювану таємницю поштових відправлень, відсторонити людину від звичайної роботи і продиктувати йому низку інших

суворих обмежень, аж до позбавлення найвищого блага — позбавлення свободи. І все це може бути пущене в хід швидко, негайно, а іноді, на жаль, — з упередженою поспішністю” [цитуються за 1, 108]. У зв’язку з цим, сторона захисту повинна мати гарантії, що суд є незалежним органом та не може стояти на боці обвинувачення. Функція обвинувачення здійснюється за визначеною законом процедурою та викликає функцію захисту з моменту порушення кримінальної справи.

Суб’єктами, які згідно з діючим законодавством правомочні вирішувати питання про порушення кримінальної справи, є органи дізнання, слідчий, прокурор, суд. Отже, хто може порушити кримінальну справу: міліція, податкова міліція, органи безпеки, командири військових частин, з’єднань, начальники військових установ, митні органи, начальники виправно-трудова установ, слідчих ізоляторів, лікувально-трудова профілакторіїв і виховально-трудова профілакторіїв, органи державного пожежного нагляду, органи державного кордону, капітани морських суден, що перебувають у далекому плаванні, слідчі, прокурор та суд.

Прокурор має право порушити кримінальну справу про будь-який злочин. Кримінальна справа проти адвоката може бути порушена тільки Генеральним прокурором України, його заступниками, прокурорами Автономної республіки Крим, області, міст Києва і Севастополя [5], також Законами України “Про статус народного депутата”, “Про уповноваженого Верховної Ради з прав людини”, “Про рахункову палату” тощо встановлені обмеження щодо порушення кримінальної справи проти певної категорії осіб.

Військовий прокурор порушує кримінальні справи про злочини, підсудні військовим судам, слідчі — керуючись правилами підслідності. При цьому слідчі прокуратури мають право порушити будь-яку кримінальну справу, бо вони вправі розслідувати всякий злочин. Органи дізнання мають право порушити кримінальну справу у межах своєї компетенції, визначеної положеннями Кримінально-процесуального кодексу України.

Щодо суду, то суддя порушує кримінальні справи приватного обвинувачення, про злочини, обставини яких органи дізнання встановлюють у порядку протокольної форми досудової підготовки матеріалів або коли виявлено ознаки злочину при розгляді справи про адміністративне правопорушення (наприклад — дрібне хуліганство).

Також суд або суддя при розгляді ним справи одноособово вправі порушити кримінальну справу по новому обвинуваченню чи щодо нової особи, якщо в ході судового розгляду кримінальної справи будуть встановлені підстави для цього або ж при розгляді цивільної справи встановить ознаки злочину.

Для того, щоб зрозуміти, чи доцільно доручати порушення кримінальної справи стільком суб’єктам обвинувачення потрібно зазначити що прокурор — це посадова особа органів прокуратури, яка у межах своєї компетенції здійснює нагляд за точним застосуванням законів усіма відомствами, організаціями, установами, підприємствами, незалежно від форм власності, посадовими особами та громадянами. Прокурор виступає також представником державного обвинувачення у судовому розгляді, здійснює прокурорський нагляд тощо [2, 144]. Отже, ця посадова особа має достатньо досвіду, знань та компетенції, щоб бути єдиним суб’єктом порушення кримінальної справи.

Проте не всі поділяють таку думку. Наприклад, О. Крюков, начальник відділу Головного слідчого управління МВС України, зазначає, що “спроба у проекті КПК фактично підмінити слідчих, які займаються розслідуванням кримінальної справи і є самостійними в прийнятті процесуальних рішень, прокурорами, які здійснюють нагляд за розслідуванням, і фактично прирівняти їх до осіб, які здійснюють дізнання, не має підстав. За проектом нового КПК слідчий буде вправі лише збирати докази шляхом виконання окремих слідчих дій. Вносити постанову про притягнення особи як обвинуваченого і пред’явити їй обвинувачення слідчий не вправі... Пропозиція щодо введення нового порядку в частині позбавлення слідчого права порушувати кримінальні справи, притягувати винних осіб як обвинувачених

та приймати у справах кінцеві рішення є неприйнятною” [9].

Ми ж підтримуємо позицію В.Г. Гончаренка, який вважає, що порушувати кримінальні справи (а, отже, і відкривати обвинувальний процес) має право безліч суб’єктів, та робить висновок, що необхідно законодавчо закріпити виключне право порушувати кримінальні справи за прокурором, на якому, єдиному, і буде лежати дуже тяжкий, але благородний тягар доказування вини певних осіб перед державою та суспільством [3, 7].

І дійсно, на даний час в Україні є 14 суб’єктів, які мають право порушувати кримінальну справу або відмовляти у її порушенні. Ясно, що такий важливий та відповідальний процесуальний документ повинен бути складений з додержанням всіх вказівок законодавства, на підставі ретельного дослідження ознак та обставин можливого злочину. На практиці ж прокурори за умови такого розмаїття суб’єктів порушення кримінальної справи фактично не здійснюють нагляд за

додержанням законодавства, за правильним застосуванням правових норм, що призводить до прикрих помилок.

З позиції Л.М. Карнєєвої, задача слідчого полягає у тому щоб довести відповідність або невідповідність між неправомірною дією або бездіяльністю, яка мала місце, та ознаками певного складу злочину [7, 5]. Якщо ж він сам порушує кримінальну справу і її ж розслідує, то грубо зневажається принцип об’єктивності правосуддя.

Таким чином, можна зробити висновок, що виключне право порушувати кримінальні справи законодавчо потрібно закріпити за прокурором і ні в якому разі не допускати того, щоб суд приймав бік обвинувачення, навіть в перелічених у ст. 27 КПК випадках, оскільки саме з цього моменту фактично починається обвинувальний процес. Адже, як писав А.Ф. Коні, “у кожній дії поряд з питанням “що” слід здійснити, виникає питання “як” це здійснити” [8, 50].

Список літератури:

1. *Гловацький І.Ю.* Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі: Навч.посібник. — К.: Атака, 2003.
2. *Головченко В.В., Ковальський В.С.* Юридична термінологія: Довідник. — К.: Юрінком Інтер, 1998.
3. *Гончаренко В.Г.* Onus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування // Вісник Академії Адвокатури України — 2005. — Вип. 4 (5).
4. *Гошовський М.І., Кучинська О.П.* Потерпілий у кримінальному процесі України. — К.: Юрінком Інтер, 1998.
5. Закон України “Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 року № 2887-ХІІ з подальшими змінами та доповненнями // <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2887-12>.
6. *Зеленецький В.С.* Державне обвинувачення в системі кримінально-процесуальних стадій // Вісник Академії правових наук України. — Харків, 1995. — № 4.
7. *Карнєєва Л.М.* Привлечение в качестве обвиняемого: Методическое пособие. — М., 1962.
8. *Коні А.Ф.* Нравственные начала в уголовном процессе // Собрание соч. в. 8 томах. — Т. 4. — М., 1967.
9. *Крюков О.* Проектом нового КПК пропонуються ... фальсифікації, або Ще раз до проекту нового КПК // Офіційний сайт Міністерства внутрішніх справ України http://mvsinfo.gov.ua/official/2007/10/051007_1.html
10. *Кузнецов Н.П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983.
11. *Михайленко А.Р.* Проблемы обеспечения законности на предварительном следствии в советском уголовном процессе. Теория и практика: Автореф... дис. д-ра юр. наук. — К., 1989.
12. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. — К.: А.С.К., 2005.

РЕЗЮМЕ

Данная статья посвящена исследованию некоторых практических и теоретических аспектов правового регулирования возбуждения уголовного дела в уголовном процессе Украины. Особенное внимание было уделено субъектам возбуждения уголовного дела.

SUMMARY

This article is devoted to the investigation of some theoretical and practical aspects law regulation of the initiating of proceedings of crime case in criminal process of Ukraine. The main attention is paid to the subjects of criminal institution of proceedings.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 23.11.07



*В.В. Курдюков,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)*

Обов'язкове призначення судово-психологічної експертизи

Ключові слова: права людини, встановлення істини, доказування, спеціальні знання, експерт, обов'язкова експертиза, фізіологічний афект.

Зміни, що постійно відбуваються в світовій економіці та соціальній сфері, зокрема в Україні, обумовлюють швидку розробку якісно нових ідей та концепцій створення нового й удосконалення існуючого нормативного забезпечення регулювання суспільних відносин [2, 20]. На теренах нашої країни, як в країні нової демократії, проблеми розробки та вдосконалення законодавства вже постали особливо гостро. Отримавши право вибору напряму руху, прямуючи шляхом демократизації нашого життя із встановленням державності, посилюючи заходи щодо захисту прав та свобод громадян [6, 6], ми маємо добру нагоду йти дорогою якісного вирішення цих проблем, та в першу чергу в сфері кримінально-процесуального права.

Безумовно, важливим є напрям вдосконалення засобів встановлення істини в кримінальному судочинстві, який повинен знайти свій вираз, спираючись на максимально міцний науковий фундамент. Цілком зрозуміло, що задля забезпечення всіх, які ми гарантували людині, прав та свобод, задля максимальної охорони цих свобод, необхідно дуже ретельно вивчити все, що може допомогти поставити під сумнів **винуватість** людини. Лише застосування нових наукових даних, які нам дарує науково-технічний прогрес, ми можемо уберегти людину від тих нормативних замахів, які постійно набувають ознак, суперечливих до головної ідеї права.

Тому, підіймаючи питання про наукове забезпечення правосуддя, напевно, на першому місці буде стояти система нормативних приписів і криміналістичних рекомендацій щодо ефективного використання в процесі доказування у кримінальних справах **спеціальних знань**, такого роду знань, які виходять за межі звичних, побутових знань, які одержані в результаті фахової освіти та/або практичної діяльності в будь-якій галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, які використовуються визначеними законом учасниками процесу в межах наданих кожному з них повноважень для вирішення за певною процедурою процесуальних завдань [3, 22]. Відповідно, головною формою застосування спеціальних знань в судочинстві є судова експертиза. Стаття 1 Закону України "Про судову експертизу" говорить, що судова експертиза — це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, під час досудового та судового слідства.

Серед відкриття нових і в розвиненні вже існуючих видів судових експертиз, на нашу думку, провідне місце повинно надаватись судово-психологічній експертизі. Сучасна психологічна наука має в своєму арсеналі численні як експериментально-теоретичні, так і конкретні методи дослідження, які вже можуть і повинні бути використані у розсліду-

ванні кримінальних справ. Розуміння завдань та функцій судово-психологічної експертизи на будь-якому етапі її розвитку, визначалося змістом законодавства, в умовах якого вона здійснювалася, методологічними принципами правової науки. У Росії перша відома спроба проведення судово-психологічної експертизи відноситься до часів дореволюційних, а саме до 1883 р. В той час відомим активістом ідеї застосування психологічних знань був Л.В. Владимиров, головними твердженнями якого були ідеї проводити експертизу кожного обвинуваченого, якому може бути призначено покарання, пов'язане із позбавленням волі [1, 3]. Однак на той час Л.В. Владимиров не відмежував психологію від психіатрії, що в подальшому призводило до думки про обмеженість застосування таких ідей на практиці. До того ж часу відносяться й інші спроби проведення наукової судово-психологічної експертизи у кримінальних справах [8, 5].

Сьогодні, на жаль, зберігається серед багатьох юристів помилкове уявлення чи, скоріше, замала обізнаність про судово-психологічну експертизу. Можливо, ця точка зору сформувалась у відповідь на тенденції, які були в ті часи, коли експерти-психологи виходили за межі своєї компетенції, коли вони поєднували питання правового характеру із питаннями психологічними, намагаючись вирішувати питання вірогідності показань допитуваних осіб та ще більше — вирішувати питання про вину та мотив. Ясно, що такі питання відносяться до орбіти, яка повністю охоплюється слідством чи судом [5, 222]. Пізніше, Всесоюзним інститутом з вивчення причин і розробки заходів попередження злочинності було визнано такі тенденції помилковими і неприпустимими, тим самим започаткувавши етап розвитку судово-психологічної експертизи в новому напрямі.

Вже в 70-х роках вважалося, що для всебічного розслідування і судового розгляду кримінальних справ, включаючи вивчення і аналіз психологічних механізмів поведінки людей, зокрема ступеня усвідомленості у вчинених діях, але у тих випадках, коли психологічні питання не можуть бути вирішені на основі професійного і життєвого досвіду юристів, необхідно проведення

судово-психологічної експертизи. Прагнення повернути психологів до участі у кримінальному процесі як експертів можна пояснити принаймні двома обставинами: по-перше, переломом, що намітився в той час в розвитку психології, все більш помітним перетворенням її з інтроспективної області знань в експериментальну науку; по-друге, бажанням багатьох прогресивних юристів поставити кримінальний процес на рівень новітніх наукових досягнень [4, 75].

Цілком резонно вважати, що у кримінальному судочинстві, на будь-якій стадії, центром уваги є людина з її правами та свободами. А індивідуально-психологічні особливості людини вже неодмінно створюють зацікавленість з боку їх визначення, адже несуть той арсенал інформації, який може бути використаний під час судочинства. З огляду на це, найголовнішим для вивчення є площина питань про здатність певних суб'єктів кримінального процесу правильно сприймати явища дійсності і давати про них свідчення. І це важливо, адже ці свідчення використовуються як джерела доказів. Відштовхуючись від загальновідомого про те, що психічна діяльність людини є відображенням об'єктивної дійсності, варто підкреслити, що така здатність сприймати явища дійсності і давати про них свідчення, виражається в безпосередньому або опосередкованому відтворенні тих або інших фактів, збереженні і переробці сприйнятої або отриманої логічним шляхом інформації, репродукції збереженої інформації. Звісно, цей процес залежить від умов сприйняття і від сукупності індивідуальних особливостей людини, тобто від низки об'єктивних і суб'єктивних факторів: умов, в яких відбувалося сприйняття, впливу стійких особливостей і тимчасового стану органів чуття особи, яка дає свідчення, віку такої особи, емоційного напруження у момент сприйняття, життєвого досвіду, професії, навичок, розумового розвитку та ін. Наука підтверджує, що деякі особливості пізнавальної діяльності людей можуть мати психопатологічну природу.

Мимовіль постає думка, яка підштовхує нас, як юристів, до низки запитань. Зокрема, якщо певна людина дає слідству доказову

інформацію у вигляді показань за наявності у неї саме такої патології, то чи не будуть ці показання такими, що вводять в оману? І взагалі, яким чином слідство (звісно, яке повинно спиратись на постулат, що будь-яка доказова інформація потребує прискіпливо критичної оцінки) без допомоги компетентних фахівців, без залучення спеціальних знань, без проведеного експертного дослідження може встановити цей більш, ніж вирішальний факт? А може таке експертне дослідження треба призначати кожному, показання якого використовуються у процесі як доказ?

Інша фундаментальна перепона, яка одразу ж виникає перед нами при обговоренні цього питання — це проблема призначення психологічної експертизи свідкам та потерпілим. Слід визнати безперечно правильною норму статті 79 КПК РРФСР, у якій сказано, що експертиза призначається обов'язково в тих випадках, коли необхідно з'ясувати психічний чи фізичний стан свідка або потерпілого, якщо існують сумніви у адекватності сприйняття ними обставин, що мають значення для справи, та давати щодо них показання. Відомо, що ці особи під час розслідування злочину відіграють велику роль [13, 28]. На прикладах практики минулих літ ми можемо переконатися, що експертно-психологічне дослідження потерпілих та свідків завжди позитивно відображалось на всьому слідстві, адже були ситуації, коли таке дослідження повертало хід всієї справи в інше русло. На превеликий жаль, сьогоденний український законодавець проігнорував цю норму.

Правда, слід зазначити, що судово-психологічна експертиза стала витребуваною, коли це стосується провадження у справах неповнолітніх. В ч. 3 ст. 433 КПК України зазначено, що в необхідних випадках для встановлення стану загального розвитку неповнолітнього, рівня його розумової відсталості та з'ясування, чи міг він повністю усвідомлювати значення своїх дій і якою мірою міг керувати ними, повинна бути проведена експертиза спеціалістами в галузі дитячої і юнацької психології (психолог, педагог) або зазначені питання можуть бути поставлені на вирішення експерта-психіатра. Фактично тут мова йде про обов'язковість судово-психологічної

експертизи неповнолітніх, бо встановлення у даного суб'єкта відхилення від нормального для його віку рівня інтелектуального розвитку може істотно вплинути на загальне вирішення справи. До того ж мова може йти і про тих, хто за документами є повнолітньою особою, але наявності ознак розумової відсталості вистачає для експертного аналізу психічних особливостей особи, щодо якої здійснюється кримінальне переслідування. Тут виникає принципова для кримінального судочинства проблема — біологічного і інтелектуального віку людини. КПК України потребує введення нової норми, яка регулювала б відносини у цій ситуації. Повинно бути встановлено, що в разі розбіжності біологічного і інтелектуального віку на основі даних, отриманих через проведену судово-психологічну експертизу, питання про кримінальну відповідальність повинно вирішуватись саме з урахуванням розвитку людини, а не її календарного віку.

Значною проблемою в кримінальному судочинстві є встановлення факту фізіологічного афекту, тобто стану, за якого інтенсивна емоція протягом короткого проміжку часу стає домінуючою, значно знижуючи здатність людини усвідомлювати свої дії та керувати ними, коли майже повністю втрачається функція самоконтролю, звужується до мінімуму механізм керування [11, 390]. Протягом декількох десятиліть питання про те, чи знаходився обвинувачений в стані “сильного душевного хвилювання”, вирішувалося юристами самостійно, без допомоги фахівців, що не ґрунтується на наукових положеннях, є розпливчатим і ніяк не може підмінити поняття фізіологічного афекту. Поняття “сильне душевне хвилювання” суперечить принципу науковості, не відображає зміст позначеного явища і ставить під сумнів прийняття судових рішень, адже будь-яка людина постійно відчуває різні душевні хвилювання — “від слабких до сильних” [9, 112].

Фізіологічний афект, як емоційний стан, характеризується раптовістю виникнення, великою силою і короткочасністю, вивчається психологією, бо не виходить за межі здорової психіки. Історично визначення “фізіологічний” було введено, щоб підкреслити відмінність простого, нормального афекту від

патологічного, довести, що його фізіологічну основу складають природні для здорової людини нейро-динамічні процеси [10, 36]. Причини, що викликають стан фізіологічного афекту у людини різноманітні. По-перше, це обставини, загрозові фізичному існуванню людини, пов'язані з його цілком нормальними біологічними інстинктами і потребами, наприклад, пряма або непряма загроза життю. По-друге, афект може бути викликаний вчинками тих, хто оточує, їх висловами, соціальними оцінками, що глибоко зачіпають людину, травмують її свідомість, зневажають особистість, а можливо насильством, знущанням або тяжкою образою з боку потерпілої особи. Справедливо підкреслюється в юридичній літературі, що ситуація (зокрема, ситуація насильства або образи з боку потерпілої особи) повинна існувати реально, а не в уяві суб'єкта. Однак одна і та ж ситуація може відбиватися в свідомості суб'єкта по-різному, залежно від особливостей його особистості, психічного стану. Тому сила і глибина афектного спалаху не є пропорційними об'єктивній силі подразника (образи, насильства, спроби його здійснення). Цим пояснюється парадоксальність і неадекватність деяких афектних реакцій. У дослідженнях багатьох психологів звертається увага на те, що афект виникає вже в ситуації, що безумовно склалася, і служить для суб'єкта своєрідною формою виходу з неї. До речі, наявність конфлікту є обов'язковою, але обмеженою умовою для виникнення афекту. Зовсім інша умова — комплекс стійких індивідуально-психологічних особливостей особи і тимчасовий стан суб'єкта, що потрапив в конфліктну ситуацію. Обставини, що викликають афект у однієї людини, можуть бути байдужі іншій. Звісно, що фізіологічний афект має специфічну динаміку, що відрізняє його від інших емоційних станів, про що багаторазово підкреслювалося в психологічній літературі. За визначенням С.Л. Рубінштейна, афекти — “це стрімко і бурхливо протікаючі емоційні процеси вибухового характеру” [12, 419]. Хоча афект завжди виникає подібно до спалаху, було б помилкою вважати, що він обов'язково настає завжди при першій же дії тих подразників, що можуть викликати афектне відношення. Афектний вибух може

виникнути в результаті повторення ситуацій, що викликають афектне відношення, адже вони ведуть до акумуляції переживань, які можуть надалі викликати цей афектний вибух.

З погляду інтересів слідчої і судової практики, найбільш важливим є питання про вплив афекту на свідомість і діяльність людини. Добре відомі психологам і юристам факти свідчать про те, що в стані афекту люди часто здійснюють вчинки, протилежні відповідним вимогам ситуації та їх власним інтересам. Подібні явища пояснюються змінами в структурі свідомості, що відбуваються в стані афекту, які відкидають вбік той перебіг функцій, який забезпечує нормальне життя людини та її особистості. Разом з цим, в стані афекту спостерігається так зване звуження свідомості. Воно характеризується тим, що людина усвідомлює відносно вузьке коло явищ, тільки найближчі цілі, безпосередньо пов'язані в даний момент з переживаннями, що і призводить до зниження рівня свідомої вольової регуляції поведінки. Питання про те, які індивідуально-психологічні особливості призводять до афектів, можуть бути встановлені лише професійними психологами-експертами.

Важливо у цьому сенсі додати і про вплив стресових станів на діяльність людини, який може виражатися в результаті нервово-психічної напруги, де відбувається інтенсифікація діяльності, підвищення її ефективності, або, навпаки, спостерігається порушення її нормальної течії аж до повного зупинення. Форма впливу напруженості залежить як від кількості і якості подразників, що впливають на людину, так і від її індивідуально-психологічних особливостей. Вплив однієї і тієї ж стресової ситуації на різних людей може приводити до діаметрально протилежних результатів. Найбільш типовою зміною психічної діяльності людини, що знаходиться в негативному стресовому стані, є втрата гнучкості та пластичності поведінки. Відбуваються помилки в сприйнятті об'єктивної реальності, зменшується об'єм уваги, утворюються провали в пам'яті, порушується оцінка тимчасових інтервалів, з'являється важкість в осмисленні і розумінні ситуації в цілому. Тривалий і сильний стресовий стан може при-

звести до нервово-емоційного зриву. Іншими словами, завершенням стресового стану та його розрядкою іноді може виявитися фізіологічний афект. Тут також інтерес являють факти, які свідчать про те, що в стресовому стані стає важкою оцінка сили загрозливого чинника. Є підстави вважати, що експертно-психологічні дослідження впливу стресових станів на поведінку людини, її здатність керувати своїми діями, можуть знайти потреби у багатьох категоріях кримінальних справ.

Отже, ми підійшли до найголовнішого моменту, який, з нашої точки зору, є одним із ключових у кримінальному судочинстві — проблеми **обов'язкового** призначення судово-психологічної експертизи. Статтею 76 КПК України встановлено чіткий перелік випадків обов'язкового призначення експертиз, який не підлягає поширювальному тлумаченню. В ст. 433 КПК України, яка встановлює предмет доказування у справах про злочини неповнолітніх, міститься ще один випадок обов'язкового призначення експертизи. Як видно з цих випадків обов'язкових експертиз, вони призначаються, коли питання стосуються людини та її **життєдіяльності**, для чого законодавець передбачає необхідність залучення спеціалістів у галузі медицини або психіатрії. Визнавши, що фактично єдиним об'єктом обов'язкових експертних досліджень є людина, законодавець визначив, що такі дослідження повинні проводитись лише в зазначених ним випадках. Між тим, за межею цього принципового законодавчого припису залишилась сфера психічних станів і діяльності людини, не обтяженої душевними захворюваннями, коли виникають сумніви у

нормальності розвитку, адекватності дій та їх самооцінки, здатності передбачати наслідки своїх вчинків.

Тому ми вважаємо, що законодавство потребує наступних новел. По-перше, слід виділити єдиний критерій обов'язкового призначення експертизи — людина та її життєдіяльність. По-друге, на підставі цього критерію, доцільно доповнити ст. 76 КПК України необхідністю проведення обов'язкової судово-психологічної експертизи у наступних випадках, коли:

а) виникають обґрунтовані сумніви у можливості людини (в тому числі і неповнолітнього) повністю усвідомлювати значення своїх дій, керувати ними та передбачати наслідки таких дій;

б) є підстави вважати, що людина за своїм психічним розвитком не досягла рівня віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, хоча її біологічний вік передбачає таку можливість;

в) характер дій людини та її стан після їх вчинення свідчать про наявність у неї фізіологічного афекту.

Напевно, єдиним доречним висновком з наших міркувань буде виділення ідеї, зміст якої полягає в тому, що суспільство повинно зрозуміти, якщо у разі появи людини на лаві підсудних людини, відносно якої, як рівної серед рівних, правосуддям може бути прийнято певне рішення, обов'язково повинні враховуватись всі її особливості, в тому числі, перш за все, особливості її психіки у будь-яких її проявах, що врешті-решт буде головною запорукою дійсно справедливого правосуддя.

Список літератури:

1. *Владимирів Л.В.* Психологическое исследование в уголовном суде. — М., 1901.
2. *Гончаренко В.Г.* Концептуальні питання правової реформи в Україні // Вісник Академії адвокатури України. — 2006. — Вип. 5.
3. *Гончаренко В.Г., Курдюков В.В., Легких К.В.* Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні // Вісник Академії адвокатури України. — 2007. — Число 2(9).
4. *Гончаренко В. И.* Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве. — К.: Вища школа, 1980.
5. *Експертизи у судовій практиці / За ред. В.Г. Гончаренка.* — К.: Юрінком Інтер, 2004.
6. Закон України “Про судоустрій” // Відомості Верховної Ради України, № 27. — 2002. — Ст. 2.

7. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. — 1996, № 30. — Ст. 1, 3.
8. *Коченов М.М.* Судебно-психологическая экспертиза. — М., 1977.
9. *Курдюков В.В.* Деякі питання обов'язкового призначення експертизи в кримінальному процесі України // Вісник Академії адвокатури України. — 2007. — Число 1(8).
10. *Леонтьев А.Н.* Потребности, мотивы и эмоции. — М., 1971.
11. *Морозова Г.В.* Судебная психиатрия. — М., 1965.
12. *Рубинштейн С.Л.* Основы общей психологии. — М., 1940.
13. Уголовно-процесуальный кодекс РСФСР. — М.: Юрид. лит., 1973 — Ст. 78.

РЕЗЮМЕ

В статье дается обоснование обязательного назначения судебно-психологической экспертизы, в частности для решения вопросов об установлении физиологического аффекта; возможности человека правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значения для дела и давать о них правильные показания; об установлении факта несоответствия биологического и интеллектуального возраста. Приводятся доводы по введению обязательной экспертизы для таких участников процесса как свидетель и потерпевший.

SUMMARY

The article presents substantiation for prescription of mandatory legal psychological expertise, particularly for diagnosis of physiological affect, capacity of a person for correct perception of circumstances meaningful for case and capacity to give correct evidence about them; for diagnosis of discrepancy between biological and intellectual age. It also produces reasons for introduction of mandatory expertise for such trial participants as witness and complainant.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 13.11.07



*Л.Є. Калюжна,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент Бояров В.І.)*

До питання про сутність, завдання та мету перевірки показань на місці

Ключові слова: *слідчі дії, перевірка показань на місці, сутність перевірки, мета перевірки.*

Вважається, що є лише дві тактичні операції, які є обов'язковими у всіх справах — незалежно від того, до якого виду або категорії відноситься злочин, що розслідується, і в якій слідчій ситуації проводиться — це “захист доказів” [10, 12] та “перевірка показань особи, яка визнає себе винною у вчиненні злочину” [1, 237; 4, 119].

Про необхідність проведення перевірки показань на місці переважно йдеться у разі виникнення слідчої ситуації, яка характеризується, по-перше, наявністю у справі підозрюваних або обвинувачених, які визнають себе винними у вчиненні злочину і дають показання, але при цьому є дані про суперечність в цих показаннях щодо інших матеріалів справи або коли зазначені показання неповні і уточнення яких можливо лише на місці події.

Відомо, що перевірка показань на місці має багато спільного за зовнішніми ознаками з іншими слідчими діями (зокрема, з допитом, оглядом, обшуком або слідчим експериментом), проте вона повністю не співпадає ні з однією з них і має цілком самостійне значення (кожна слідча дія, як відомо, має суворо обмежену сферу застосування [13, 14]). В процесі проведення зазначеної слідчої дії можна здійснювати демонстрацію дій (коли, наприклад, особа демонструє те, як вона потрапила до місця події чи вчинила відповідні дії); може проводитися пошук місць події,

слідів і речових доказів — тобто йдеться про наявність елементів інших слідчих дій: впізнання, слідчого експерименту та огляду та про можливість виявлення і відображення даних, які не доступні іншому передбаченому чинним законодавством способу отримання доказів.

Хоча історичні джерела повідомляють що перевірка показань на місці проводилася ще у XV сторіччі, з'явилася ця слідча дія лише в кримінально-процесуальних кодексах республік СРСР у 1961 р. [2, 6–8]. Але й до того часу в СРСР проводилися такі дії, які мали назву “відтворення злочину”, “виводка”, “вулична операція”, “слідчий експеримент” та ін. За загальним правилом, ця слідча дія проводиться у разі виникнення необхідності зіставлення даних, які є в матеріалах кримінальної справи (у першу чергу — в показаннях свідків, потерпілих, підозрюваних та обвинувачених) з реальною обстановкою або її особливостями на місцевості чи в приміщеннях, якщо в цих свідченнях є дані про ту або іншу подію, що розвивалася у визначеному місці, вимагаючи деталізації або уточнення, або є підстави вважати, що ці свідчення є помилковими чи має місце самообмова, або з метою отримання нових доказів.

Стаття 194 КПК України визначає, що з метою перевірки результатів допиту свідка, потерпілого, підозрюваного чи обвинуваченого або даних, що одержані при проведенні

огляду та інших слідчих дій, слідчий може виїхати на місце і у присутності понятих, а у необхідних випадках за участю спеціаліста, та раніше допитаних учасників кримінального судочинства відтворити обстановку та умови, у яких ті чи інші події могли відбуватися в дійсності. Таким чином, зазначена слідча дія охоплює і перевірку показань на місці, і слідчий експеримент, тобто поняття “відтворення обстановки та обставин події” ширше, ніж окремо слідчий експеримент та перевірка показань на місці. А оскільки це фактично різні слідчі дії, то їх, на нашу думку, потрібно передбачити у КПК в окремих статтях. Тому заслуговують на увагу пропозиції авторів проекту КПК України, де законодавчо на досудовому слідстві передбачені і “перевірка показань на місці” (ст. 261), і “слідчий експеримент” (ст. 262), а також перевірка показань на місці у ході судового слідства (ст. 404) [9, 104–105].

Але в проекті КПК України, який підготувала робоча група Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права запропонований лише “слідчий експеримент”, який, як зазначено у ст. 201, проводиться “з метою перевірки і уточнення даних, які мають доказове значення... шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань”. А така слідча дія як перевірка показань на місці в проекті відсутня [7, 31–39].

Для визначення поняття перевірки показань на місці, потрібно визначити мету, завдання та сутність цієї слідчої дії.

Сутність перевірки показань на місці, як зазначає більшість науковців, полягає у показі обвинуваченим, підозрюваним, свідком чи потерпілим певного місця, пов’язаного з розслідуваною подією, розповіді про вчинені на цьому місці дії, зіставленні свідчень, переказаних цими особами, з об’єктивною обстановкою на місці і демонстрації деяких дій [5, 310; 8, 104]. При цьому такі елементи, як показ, розповідь і зіставлення, що використовуються у тій чи іншій мірі при проведенні перевірки показань підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка на місці, розглядаються як обов’язкові, а демонстрація

дій — як факультативний елемент [3, 51].

Зокрема, перевірка показань на місці під час розслідування справ про заподіяння шкоди здоров’ю проводиться наступним чином: по-перше, здійснюється показ особою місця на об’єктів, які знаходяться на ньому, що пов’язані з подією злочину; по-друге, зазначена особа дає свідчення стосовно механізму та особливостей заподіяння ушкоджень потерпілому; по-третє, особі пропонується продемонструвати дії, які він вчинив стосовно потерпілого зброю); по-четверте, слідчий співставляє отримані дані з обстановкою події та інформацією, яка міститься в матеріалах справи.

Мета перевірки показань на місці обумовлена відповідною слідчою ситуацією. Слід погодитися з науковими поглядами С.О. Шейфера, М.М. Хлинцова та ін., які вважають, що метою перевірки показань на місці може бути перевірка достовірності показань осіб, але сама перевірка показань, як одна із цілей цієї слідчої дії, передбачає одночасну перевірку достовірності як невід’ємного елемента будь-якої перевіркової діяльності [11, 13; 12, 120].

Метою перевірки показань також може бути і одержання нових доказів. Зокрема, ст. 194 КПК РФ передбачає, що перевірка показань на місці проводиться “... з метою встановлення нових обставин, що мають значення для кримінальної справи, показання, які були дані раніше підозрюваним чи обвинуваченим, а також потерпілим чи свідком, можуть бути перевірені або уточнені на місці, що пов’язане з досліджуваною подією”. Йдеться, наприклад, про ситуації, коли слідчому не відомо місце події, а підозрюваний дає свідчення про її місцезнаходження або про місце, де була залишена зброя, та ін.

У юридичній літературі **завдання** перевірки показань на місці були предметом дослідження. Але відсутній єдиний підхід щодо визначення кола завдань, що вирішуються проведенням перевірки показань на місці.

До завдань, які можуть бути вирішені під час перевірки показань на місці можна віднести: по-перше — загальні завдання: отримання нових даних або перевірка даних, які має слідство; по-друге — окремі завдан-

ня, які характерні для перевірки показань на місці, як власне слідчої дії.

О.А. Леві, Г.І. Пичкальова, М.О. Селіванов до завдань перевірки показань на місці відносять: показ раніше допитаною особою місця чи об'єктів, пов'язаних із певною подією; вивчення показань з метою встановлення нових доказів; виявлення предметів, що мають значення для справи, про місцезнаходження яких особа повідомляла раніше [6, 63]. Інші науковці значно розширюють коло цих завдань, наприклад М.М. Хлинцов виділяє такі завдання: виявлення місця події, про яке слідчому раніше не було відомо; встановлення шляху, за яким особа потрапила на місце події та потім залишила його (коли цей шлях раніше слідчим не був встановлений); виявлення яких-небудь слідів злочину чи речових доказів, місцезнаходження яких не було відомо слідчому; виявлення нових доказів; виявлення потерпілих, свідків, підозрюваних та обвинувачених, раніше не відомих слідчому; встановлення причетності підозрюваного, обвинуваченого до інших злочинів, про які слідчому відомо, але злочинці не встановлені; з'ясування причин та умов, що сприяють вчиненню злочину; встановлення чи уточнення окремих обставин, пов'язаних із діями допитаної особи на місці події чи в інших місцях, у випадках, коли ці обставини слідчому не зрозумілі, а іншими способами їх встановити та уточнити неможливо; встановлення дійсної

обстановки місця події в момент здійснення на ньому відповідних дій, які розслідуються; встановлення обізнаності допитаної особи стосовно місця події; встановлення обізнаності допитаних осіб відносно дійсних обставин події чи дій, учасниками чи очевидцями яких вони були; перевірка слідчих чи розшукових версій [11, 11–18].

Аналіз наукових поглядів дає підстави для висновку, що до завдань, які вирішуються проведенням перевірки показань на місці, можна віднести з урахуванням слідчої ситуації перевірку показань суб'єктів криміналістичної діяльності (підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка) чи їх уточнення та одержання додаткової і, головне, важливої для слідства інформації стосовно нових обставин злочину, яку не можна бути одержати іншим шляхом [3, 53].

Проведення перевірки показань на місці надає слідству можливість для отримання більш високого рівня знань про обставини злочину. І ми вважаємо, що сутність перевірки показань на місці полягає, насамперед, в уточненні, конкретизації, деталізації часу, місця, способу вчинення злочину та інших обставин, що мають значення для розслідування, а також перевірки відповідності інформації про подію, що досліджується, тій інформації, якою володіє слідчий.

Список літератури:

1. *Баев О.Я.* Основы криминалистики: курс лекций. — М.: Экзамен, 2001. — 260 с.
2. *Власенко Н.В., Степанов В.В.* Сущность и тактика проверки показаний на месте. — М.: Юрлитинформ, 2004. — 160 с.
3. *Заяць Д.Д.* Ситуаційний підхід до тактики перевірки показань на місці. Дис. ... канд. юрид. наук: Національний університет внутрішніх справ. — Харків, 2004. — 222 с.
4. *Калюжна Л.С.* Перевірка показань на місці як елемент тактичної операції // Вісник Академії адвокатури України. — Вип.. — 2006.
5. *Криміналістика: Підручник / За ред. П.Д. Біленчука.* — 2-е вид., випр. і доп. — К.: АТІКА, 2001. — 544 с.
6. *Леві А.А., Пичкалева Г.И., Селіванов Н.А.* Получение и проверка показаний следователем: Справочник. — М.: Юрид. лит., 1987. — 108 с.
7. Проект КПК України підготовлений робочою групою Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права. — К., 2007. — 120 с.
8. *Салтєвський М.В.* Криміналістика: Навчально-довідковий посібник. — К.: НВТ «Правник», 1996. — 159 с.

9. Таблиця поправок до проекту Кримінально-процесуального кодексу України (ч. 1). — К.: Апарат Верховної Ради України, 2004. — 96 с.

10. *Трухачев В.В.* Преступное воздействие на доказательственную информацию: Правовые и криминалистические средства предупреждения, выявления и нейтрализации. — Воронеж, 2000. — 121 с.

11. *Хлыщов М.Н.* Проверка показаний на месте / Под ред. Д.П. Рассейкина. — Саратов: Изд-во «Коммунист», 1971. — 120 с.

12. *Шейфер С.А.* О познавательной сущности и пределах применения проверки показаний на месте // Вопр. борьбы с преступностью. — М., 1978. — Вып. 28.

13. *Шейфер С.А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 1981. — 118 с.

РЕЗЮМЕ

В работе автор рассматривает вопросы сущности, задач и целей проверки показаний на месте, как следственного действия. Предлагается предусмотреть в действующем УПК Украины отдельные следственные действия — проверка показаний на месте и следственного эксперимента взамен существующего воспроизведения обстановки и обстоятельств события.

SUMMARY

In work an author examines the questions of essence, tasks and aims of verification of testimonies in place, as an investigation action. It is suggested to foresee in present criminal procedure law of Ukraine separate consequence actions is verification of testimonies in place and investigation experiment instead of the existent reproducing of situation and circumstances of event.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 12.11.07



*Н.І. Пінчук,
нотаріус
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)*

Питання призначення нотаріусом експертизи документів

Ключові слова: спеціальні знання, експертиза документів, дослідження, призначення експертизи нотаріусом.

Передбачене діючим на сьогодні законодавством призначення експертизи документів нотаріусом є особливою формою використання спеціальних знань. Проблемні питання використання спеціальних знань у різні часові періоди досліджували вітчизняні та зарубіжні вчені, зокрема Т.В. Аверьянова, В.Г. Гончаренко, А.В. Дулов, О.О. Ейсман, А.В. Іщенко, П.П. Іщенко, Н.І. Клименко, Ю.Г. Корухов, В.К. Лисиченко, Г.В. Матусовський, В.М. Махов, Г.М. Надгорний, М.В. Салтевський, М.Я. Сегай, З.М. Соколовський, В.І. Шиканов та низка інших вчених. Проте якщо існування окремої форми використання криміналістичних знань шляхом, призначення нотаріусом експертизи не викликає заперечень і не стає підставою для теоретичних дискусій, то спірним і не визначеним в теоретичному, практичному та й в законодавчому розумінні залишається порядок призначення такої експертизи, її правовий статус та оцінка значимості отриманих висновків експерта.

Законом України “Про судову експертизу” визначено правові, організаційні й фінансові основи судово-експертної діяльності з метою забезпечення правосуддя України. Статтею 1 цього Закону встановлено, що судова експертиза — це дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об’єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи

суду [1; 2]. Судова експертиза як правовий процесуальний інститут регулюється відповідними нормами Кримінально-процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, а також Кодексу України про адміністративні правопорушення й Митного кодексу України.

Криміналістична експертиза — це складова частина, клас судових експертиз в кримінальному, цивільному й адміністративному процесі, дослідницька діяльність обізнаних осіб, заснована на досягненнях криміналістики й природничо-технічних наук, процесуальних нормах, що визначають принципи й умови достовірності розв’язання питань, які цікавлять органи розслідування й суд, спрямована на встановлення за допомогою спеціальних знань фактичних даних [4, 7]. Судова експертиза розв’язує завдання на основі спеціальних знань, які визначають предмет експертного пізнання, зумовленого колом фактичних обставин, що підлягають встановленню. Пізнання таких обставин спрямоване на конкретний об’єкт і здійснюється комплексом спеціальних пізнавальних засобів (методик і методів), притаманних певній галузі знань і об’єднаних спільністю мети судового доказування. Технологія призначення й проведення судової експертизи, застосовувані методи й методики експертних досліджень, інструментальне забезпечення тощо, в осно-

вному, не залежать від виду судочинства. Загальним є й процесуальний статус висновку експерта як джерела доказів у справі. Залежно від виду судочинства дещо різняться права регламентація призначення й проведення експертизи, коло типових видів експертиз та завдань, що розв'язують за їх допомогою. Для кожного виду судочинства є характерними окремі класи, роди, види експертиз та об'єкти і завдання, які ними вирішуються. Так, із класу криміналістичних експертиз при розгляді цивільних справ частіше за все призначають експертизи, пов'язані з дослідженням документів — судово-почеркознавчі і судово-технічні експертизи документів [1, 75; 5, 26; 7, 71; 8, 37].

У судочинстві призначення судової експертизи є самостійною процесуальною формою використання спеціальних знань. Проведення експертизи пов'язане із спеціальними дослідженнями, але не будь-які дослідження можна назвати судовою експертизою. В сучасній практиці експертизу застосовують у різноманітних сферах. Так, одним з нових видів експертиз, що призначаються сьогодні, стала правова експертиза документів, проектів нормативних документів, правових рішень окремих органів чи посадових осіб тощо. Наприклад, на запит "Асоціації Українських банків" провідним науковим співробітником Академії правових наук України І.Ф. Сидоровим як експертом було проведено науково-правову експертизу щодо підстав відмови нотаріусом вчинення нотаріальної дії у розумінні норми ст. 55 Закону України "Про нотаріат" [6, 13–18]. Експертизи проводять в межах окремих відомств, які розробляють відповідні рекомендації. До них можна віднести військово-лікарняні експертизи, специфічні експертизи споживчих властивостей побутових виробів тощо. В музейній практиці, в живопису має місце експертиза мистецьких витворів на предмет розрізнення оригіналу і копії. В архівній справі традиційною стала експертиза цінностей документів для визначення того, які з них підлягають зберіганню в державному архіві. У видавництвах, редакціях журналів і газет використовують експертизу цінностей рукописів. Отже, експертиза може мати сво-

ім предметом обставини і елементи різних сфер практичної діяльності, для професійної оцінки яких потрібні спеціальні знання. Саме в такому смислі використовують поняття експертизи в різних відомчих актах, котрими врегульовано порядок проведення не судових експертиз.

Законом України "Про нотаріат" (ст. 51) передбачено можливість направлення нотаріусом документів на експертизу. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (п. 30) регламентує порядок призначення нотаріусом експертизи документів. Зокрема, в Інструкції вказано на те, що в разі виникнення сумнівів щодо справжності поданого документа, нотаріус вправі затримати цей документ і направити його до експертної установи для проведення відповідного дослідження. Окремо зазначено вимоги до постанови нотаріуса про призначення експертизи. В ній повинно бути зазначено: дата винесення постанови; прізвище, ініціали нотаріуса, який виніс постанову, найменування та адреса державної нотаріальної контори та адреса розташування робочого місця приватного нотаріуса; найменування документа, дата його видачі, ким та на чие ім'я він виданий; ким подано документ для вчинення нотаріальних дій; обставини, що викликали необхідність направлення документа для проведення дослідження; куди (якій експертній установі) направляється документ для проведення дослідження; питання, поставлені для вирішення експерту.

Проте ні в Законі, ні в Інструкції не йдеться про конкретні сумніви як приводи, що визначають "відповідність" експертного дослідження. Такі "сумніви" можуть стосуватися рукописних записів чи підпису в документі і відповідно до цього має бути призначено почеркознавчу експертизу, або ж у нотаріуса можуть виникнути сумніви щодо обставин виготовлення документа, внесення до нього змін шляхом дописки, видалення частини тексту тощо, і тоді дослідження повинні відповідати предмету техніко-криміналістичної експертизи документів.

Наголошуємо також на тому, що ні Закон України "Про нотаріат", ні Інструкція не називають цю експертизу документів судовою

і не вказують на те, що документ має бути направлено до державної спеціалізованої установи, якій надано право здійснення судово-експертної діяльності, пов'язаної з проведенням криміналістичних експертиз. Якби йшла мова про право нотаріуса призначати судову експертизу документів, то відповідно до ст. 7 Закону України "Про судову експертизу", це право можна було б реалізувати виключно в державних спеціалізованих установах. Проте оскільки закон такого права нотаріусу не надає, то це право повинно реалізуватись лише в цих установах. Отже, експертиза документів, що призначається нотаріусом, є різновидом не судової, а відомчої експертизи. На жаль, до сьогодні порядку призначення, проведення в експертній установі та оцінки результатів такої експертизи нотаріусом ні законодавчо, ні на відомчому рівні не регламентовано. Вважаємо, що до відповідного врегулювання цих питань хоча б на відомчому рівні нотаріуси в разі призначення експертизи документів повинні спиратись на загальні положення судової експертно-криміналістичної практики.

Але в існуванні цієї форми застосування криміналістичних знань нотаріусом ми вбачаємо ще один бік проблеми. Нотаріусу надано право призначення експертизи документів і в той же час за вимогами тієї ж ст. 51 Закону України "Про нотаріат" в разі виявлення під час вчинення нотаріальних дій порушень закону громадянами або окремими посадовими особами нотаріуси мають повідомляти про це для вжиття необхідних заходів відповідні підприємства, установи, організації або прокуратуру. Якщо нотаріусом в результаті проведення експертизи буде встановлено факт підроблення документа як наслідок вчинення або підготовки до вчинення злочину, то за направленими ним до прокуратури матеріалами може бути порушено кримінальну справу. Підставами для порушення кримінальної справи можуть стати й матеріали експертного дослідження документів. Але для отримання доказів, джерелом яких може бути висновок судового експерта, слідчий повинен буде обов'язково призначити судову експертизу для дослідження тих самих документів і перед експертами вже в межах судової експертизи за

тими самими об'єктами будуть поставлені ті ж самі питання. Фактично матиме місце дублювання процесу дослідження але в межах не нотаріальних дій, а в межах кримінального процесу.

Ще один аспект. Відповідно до ст. 14 Закону України "Про судову експертизу" судовий експерт на підставах і в порядку, передбачених законодавством, може бути притягнутий до дисциплінарної, матеріальної, адміністративної чи кримінальної відповідальності. Ст. 77 КПК України передбачено, що особа, яка призначена експертом, зобов'язана з'явитися за викликом і дати правильний висновок на поставлені запитання. За злісне ухилення від явки до суду, до органів досудового слідства або дізнання, експерт несе відповідальність відповідно за ч. 2 ст. 185³ або ст. 185⁴ Кодексу України "Про адміністративні правопорушення", а за дачу завідомо неправдивого висновку або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків — відповідно за ст. 384 або ст. 385 КК України. За допущення таких вчинків експертом в разі призначення експертизи документів нотаріусом, ніякої відповідальності не настає і нотаріус навіть не має права попереджати експерта про будь-яку відповідальність. Оскільки експертиза, що призначена нотаріусом, не є судовою, то й особи, які її проводять, не стають експертами в процесуальному розумінні і відповідно не мають прав та обов'язків, що передбачені кримінально-процесуальним, цивільним процесуальним або ж адміністративно-процесуальним законодавством.

Нотаріус, на відміну від процесуальних осіб, не має можливості забезпечити повноцінну підготовку матеріалів для експертного дослідження документів. Він не може всебічно з'ясувати питання виготовлення документів, позбавлений права відбирати експериментальні й вільні зразки почерку, підписів, відбитків печаток та штампів, вилучати в організаціях, підприємствах, установах чи у громадян зразки справжніх бланків документів для проведення порівняльних досліджень тощо. Доволі часто це стає перешкодою на шляху призначення нотаріусом експертних досліджень

Підготовка судової експертизи документів завжди передбачає підбір зразків для порівняльного дослідження, які потрібні для її проведення. Всі зразки, що направляються експерту, повинні бути належної якості, в потрібній кількості й вірогідного походження. Такі зразки, залежно від часу й умов їх походження, прийнято поділяти на декілька груп. Вільними зразками є такі, що утворилися до порушення кримінальної справи чи початку провадження у цивільній справі або до складання протоколу про адміністративне правопорушення і поза зв'язку з ними. У кримінальному судочинстві їх отримують переважно під час проведення окремих слідчих дій або за запитом слідчого від окремих осіб, установ, організацій. Вільні зразки в цивільному й господарському процесі надаються сторонами.

Експериментальні зразки відбирають уповноважені на те особи за спеціально створених умов і отримують їх в зв'язку з підготовкою органами досудового слідства, органами, що уповноважені розглядати справи про адміністративні порушення, або судом матеріалів на судову експертизу. З цього приводу відповідною особою, що здійснює кримінальне, цивільне або адміністративне провадження, виноситься постанова. В окремих випадках таке вилучення зразків для порівняльного дослідження здійснюють за участю спеціаліста. Умовно-вільними є зразки, що виникли після порушення справи органами досудового слідства, прийняття справи до провадження судом чи складання протоколу про адміністративне порушення, але не в зв'язку з підготовкою матеріалів для експертизи. Підбирає, отримує і направляє такі зразки експерту особа, що призначила судову експертизу.

Так, предметом почеркознавчої експертизи є відомості, що дають змогу в разі її призначення виявити факти, пов'язані з дослідженням рукописного тексту й підписів. Діапазон завдань, що розв'язується почеркознавчою експертизою доволі різноманітний. Цю експертизу може бути проведено з метою ідентифікації особи — виконавця рукопису, цифрових записів, підпису й встановлення фактів, що мають значення для розшуку

виконавця. Об'єктами почеркознавчої експертизи можуть бути оригінали рукописних документів, їх фрагменти, короткі записи та підписи. Складними для почеркознавчого дослідження, але можливими є такі об'єкти, як копії документів. Для таких досліджень експерту мають бути надані крім досліджуваного документа вільні зразки почерку — рукописи й підписи, що виконані особою до порушення справи або прийняття її судом до провадження, тобто коли виконавець не передбачав, що вони можуть бути використані як порівняльні матеріали для експертизи. Такі зразки є цінними з огляду на їх високу інформативність, а також на те, що виконуються без наміру змінити почерк або підпис. Умовно-вільні зразки почерку і підпису — це тексти, записи, підписи в документах, що виконані особою після початку провадження у справі, але не в зв'язку з призначенням експертизи. До них звертаються з метою розширення порівняльної бази, зокрема і в разі відсутності або недостатньої кількості вільних зразків чи наявності сумнівів щодо їх вірогідності. Експериментальні зразки почерку і підписів — це тексти, окремі записи, підписи, що виконані спеціально для проведення експертизи під контролем особи, що її призначила. Такі зразки можуть бути отримані слідчим, суддею особисто або за участю спеціаліста.

Предметом техніко-криміналістичної експертизи документів є коло фактичних обставин, пов'язаних із змінами в документах, ототожнення матеріалів виготовлення, засобів їх виготовлення, давності та послідовності виконання окремих реквізитів документа. Техніко-криміналістична експертиза документів має суміжні галузі з почеркознавчою, трасологічною, експертизою матеріалів і речовин. Інколи вони утворюють предмет комплексної експертизи. В предмет цієї експертизи не входить встановлення справжності чи підробки документа, тому що ці поняття містять не тільки технічну, але й юридичну оцінку.

Існує важлива, але спірна і не врегульована законом проблема, що виникає в нотаріальній практиці як державних, так і приватних нотаріусів, яка пов'язана з необхідністю здійснення ідентифікаційних дослі-

джен. Особливо це характерно для вчинення правочинів за нотаріальними справами про спадщину, купівлю або продаж нерухомого майна тощо. Ставлячи на вирішення експерту питання щодо ідентичності особи за почерком чи підписами, нотаріус повинен обов'язково надати експерту зразки для порівняльного дослідження, адже важливе для вірогідності висновку значення має наявність в розпорядженні експерта достатньої кількості вільних, умовно-вільних та експериментальних зразків для їх порівняння з досліджуваним документом. Але нотаріуси не мають можливості збирання таких зразків. В такому випадку виникає проблема або відмови від проведення експертного дослідження, або отримання таких зразків від осіб, установ, організацій на прохання нотаріуса. Проте в Законі "Про нотаріат" немає відповідної норми, яка б передбачала можливість і порядок постановки нотаріусами завдань для отримання зразків експертних досліджень.

Тобто і у кримінальному, і у цивільному, і в адміністративному процесі експертиза признається уповноваженою законом особою на збирання й оцінку доказів. А нотаріус доказів не збирає і тому призначати експертизу в тому розумінні, якою вона сприймається доктриною процесуального права, він не може.

Ще раз повернемося до тих положень законів України, якими встановлено, що судові криміналістичні експертизи доручаються виключно державним спеціалізованим експертним установам, і ці положення є безспірними, що підлягають безумовному виконанню. Але до якої експертної установи повинен направляти для проведення криміналістичного дослідження сумнівні документи нотаріус — законодавець не визначає. Отже, з огляду на відсутність застереження з приводу статусу експертної установи, такі дослідження нотаріус має право призначати будь-якому спеціалісту, який має достатні знання та практичний досвід для відповіді на поставлені нотаріусом запитання, зокрема, й спеціалістам з державних та не державних експертних установ, або особам, які здійснюють експертну діяльність на підприємницьких засадах і залучені не державною експертною

установою для разового виконання окремої експертизи. Таким чином, криміналістична по суті експертиза документів може бути проведена в недержавній і неспеціалізованій експертній установі. Окрім того, спеціалісти звертають увагу на те, що сьогодні частими є випадки недовіри до експертизи, виконаної в недержавній судово-експертній установі. Причиною такої недовіри в низці випадків є факти отримання протилежних висновків державної експертної установи в результаті призначення судами повторних експертиз після проведення первинних в недержавній експертній установі. В матеріальному плані виконання двох експертиз в недержавній, а потім в державній судно-експертній установі є також доволі втратним [3, 41–42].

Фактично дії нотаріуса з призначення експертизи більше підпадають під розуміння призначення спеціальних криміналістичних досліджень документів, а не їх експертизи. До того ж в ході таких досліджень, що призначаються сьогодні нотаріусами, здебільшого розв'язують питання діагностичного, а не ідентифікаційного характеру. З огляду на зазначені обставини логічним було б надати право нотаріусам на проведення криміналістичного дослідження документів спеціалістом, а не на проведення їх експертизи. Такі дослідження доцільно призначати державним спеціалізованим судово-експертним установам, в яких є достатня кількість висококваліфікованих спеціалістів, відповідного обладнання та значний досвід роботи на цьому напрямі.

Тому пропонуємо ч. 2 ст. 51 Закону України "Про нотаріат" викласти в такій редакції: ***"Якщо справжність поданого документа викликає сумнів, нотаріус та інші посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, вправі затримати цей документ і звернутися до спеціалістів в галузі криміналістичного дослідження документів із офіційним запитом щодо консультування їх з питань встановлення наявності ознак підробки в документі, а нотаріус, окрім того, має право за потреби призначити своєю установою проведення криміналістичне дослідження документа і направити його до державної спеціалізованої експертної***

установи". Вважаємо, що такий підхід до питання визначення нотаріусом справжності

наданих йому документів сприятиме підвищенню ефективності його роботи.

Список літератури:

1. Експертизи у судовій практиці / За заг. ред. В.Г. Гончаренка. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 388 с.
2. Закон України "Про судову експертизу" від 25 лютого 1994 р. № 4038-ХІІ // ВВР, 1994. — № 28. — Ст. 232. Із змінами, внесеними Законом України "Про внесення змін до Закону України "Про судову експертизу" від 9 вересня 2004 р. // Урядовий кур'єр від 5 жовтня 2004 р., № 188.
3. Зинин А.М., Омелянюк Г.Г., Пахомов А.В. Введение в судебную экспертизу. — М.: Изд-во Московского психолого-социального института; Воронеж: Изд-во НПО "МОДЕК", 2002. — 240 с.
4. Лапин А.В. Криминалистическая экспертиза. Курс интенсивной подготовки. — Минск: ТетраСистемс, 2006. — 160 с.
5. Лисиченко В.К., Литовский В.В. Исправленному не верить. — К.: Лыбидь, 1990. — 128 с.
6. Нотаріат. Науково-практичний журнал Української нотаріальної палати. — 2006. — № 5(79).
7. Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. — М.: Право и закон, 1996. — 224 с.
8. Эксперт. Руководство для экспертов органов внутренних дел / Под ред. Т.В. Аверьяновой, В.Ф. Статкуса. — М.: Право и закон, 2003. — 592 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассмотрены организационные и процессуальные вопросы проведения по требованию нотариуса криминалистических исследований документов и их фрагментов в случаях сомнения в их подлинности.

SUMMARY

This article concerns some organizational and legal proceedings of the problems of researching some criminal documents and their parts it is demanded by the notary in case they are supposed to be copied (counterfeited).

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 02.11.07



*Т.В. Михальчук,
ад'юнкт
(Київський національний університет внутрішніх
справ)
(Науковий керівник професор Кузьмічов В.С.)*

Використання при розслідуванні злочинів доказів, отриманих телекомунікаційним шляхом

Ключові слова: телекомунікаційні технології, кримінально-процесуальне право, докази, відеоконференції з'язок.

На сучасному етапі розвитку криміналістики в Україні питанням інформаційного забезпечення використання науково-технічних досягнень у слідчій діяльності приділено значну увагу. Питанням використання сучасних досягнень науки і практики у підвищенні ефективності боротьби зі злочинністю, зокрема, питанням інформаційного забезпечення розслідування злочинів, використання новітніх інформаційних технологій, приділяється значна увага і на науково-практичних конференціях.

За останні роки накопичено певний досвід у створенні комп'ютерних програм, які досить успішно використовуються в окремих напрямках правоохоронної діяльності. Наприклад, експертна система “Спрут” дозволяє на підставі певної криміналістично важливої інформації отримати висновки про зв'язки між суб'єктами злочинних формувань, оцінку достовірності рішень за допомогою інтервально-статистичного аналізу даних, дає можливість вводити до бази даних інформацію про нові організаційні структури й осіб, про їх зв'язки, містить інформацію про типові схеми злочинів, дає відповіді на запитання. Інша експертна система “Блок” розроблена для поліпшення ефективності праці в роботі підрозділів по боротьбі з економічними злочинами.

Науково-технічний прогрес у всьому світі з кожним роком набуває все більшого

значення. Фото-, аудіо- і відеоапаратура стали доступнішими, стали застосовуватися телекомунікаційні технології (ТКТ), у тому числі і цифрові. Вони дають можливість зафіксувати якнайповніше інформацію, дозволяючи об'єктивно оцінювати зафіксовані явища, предмети, процеси, “забезпечують точну передачу, повноту і хороше збереження інформації, що фіксується, швидкість, універсальність і зручність застосування” [2, 151].

На думку А. Сизоненка, широке застосування ТКТ в кримінальному процесі — один із шляхів якісного і ефективного здійснення даної діяльності і одна з невід'ємних умов успіху в розслідуванні кримінальної справи [10]. Тим часом, на практиці вказані засоби не використовуються. Недостатність їх використання пов'язана і з тим, що правоохоронні органи поки слабо оснащені технічними засобами.

Невизначеність місця ТКТ в кримінально-процесуальному праві викликано відносною новизною такого виду засобів і відсутністю значного досвіду їх застосування. Для того, щоб використання ТКТ не викликало особливих труднощів на практиці, необхідно чітко встановити: чи відноситься інформація, отримана ТК шляхом, до доказів.

У літературі з кримінального процесу проблема використання доказів, отриманих телекомунікаційним шляхом, не розглядається. Разом з тим теоретично важливим і

практично актуальним питанням правового статусу доказів, отриманих із використанням ТКТ, присвячені роботи О. Волеводза, В. Мілінчука, М. Пашковського, П. Бірюкова, Н. Ахтирської, А. Сизоненко, М. Смирнова та інших [1; 3; 5; 11; 12]. Однак і ці роботи обмежуються лише отриманням доказів із застосуванням відеоконференцз'язку (ВКЗ) із джерел в іноземній державі в порядку надання взаємної правової допомоги у кримінальних справах.

Ні чинний Кримінально-процесуальний кодекс (КПК), ні Конституція України не визначають порядку закріплення і використання доказів, отриманих із застосуванням ТКТ. Ця обставина ставить під сумнів юридичну силу доказів, отриманих із застосуванням ТКТ і відповідно позбавляє їх (якщо додержуватися буквально вимог КПК) будь-якого сенсу.

Тривалий час у кримінально-процесуальній та криміналістичній літературі панувала думка про те, що результати застосування технічних засобів не мають значення самостійного джерела доказів, а інформація, яка міститься у цих джерелах, не вважається доказовою [14, 455].

Очевидно, така позиція науковців обґрунтовувалася тим, що в ч. 4 ст. 85 КПК зазначено, що до протоколу слідчої дії можуть бути додані фотознімки, матеріали звукозапису, кінозйомок, відеозапису та інші матеріали, які пояснюють його зміст. Таке законодавче тлумачення сутності результатів застосування технічних засобів автоматично надавало їм статусу додатку до протоколу і способу допоміжної форми фіксації перебігу і результатів слідчої дії [9, 138].

Наукова думка з даного приводу формувалася у прогресивному напрямі: вчені, зважаючи на потреби практики розслідування злочинів та темпи зростання науково-технічного прогресу, почали активно наголошувати на потребі включення результатів застосування технічних засобів до джерел доказів [16, 46].

Прогресивним кроком законодавця є прийняття Закону України “Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України” від 21 червня 2001 р., відповідно до якого ст. 82 КПК передбачає, що “про-

токоли слідчих і судових дій, складені й оформлені у порядку, передбаченому КПК, носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії, є джерелом доказів, оскільки в них підтверджуються обставини і факти, що мають значення для справи”.

Не дивлячись на позитивні зрушення, проблема надання доказового значення результатам застосування технічних засобів (зокрема ТКТ) під час провадження слідчих дій залишається не вирішеною: так, у статті 65 КПК серед джерел доказів не зазначаються носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані хід та результати слідчих дій; це ж саме стосується і статті 85 КПК, де за ними зберігається статус додатків до протоколу.

Проте носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані хід та результати слідчих дій, мають самостійне доказове значення.

На думку І.В. Строкова, суттєвим недоліком організації діяльності вітчизняної правоохоронної системи є значний обсяг документообігу та складність процесуального оформлення доказів [15, 77].

Як свідчать результати вивчення практики роботи слідчих та викладачів, існуючий порядок фіксації слідчих дій надмірно завантажує роботу слідчого і потребує реформування (за це висловилося 55,3 % проанкетованих слідчих та 55,2 % викладачів). При цьому 55 % слідчих та 53,1 % викладачів вбачають вихід в удосконаленні протокольної форми фіксації ходу та результатів слідчої дії (за умови наявності належних результатів технічного документування — носіїв інформації) шляхом її скорочення. Зокрема, підтримується пропозиція зазначити факт проведення слідчої дії із застосуванням технічного засобу, його найменування, необхідні технічні характеристики, роз'яснення прав і обов'язків учасникам слідчої дії з підтвердженням їх обізнаності про залучення та умови застосування технічного засобу, короткий зміст провадження слідчої дії, отримані результати, носії, на яких вони зберігаються та інші важливі аспекти на розсуд слідчого [7, 361].

Крім того, перерахування у нормах КПК всіх допустимих для застосування технічних засобів суттєво обмежує можливість впровадження досягнень науково-технічного прогресу під час розслідування злочинів, що на сьогодні набув особливо швидких темпів розвитку. Внесення змін у кримінально-процесуальне законодавство є складним та трудомістким процесом, що займає багато часу і нерідко не встигає за потребами запровадження нових технічних засобів у кримінальному судочинстві.

Науковці вже тривалий час наголошують на необхідності закріплення законодавчого дозволу використовувати під час провадження слідчих дій технічні засоби та їх результати, що відповідають вимогам наукової обґрунтованості застосовуваних методів пізнання, не суперечать принципам кримінального судочинства та нормам професійної етики [4, 27].

Великий обсяг і різний зміст даних, які застосовуються у практиці кримінального судочинства, динамічність розвитку науки і техніки, викликають потребу визначення не точного переліку науково-технічних засобів, а їх правових підстав, критеріїв допустимості. Це завдання особливо актуальне при підготовці проекту нового КПК України, наголошують В.К. Лисиченко, В.В. Циркаль [8, 26–27].

Враховуючи пропозиції науковців, доцільно пропонувати правовий шлях розв'язання цієї проблеми: у законі варто сформулювати не вичерпний перелік засобів доказування та технічних процедур, які застосовуються для цього, а загальні принципи їх допустимості у судочинстві.

Тому доречною є пропозиція закріпити в Кримінально-процесуальному кодексі України перелік критеріїв та вимог, яким повинні відповідати науково-технічні засоби, що застосовуються під час провадження слідчих дій.

Система слідчих дій постійно розвивається та удосконалюється, як шляхом поліпшення процедури провадження існуючих слідчих дій, так і запровадження нових видів.

Кримінально-процесуальному кодексу України як нормативно-правовий акт, містить

у собі правові норми, що регулюють лише застосування науково-технічних засобів у кримінально-процесуальній діяльності. Це положення ч. 4 ст. 85, 85¹, 85², 88, ч. 6 ст. 114 КПК. Статтею 87¹ КПК (фіксування судового процесу технічними засобами) закріплено принцип повного фіксування перебігу судового процесу, добровільність застосування, тобто на вимогу хоча б одного учасника та регламентацію процесу безпосереднього застосування засобів фіксації. До таких засобів ч. 1 ст. 87¹ КПК відносить звукозаписуючу апаратуру та інші технічні засоби. Діючий КПК містить також низку правових норм, що визначають можливість використання такого науково-технічного засобу фіксації, як фотоапарат. Зокрема, це передбачено ч. 1 ст. 79 (фотографування речових доказів), ч. 5 ст. 175 (фотографування по можливості предметів, пред'явлених для впізнання), ч. 3 ст. 191 (фотографування предметів під час відтворення обстановки і обставин події) і, нарешті, ч. 5 ст. 174 (проведення впізнання по фотознімках). Положення ст. 82 КПК (протоколи слідчих і судових дій та інші носії інформації щодо цих дій) передбачає, що носії інформації, на яких з допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії, є джерелом доказів.

Вирішувати питання про допустимість даного виду доказів, необхідно виходячи з того, що, по-перше, згідно з ч. 1 ст. 67 КПК “суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, керуючись законом”, а, по-друге, існує заборона на використання доказів, отриманих незаконним шляхом, за якої суд самостійно вирішує питання про допустимість доказів, керуючись кримінально-процесуальним законом.

Оцінка даного виду доказів і вирішення питань, перелічених у ст. 64 КПК, мають проходити відповідно до норм кримінально-процесуального законодавства України. При оцінці допустимості доказів, необхідно виходити з того, що докази можуть бути визнані допустимими, якщо вони отримані на законних підставах, тобто за окремими судовими

або слідчими дорученнями; компетентними особами правоохоронних або судових органів; з дотриманням процесуальних норм.

Для того, щоб зазначені засоби відповідали критеріям допустимості необхідно щоб вони були: 1) прямо передбачені законом або не суперечили його нормам і принципам; 2) науково спроможними; 3) забезпечували ефективність провадження по кримінальній справі; 4) безпечними.

Інформація, отримана ТК шляхом може бути віднесена до справи точно так, як і будь-які інші не процесуальні дані. Отже, вона вільно може використовуватися як орієнтуюча, тактична інформація. Проте для того, щоб служити доказом у кримінальній справі, фактичні дані повинні знайти ще і властивість допустимості. Вони повинні бути отримані: 1) належним суб'єктом доказування; 2) належним способом збирання доказів; 3) із належного джерела доказів.

Застосування ТКТ у кримінальному судочинстві найбільше може бути піддано критиці з позиції принципу безпосередності дослідження доказів. Пояснити це неважко. Оскільки процесуальний порядок проведення слідчих дій з використанням ТКТ має деякі особливості, що відрізняють його від традиційного порядку, то, на перший погляд, видається, що застосування ТКТ впливає на демократичні основи судочинства, суперечить принципів безпосередності. Ми вважаємо, що відносини між інститутом ТКТ з переважною більшістю принципів кримінального процесу складаються так, що говорити про яке-небудь їхнє порушення, не доводиться. Багато принципів взагалі "не відчують" на собі впливу ТКТ і продовжують діяти так, як і при звичайному порядку проведення процесуальних дій. Однак є й принципи судочинства, які потребують докладнішого вивчення. Зокрема це принципи змагальності і безпосередності дослідження доказів.

У розумінні принципу безпосередності під впливом потреб правоохоронних і судових органів в ефективному розслідуванні, розгляді і вирішенні кримінальних справ відбулися помітні зміни, що підтверджують сучасні тенденції, пов'язані з визначенням об'єктивним обмеженням безпосередності дослідження

доказів у кримінальному процесі. Законодавець не може не враховувати обставини, що зумовлюють необхідність зробити винятки з цього правила. Хоча принцип безпосередності і є основним у кримінальному судочинстві, його реалізація стосовно всіх без винятку процесуальних дій, пов'язаних зі збиранням і дослідженням доказів, на усіх стадіях кримінального процесу неможлива.

Використання ТКТ у кримінальному судочинстві припускає ще в більшій мірі розширити тлумачення безпосередності участі сторони в процесі. Порядок проведення процесуальних дій із застосуванням ТКТ має деякі особливості, що відрізняють його від загального порядку проведення зазначених дій.

Однак принципи кримінального процесу ті ж самі, як для загального порядку проведення процесуально-слідчих дій, так і для порядку з використанням ТКТ. Відмінність останнього полягає в тому, що в ньому ці принципи під впливом чинників (швидкості, простоти, процесуальної економії) видозмінюються, при цьому не втрачаючи свого процесуального характеру.

Використання ТКТ при проведенні судового засідання з віддаленою присутністю обвинуваченого та при проведенні окремих слідчих дій не входить у суперечність із принципом змагальності. Обвинувачений безпосередньо в судовому засіданні не бере участь, однак його віддалена присутність у суді забезпечується ТКТ. Він має можливість заявляти клопотання, подавати докази, брати участь у їхньому дослідженні, так само, якби він безпосередньо перебував у залі суду. Крім того, безпосередню відстань обвинуваченого в залі суду можна компенсувати участю його захисника і законного представника, які у суді відстоюватимуть його права й інтереси.

Вважаємо, що факт перебування свідка, потерпілого, експерта або обвинуваченого в залі суду або іншому місці проведення процесуальної дії істотно не впливає на здатність слідчого, прокурора, суду відрізнити правдиві показання від помилкових, тому використання ТКТ узгоджується з принципом безпосередності і не має істотних недоліків порівняно з традиційними способами одержання по-

казань, не створює нездоланного бар'єру для ефективної комунікації між учасниками процесуальної (слідчої) дії, не має кардинальних відмінностей в оцінці показань.

Аналіз норм КПК дає підстави нам зробити висновок, що застосування в кримінальному судочинстві ТКТ принципово є припустимим і не суперечить принципам змагальності і безпосередності дослідження доказів. У законодавчо установлених випадках обмеження принципу безпосередності між судом і первинними джерелами доказів існують проміжні ланки свого роду посередники. У нашому випадку таким посередником виступають ТКТ.

Важливим є питання про допустимість доказів, отриманих у результаті проведення процесуальних дій з використанням ТКТ, тобто їхньої придатності з погляду законності джерела, методів і прийомів здобуття. Проблема правового забезпечення допустимості доказів, здобутих при проведенні процесуальних дій з використанням ТКТ у національному кримінальному процесі, повинна вирішуватися виходячи з того, що допустимість визначається законністю джерела доказів, суб'єкта, що його одержує, умовами і способами його отримання. Допустимість доказу тісно пов'язана з процесуальним порядком його одержання. Як відомо, способи збирання і закріплення доказів детально визначені кримінально-процесуальним законом. Будь-яка слідча або судова дія повинна провадитися тільки відповідно до закріплених у законі правил, в іншому випадку здобуті при їхньому проведенні результати не матимуть доказового значення.

Для допустимого використання у кримінальному судочинстві України таких доказів у кримінально-процесуальному законодавстві необхідно закріпити положення про можливість проведення окремих слідчих дій з використанням ТКТ, детально регламентувати процесуальні особливості такого способу збирання доказів. Одним із важливих критеріїв допустимого використання таких доказів є перевірка вірогідності здобутих за допомогою ТКТ результатів. Проблема не лише в тому, як будуть оформлені одержані результати, але й у надійності технічного з'єднання від втручан-

ня ззовні, оскільки недостатня захищеність від впливу на процес одержання зведень про факти може позначитися на вірогідності здобутих при проведенні процесуальної дії результатів. Визначити вірогідність можна тільки тоді, якщо є реальна можливість повністю контролювати процес одержання доказової інформації в ході використання ТКТ.

Використання ТКТ при проведенні окремих слідчих дій повинне гарантувати допустимість і вірогідність доказів, одержаних таким способом. Процедура проведення процесуальних дій з використанням ТКТ може бути визначена допустимою за умови одержання вимог, що забезпечують і гарантують обвинуваченому, потерпілому, свідкові й іншим особам можливість вільного давання ними своїх показань і заяви клопотань під час спілкування з прокурором, слідчим і судом. У цьому зв'язку в процесуальному законі повинне бути закріплене положення, відповідно до якого особа, що проводить процесуальну дію, повинна мати можливість переконатися, що учасник не підпадає під вплив, дає показання добровільно, має вільну лінію вибору свого поведіння, має можливість заявляти клопотання.

Застосування ТКТ у кримінальному судочинстві повинне визнаватися допустимим, якщо їх використання: 1) передбачено законом, не суперечить принципам кримінального процесу, відповідає цілям і завданням судочинства; 2) відповідає науковим положенням, що лежать в основі ТКТ; 3) забезпечує ефективність провадження по кримінальній справі; 4) відповідає моральним нормам, не заподіює шкоди і не принижує людську гідність.

Отримання доказів за допомогою використання ТКТ вбачається якісною альтернативою звичайному способу отримання доказів шляхом проведення допитів, очних ставок (причому особи, які беруть участь в очній ставці можуть знаходитися в різних місцях), так як слідчий (суд) безпосередньо може спостерігати поведінку допитуваної особи, її емоції, реакції організму, які не піддаються вольовому контролю людини або підсвідомі, а також є можливість застосування всіх тактичних прийомів проведення слідчої дії.

Внесення до КПК неузгоджених окремих доповнень і змін істотно перешкоджає реалізації норм на практиці. Так, закріпивши можливість проведення допиту з віддаленою присутністю допитуваного (ч. 6 ст. 303 КПК), законодавець не регламентує процедурні питання застосування технічних засобів, що забезпечують надійність і якість зв'язку, правовий статус осіб, присутніх при проведенні допиту (фахівців, що забезпечують якість зв'язку, посадовців, що засвідчують особу допитуваного і ін.).

Питання про допустимість оперування відомостями про факти, отримані в результаті проведення дистанційного допиту, не отримав в законі належної регламентації. В зв'язку з цим являють інтерес наступні питання: загальні умови допустимості дистанційного допиту в кримінальному судочинстві; процесуальні умови проведення допиту з віддаленою присутністю допитуваного; процесуальне положення осіб, що беруть участь в проведенні дистанційного допиту.

Як загальні умови допустимості проведення дистанційного допиту в кримінальному процесі, що підлягають нормативному закріпленню, повинні бути: його наукова достовірність, тобто відповідність науковим положенням, що лежать в основі дистанційного допиту; відповідність цілям і завданням судочинства; законність застосування; відповідність етичним нормам.

На думку М.І. Смирнова, “на можливі заперечення з приводу того, що проведення дистанційного допиту є відступом від кримінально-процесуального принципу безпосередності сприйняття судом доказів з впевненістю можна говорити, що допитуваний доступний як суду, так і решті учасникам процесу і може бути допитаний про всі обставини, що мають значення для справи” [13, 187].

Проведення дистанційного допиту пов'язане з участю в кримінальному судочинстві фахівців, що забезпечують якість зв'язку і, відповідають тому призначенню, про яке йдеться в ст. 128¹ КПК. У КПК необхідно передбачити можливість присутності осіб, участь яких не передбачена КПК в проведенні дистанційного допиту. При цьому їх проце-

суальне положення повинне бути пов'язане із забезпеченням прав і законних інтересів допитуваного.

Допитуваному, а також іншим учасникам процесу необхідно надати право заявляти відвід фахівцю-оператору і іншим особам, а також клопотання про необхідність роз'яснення принципів дії ТКТ і процесу отримання з їх допомогою певних результатів.

Одним з важливих критеріїв допустимості проведення дистанційного допиту є перевірка достовірності отриманих за допомогою використання ТКТ результатів. Проблема полягає не в тому, як будуть оформлені отримані результати, а в надійності технічного з'єднання від втручання ззовні, оскільки недостатня захищеність від дії на процес отримання відомостей про факти може позначитися на достовірності отриманих при дистанційному допиті результатів. Визначити достовірність можливо лише за наявності реальної можливості повністю контролювати процес отримання доказової інформації в ході допиту з віддаленою присутністю допитуваного.

Таким чином, можна зазначити, що кримінально-процесуальний інститут дистанційного допиту знаходиться у стадії становлення, можливість його застосування при розслідуванні і судовому розгляді кримінальних справ потребує правового врегулювання.

Потенційні можливості, що надаються інститутом дистанційного допиту при розкритті злочинів, важко переоцінити. На жаль, вітчизняний законодавець цього не враховує, обмежуючи можливість проведення дистанційного допиту лише випадками забезпечення безпеки свідків і потерпілих.

Крім вказаних вище, можливе проведення таких дій, як впізнання, огляд, проведення експертизи та інших. В.В. Коваленко вважає доцільним ч. 5 ст. 174 КПК представити в такій редакції: “Впізнання у разі необхідності може проводитися за фотознімками, відеозаписом, а також із використанням комп'ютерних технологій і телекомунікацій відповідно до умов, викладених у цій статті” [6, 131]. Внесення до КПК пропонованого доповнення, на нашу думку, істотно збільшить можливості й вірогідність проведення окремих слідчих дій, дозволить без перешкод

застосовувати нові науково-технічні засоби при проведенні слідчих дій.

Після закінчення слідчої дії, яка проводилась за допомогою використання ТКТ, представники відповідних органів, а також судової влади складають протокол, який повинен відповідати вимогам ст. 85, 85² КПК. До протоколу додаються відеозаписи слідчої дії.

В протоколі повинні бути відображені час та місце слідчої дії, відомості про особистість особи та правове положення всіх інших осіб, які приймали участь в слідчій дії, а також про технічні умови, при яких проводилася слідча дія.

В слідчих діях, які проводяться за допомогою використання ТКТ, повинні брати участь перекладач та поняті, а хід їх проведення обов'язково фіксуватися відеозаписом. Слідчий чи суд перед початком слідчої дії засвідчують особи учасників, а також роз'яснюють їм права та обов'язки, передбачені КПК.

Ефективність отримання доказів за допомогою використання ТКТ безперечно гарантоване дотримання конституційних прав учасників слідчої або слідчо-судової дії; зменшення економічних витрат (виклик потерпілих, свідків та інших учасників); дія проводиться, навіть, за відмови потерпілих, свідків та інших учасників з'явитися до місця виклику; безперечна економія часу на відміну від виконання доручень, які виконуються за загальним правилом, "традиційно"; достовірність отримання доказів; різноманітність слідчих дій, які можна таким чином провести, не має значення відстань між особами, які проводять процесуальну дію; якісне забезпечення безпеки осіб, котрі беруть участь у кримінальному судочинстві; відсутня можливість втечі осіб, які тримаються під вартою, з місця проведення слідчої дії, а також витрати на надійні та достатні заходи охорони таких осіб; процесуальні дії проводяться компетентними

службовими особами України і застосовуються норми кримінально-процесуального законодавства України, що забезпечує безперешкодну участь отриманих доказів у процесі доказування та допустимість їх використання при розслідуванні у судовому розгляді справи.

Тому, враховуючи викладене вище, КПК України необхідно доповнити низкою норм, які законодавче закріплювали б можливість проведення слідчих дій за допомогою використання ТКТ.

На наш погляд, впровадження запропонованих норм у КПК дозволить вирішити багато часових та матеріальних проблем, пов'язаних з виконанням слідчих доручень у кримінальних справах, покращить якість розслідування, дозволить безперешкодно використовувати отримані докази у кримінальному процесі, сприятиме підвищенню ефективності правосуддя.

Використання ТКТ в процесі розкриття злочинів дозволить уникнути помилок і суперечностей, прискорити процес розкриття злочинів, об'єктивніше відображати дані, що мають значення для кримінальної справи.

Законодавче регулювання кримінально-процесуальних питань використання ТКТ в різних країнах перебуває в стадії становлення, у зв'язку з чим говорити про поширення такого роду процесуальних дій не можна проте з урахуванням перспективності застосування ТКТ в кримінальному судочинстві вважаємо необхідним якнайшвидше введення в кримінально-процесуальне законодавство норм, що визначають специфіку доказів, одержаних з використанням ТКТ, і умови проведення відповідних слідчих дій. При вдосконаленні правової норми, регулюючої питання застосування ТКТ необхідно враховувати досвід зарубіжних держав і рекомендації вчених.

Список літератури:

1. *Ахтырская Н.* Оказание правовой помощи по уголовным делам в рамках Содружества // Российская юстиция. — 2002. — № 7.
2. *Белоусов А.В.* Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. — М.: Юрлитинформ, 2001. — 173 с.

3. *Бирюков П.Н.* К вопросу о правовом статусе доказательств по уголовным делам, полученных из источников в иностранном государстве // Правоведение. — 1999. — № 2.
4. *Быховский И.Е.* Процессуальные и тактические вопросы системы следственных действий: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. — М., 1976. — 32 с.
5. *Волеводз А.Г.* Концептуальные проблемы совершенствования регламентации уголовно-процессуальных аспектов международного сотрудничества в проекте УПК РФ // Юрист. — 2001. — № 1.
6. *Коваленко В.В.* Правове забезпечення застосування сучасних науково-технічних засобів при пред'явленні для впізнання живих осіб // Вісник ЛАВС ім. 10-річчя незалежності України. Нове кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство та завдання юридичної підготовки кадрів ОВС України: Спец. вип. у 2 ч. — Луганськ, 2002. — Ч. 2.
7. *Кузьмічов В.С., Черноус Ю.М.* Слідча діяльність: характеристика та напрями удосконалення: Монографія. — К.: ЗАТ "НІЧЛІАВА", 2005. — 448 с.
8. *Лисиченко В.К., Циркаль В.В.* Использование специальных знаний в следственной и судебной практике: Уч. Пособие. — К.: КГУ, 1987. — 100 с.
9. *Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України / М.М. Михеєнко, В.П. Шибіко, А.Я. Дубинський, Відп. ред. В.Ф. Бойко, В.Г. Гончаренко.* — 2-ге вид. — К.: Юрінком Інтер., 1999. — 624 с.
10. *Сизоненко А.* Відеозв'язок як засіб проведення слідчих дій за межами України // Право України, 2003. — № 3. [Електронний ресурс] (www.lawbook.by.ru:81/magaz/pravoukr/0303/cont.shtml-23k-).
11. *Сизоненко А.* Деякі особливості використання доказів, отриманих за кордоном // Підприємство, господарство і право. — 2002. — № 10. [Електронний ресурс] (www.gpu.gov.ua/control/uk/publish/article/info?art_id=65436&cat_id=63047-52k-).
12. *Смирнов М.* Використання в кримінальному процесі України доказів, отриманих із джерел в іноземній державі // Прокуратура, людина, держава. — 2004. — № 2.
13. *Смирнов М.И.* Дистанционное проведение допроса: перспективы развития // Правова держава очима молодих дослідників: Матеріали 4-ї звітної щорічної студентської конференції (Одеса, 20 березня 2001 р.) / Відп. ред. М.О. Баймуратов. — Одеса: Юрид. література, 2001.
14. *Строгович С.М.* Курс советского уголовного процесса. В 2-х т. Т. 1 Основные положения науки советского уголовного процесса. — М.: Наука. — 1968. — 470 с.
15. *Строков І.В.* Правові та моральні засади застосування криміналістичних засобів: Монографія. — К.: НАВСУ, 2003. — 325 с.
16. *Тертышник В.М., Слинко С.В.* Теория доказательств: Учебное издание. — Х.: Арсис., 1998.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются процессуальные вопросы применения телекоммуникационных технологий в сфере уголовного судопроизводства. Проведен анализ правовых норм Уголовно-процессуального кодекса Украины, которые регулируют применение научно-технических средств в уголовно-процессуальной деятельности. В статье также отмечается на необходимость в последующей разработке данной темы, а также быстрейшему введению в уголовно-процессуальное законодательство норм, которые определяют специфику доказательств, полученных с использованием телекоммуникационных технологий, и условия проведения отдельных следственных действий.

SUMMARY

In clause remedial questions of application of telecommunication technologies in sphere of criminal legal proceedings are considered. The analysis of rules of law of the criminal-remedial code of Ukraine that adjust application of scientific and technical means in criminal-remedial activity is lead. In clause also it is marked on necessity for the subsequent development of the given theme, and

also to the fastest introduction in criminally-remedial legislation of norms which define specificity of the proofs received with use of telecommunication technologies, and conditions of carrying out of separate investigatory actions.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 01.11.07



А.М. Бірюкова,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Гарантії адвокатської діяльності при здійсненні захисту

Ключові слова: гарантії адвокатської діяльності, адвокат, захисник.

У лінгвістичному розумінні “гарантія” — це умова, що забезпечують успіх чого-небудь [7, 328]. На нашу думку, точніше визначає зміст цього поняття переклад з мови походження цього терміна: “гарантія” походить від французького слова *garantie* — порука; умова, яка забезпечує щось. Таким чином, у визначенні сутності гарантій є певні умови, що більшою чи меншою мірою забезпечують щось.

Виникає запитання: як нормативно визначено гарантії адвокатської діяльності і, зокрема, при здійсненні захисту у кримінальному судочинстві? Стисла відповідь на це запитання міститься у ст. 10 Закону України “Про адвокатуру”. Більшість правових гарантій, які справедливо можна іменувати кримінально-процесуальними гарантіями адвокатської діяльності при здійсненні захисту, зосереджено у Кримінально-процесуальному кодексі України та деяких інших законах України, а також у міжнародно-правових актах.

На нашу думку, правові гарантії адвокатської діяльності при здійсненні захисту можна вирізнити за належністю норм права до Кримінально-процесуального кодексу України, Закону України “Про адвокатуру” тощо. Проте в процесі адвокатської діяльності зазначені гарантії взаємозв’язані і їх не варто виокремлювати залежно від виду адвокатської діяльності. Нехтування цим призводить до плутанини у нормативному регулюванні гарантій адвокатської діяльності, наприклад,

набувши статусу захисника, адвокат не втрачає встановлених законом гарантій адвоката. У науковій літературі правильно звертається увага на те, що у Конституції України поняття надання правової допомоги і захисту від обвинувачення розмежовані (ст. 59). У чинному кримінально-процесуальному кодексі також ідеться про два повноваження захисника — здійснення захисту і надання необхідної юридичної допомоги при провадженні у кримінальній справі (ст. 44, 48). Наприклад, ст. 69 КПК забороняє допит адвоката як свідка з приводу того, що йому довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності (якщо його не звільнено від обов’язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила ці відомості адвокату), і водночас стосовно захисника підозрюваного, обвинуваченого, підсудного і представника потерпілого, позивача, відповідача заборона допиту обмежена лише тими обставинами, які стали їм відомі при наданні юридичної допомоги підзахисному або довірителям (п. 2 ст. 69). Отже, слушно вважають автори коментарю до Закону України “Про адвокатуру”, наявним є незбіг обсягу інформації, таємниця якої охороняється законом, щодо адвоката і захисника, що відбивається й на обсязі втручання у діяльність захисника, в т. ч. коли у процесі ним виступає адвокат [2, 55]. У літературі справедливо зазначається, що для забезпечення гарантій прав у кримінальному процесі першочергове значення мають:

1) законодавче встановлення прав учасників процесу; 2) законодавча регламентація умов забезпечення прав учасників процесу; 3) точне виконання посадовими особами приписів законів щодо забезпечення гарантій прав учасників процесу; 4) знання власних прав і обов'язків суб'єктами процесу та безумовне їх виконання [1, 72; 3, 15].

Гарантії адвокатської діяльності, встановлені ст. 10 Закону України “Про адвокатуру”, стосуються лише прав адвоката, проте правові гарантії повинні забезпечувати й належне виконання обов'язків адвоката у кримінальному процесі. Правові гарантії здійснення обов'язків адвоката у кримінальному процесі встановлені в окремих нормах КПК та передбачають кримінально-процесуальну відповідальність адвоката-захисника. Інститут дисциплінарної відповідальності адвоката є універсальною гарантією належного, якісного здійснення захисту та надання правової допомоги адвокатом-захисником.

Таким чином, говорячи про гарантії забезпечення адвокатської діяльності при реалізації права обвинуваченого на захист, мову потрібно вести про правові гарантії належної реалізації прав та обов'язків адвоката-захисника у кримінальному процесі, визначені законами та іншими нормативно-правовими актами України. Зрозуміло, що Закон України “Про адвокатуру” не є тотожним Кримінально-процесуальному кодексу за предметом правового регулювання і не може містити вичерпного переліку прав захисника і умов їх забезпечення. В цьому випадку варто було б говорити про запровадження інституціональних гарантій діяльності адвоката-захисника. Наприклад, тринадцять частин Федерального положення про адвокатуру в ФРН [9] присвячені адвокатському судочинству. Зокрема, адвокат, якого обрано до суду в справах адвокатів, набуває на цей період статусу професійного судді з усіма відповідними гарантіями.

Автори коментарю до Закону України “Про адвокатуру”, аналізуючи гарантії адвокатської діяльності, пропонують розширити їх коло у самому Законі і внести відповідні зміни в галузеве процесуальне законодавство [2, 54–63].

В юридичній літературі висловлена думка про доцільність класифікації кримінально-процесуальних гарантій реалізації прав суб'єктів правовідносин на дві групи:

а) гарантії, що забезпечують публічні інтереси (це ті положення, котрі мають забезпечити швидке повне розкриття злочинів і викриття винних, а також ті, що забезпечують загальні умови розгляду кримінальних справ, визначають принципів положення кримінального судочинства);

б) гарантії, які забезпечують інтереси конкретних учасників процесу [3, 16].

На нашу думку, запропонована класифікація має досить умовний (неформалізований) і спірний критерій розмежування гарантій — публічний і приватний інтерес, а тому важко віднести її до науково обґрунтованих і було б необачно керуватися нею при дослідженні проблеми гарантій адвокатської діяльності.

У сучасних умовах розвитку адвокатури адвокатська діяльність та її організація мусять бути системно забезпечені гарантіями, унормованими в законах, галузевих процесуальних кодексах. І при цьому, як слушно наголошує М.Б. Смоленський, існує необхідність встановлення додаткових процесуальних гарантій [8, 16–17]. Цей автор справедливо відзначає головні гарантії реалізації прав адвоката — його незалежність та недоторканність.

З чинного Закону України “Про адвокатуру” випливає, що гарантія у вигляді “незалежності” стосується адвокатури як правового інституту (ст. 4) і не розглядається як гарантія конкретних прав адвоката (ст. 10). “Недоторканність” як певна гарантія в цьому Законі, на жаль, не згадується, але аналіз змісту ст. 10 дає підстави стверджувати, що у деяких випадках про це йдеться. Наприклад, заборона огляду, розголоження чи вилучення без згоди адвоката документів, пов'язаних з виконанням адвокатом доручення є складовими особистої недоторканності адвоката.

У проекті Закону України “Про адвокатську діяльність”, внесеному до Верховної Ради України народним депутатом Ю.Р. Мірошніченком, та у відповідному проекті, поданому до Верховної Ради України народним депутатом України М.А. Маркуш та іншими [5; 6] гарантія незалежності адвокатської ді-

льності визначена правильно. У ст. 4 вказано-го першим проекту категорія “незалежність” використовується як функціональна ознака організації адвокатів. Стосовно конкретного адвоката України ця гарантія розглядається як складова його професійної діяльності. Як уже зазначалося, категорія “недоторканність” у цих проектах не вживається, проте окремі елементи особистої недоторканності адвоката визначені в статтях “Гарантії адвокатської діяльності” — заборона огляду, розголошення чи вилучення без згоди адвоката документів, пов’язаних з виконанням адвокатом доручення; заборона проведення щодо адвоката оперативних-розшукових заходів, несумісних із збереженням адвокатської таємниці, зняття інформації з будь-яких технічних засобів, які використовуються в адвокатській діяльності тощо. Вважаємо, що в законі необхідно чітко розмежувати гарантії за ознакою особистої недоторканності адвоката, оскільки змішування цих понять ускладнює сприйняття нормативно визначених гарантій.

На нашу думку, прикладом спірного розуміння співвідношення гарантій незалежності і недоторканності адвокатської діяльності може слугувати ст. 18 “Гарантії незалежності адвоката” Федерального закону “Про адвокатську діяльність і адвокатуру в РФ” [4, 70]. Чи можна заборону втручання в адвокатську діяльність, відповідно до ч. 1

ст. 18 цього закону, розглядати як гарантію незалежності адвоката? Категорія “незалежність” — це передусім функціональна ознака адвокатської діяльності. Тому вважаємо, що найменування цієї статті (“Гарантії незалежності адвоката”), безвідносно до наявності чи відсутності професійної діяльності, не повною мірою відповідає її змісту. Позитивний обов’язок держави щодо забезпечення незалежності адвокатської діяльності можна розглядати як гарантію її незалежності. Встановлення у частині 1 цієї статті заборони втручання або перешкоджання законній адвокатській діяльності можна розглядати лише як певний принцип адвокатської діяльності. Частини 2–4 зазначеної статті Закону РФ прямо встановлюють “недоторканність”, певний імунітет адвоката, що не є тотожним незалежності адвоката. В цьому контексті у проектах закону України “Про адвокатуру” [5; 6] науково виважено використовується категорія “незалежність” стосовно організації і діяльності адвокатури та діяльності конкретного адвоката. Однак, розглядаючи гарантії адвокатської діяльності, правомірно виходити за рамки гарантій, що передбачені ст. 10 Закону України “Про адвокатуру”, і необхідно встановити інші норми права, якими гарантується не тільки адвокатська діяльність, а і належне здійснення адвокатом своїх обов’язків.

Список літератури:

1. *Аленин Ю.П., Гурджи Ю.А.* Предварительное расследование: процессуальные гарантии информированности потерпевшего // Актуальні проблеми держави та права: Зб. наук. пр. Вип. 10. — Одеса: Одеська нац. юр. акад., 2001.
2. *Варфоломеева Т.В., Гончаренко С.В.* Науково-практичний коментар до Закону України “Про адвокатуру”. Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність: Зб. нормат. актів. Коментар / Академія адвокатури України. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 432 с.
3. *Выдря М.* Уголовно-процессуальные гарантии в суде: Учеб. пособие. — Краснодар, 1980. — 96 с.
4. *Лубшев Ю.Ф.* Комментарий к Федеральному закону “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации” (постатейный). — М.: ТОН — Профобразование, 2002. — 192 с.
5. Проект Закону України “Про адвокатську діяльність”, внесеного народним депутатом України Ю. Мірошниченко // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України: <http://gska2.rada.gov.ua>
6. Проект Закону України “Про адвокатуру”, реєстр, внесений народними депутатами України М.А. Маркуш, В.А. Дем’яохінім, Ю.А. Кармазінім // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України: <http://gska2.rada.gov.ua>

7. Словник синонімів української мови / А.А. Бурячок, Г.М. Гнатюк, С.І. Головащук та ін. — К.: Наукова Думка. — 1999–2000. — Т. 1. — 1040 с.
8. Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность и адвокатура Российской Федерации: Учебник. — Ростов-н/Д, 2002. — 232 с.
9. Федеральное положение об адвокатах от 1 августа 1959 г. (Федеральный вестник законов, часть III, 303-8), с изменениями от 9 марта 2000 г. (Федеральный вестник законов, часть I, с. 182, 190): Пер. с нем. — Бонн: Германский фонд международного правового сотрудничества, 2005. — 164 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена некоторым вопросам, касающимся гарантий адвокатской деятельности. Рассматривается и обосновывается необходимость наделения конкретного адвоката гарантиями адвокатской деятельности, а не только адвокатуры как правового института.

SUMMARY

This article is dedicated to problems guarantee of advocate's activity. The necessity of giving some guarantee of advocate's activity to certain lawyers, rather than the bar as a legal institute.

*Рекомендовано кафедрою
адвокатської майстерності*

Подано 19.11.07

А.Е. Костин,
адвокат
(Одесская коллегия адвокатов)

Как совместить членство обязательное и добровольное? (Опыт регулирования деятельности объединений адвокатов в Германии)

Ключевые слова: *Федеральная коллегия адвокатов, Немецкая ассоциация адвокатов, членство в адвокатуре, доступ к профессии, региональные коллегии.*

На фоне долгих дискуссий о принципах саморегулирования адвокатской профессии в Украине, считаю полезным обратиться к опыту германских коллег, которые сумели создать простую и понятную систему объединения адвокатов, совмещающую в себе элементы обязательного и добровольного членства. Главным фактором, на мой взгляд, удачного решения немецких коллег, является четкое разграничение целей, задач и полномочий двух параллельно действующих профессиональных объединений адвокатов: Федеральной Коллегии Адвокатов (с обязательным членством и наличием функции дисциплинарного надзора) и Немецкой Ассоциации Адвокатов (добровольной организации, в которую входит подавляющее большинство адвокатов Германии). При этой системе две организации не конкурируют, а дополняют друг друга, и я предлагаю ознакомиться с основными чертами регулирования деятельности профессиональных объединений адвокатов в Германии.

Профессия адвоката и ее положение в системе государства и общества установлены в Конституции и урегулированы в соответствии с федеральным законом.

Федеральный закон об адвокатуре (Bundesrechtsanwaltsordnung — BRAO), парламентский закон, который подробно ре-

гулирует профессию адвоката. BRAO определяет профессию адвоката как либеральную профессию, в которой адвокаты полностью независимы от государственного влияния на их работу (свобода юридической практики). Право адвокатов представлять граждан по всем юридическим вопросам может быть ограничено только согласно федеральному закону.

Необходимые условия для доступа к профессии адвоката строго регулируются в соответствии с федеральным законом. В интересах общества и надлежащего отправления правосудия, адвокат подчинен следующим установленным законом обязанностям: независимости, конфиденциальности, предотвращении злоупотреблений служебным положением, выполнения объективной и компетентной работы. Вмешательство государства в непосредственную адвокатскую деятельность не допускается.

Нарушение профессиональных обязанностей адвокатом влечет за собой ответственность, которая также регулируется законом. Первоначально региональная коллегия адвокатов, к которой принадлежит адвокат, принимает решение относительно применения ответственности, после чего материалы передаются в судебный орган специальной юрисдикции, являющийся частью государ-

ственной судебной системы и решающий вопросы по существу.

Правила, сформулированные для профессии адвоката в Федеральном законе об адвокатуре, регулируются исключительно законодательной властью. Адвокаты и их организации не имеют полномочий самостоятельно вводить и устанавливать профессиональные стандарты.

С 1994 г. специальной организации адвокатов под названием “Регулятивная Ассамблея” (Satzungsversammlung), созданной из числа адвокатов путем демократических выборов, позволили конкретизировать установленные законом условия для регулирования осуществления профессии адвоката. Существует узко ограниченный, исключительный перечень условий для этого. Решения Регулятивной Ассамблеи, которые должны быть одобрены квалифицированным большинством голосов, выражаются в регулировании некоторых профессиональных обязанностей. Условия регулирования профессии не позволяют устанавливать новые профессиональные обязанности, а дают возможность только более определенно формулировать установленные законом правила в соответствии с руководящими принципами, установленными законодателем. Решения Регулятивной Ассамблеи и условия регулирования профессии изучаются Федеральным Министерством Юстиции в плане их соответствия закону и Конституции. Министерство может отменить решения Регулятивной Ассамблеи путем издания соответствующего административного акта.

Выполнение профессионального закона об адвокатуре, стандартизированного в BRAO, является неотъемлемой задачей государства, которая обычно достигается через деятельность государственных институтов. Поэтому государство могло вводить правила, применимые к адвокатам, через федеральные и государственные органы правосудия (прямое государственное регулирование). Однако немецкий законодатель не пошел по этому пути, а с учетом традиций немецкого законодательства передал права на применение закона, затрагивающего профессиональную деятельность адвокатов, специальному органу — Региональным коллегиям адвокатов

(Rechtsanwaltskammer), в которые входят члены адвокатской профессии.

В Германии есть 28 региональных коллегий адвокатов, которые учреждены в виде корпораций публичного права и функционируют как квазигосударственные органы. Государство вправе контролировать исполнение Региональными коллегиями адвокатов своих обязанностей. Постоянной задачей коллегий является обеспечение условий, при которых профессиональные знания адвокатов служили бы на пользу обществу, а деятельность адвокатуры осуществлялась в общественных интересах. Следовательно, регулирование деятельности адвокатов может содержать только те ограничения, которые служат общественным интересам. Суды и в конечном счете — Федеральный Конституционный Суд рассматривают соответствующие споры, потому что регулирование профессии затрагивает ст. 12 Конституции ФРГ (свобода профессии).

После допуска к профессиональной адвокатской деятельности каждый адвокат становится членом Региональной коллегии адвокатов в форме обязательного членства. Члены Региональной коллегии адвокатов выбирают органы коллегии и в соответствии с установленными законом полномочиями принимают необходимые решения. Коллегии имеют собственный бюджет и наделены правом собирать членские взносы.

Задачи Региональных коллегий адвокатов описаны и детально ограничены в BRAO. В дополнение к задачам, которые затрагивают организацию и бюджет, к их задачам прежде всего относятся:

- осуществление дисциплинарного надзора за деятельностью адвокатов;
- консультирование и структурирование адвокатов по профессиональным вопросам.

Только Региональные коллегии адвокатов имеют дисциплинарные полномочия. Кроме того, они обязаны участвовать в обеспечении адвокатами нормальной деятельности судебной системы, а также в обеспечении профессионального обучения адвокатов. Коллегии также ответственны за обучение офисного персонала адвокатских компаний. Еще одной

задачей Региональных коллегий является предоставление экспертных заключений по вопросам, представленным государственными органами и министерствами, которые затрагивают интересы Региональных коллегий. При этом Региональные коллегии выполняют только те функции, которые предоставлены им по закону, а не все те, которые кажутся полезными для адвокатов.

Все 28 Региональных коллегий адвокатов объединены на общегосударственном уровне в Федеральную Коллегию Адвокатов (*Bundesrechtsanwaltskammer* — BRAK) в форме обязательного членства. BRAK также является корпорацией публичного права и должна выполнять функции, предоставленные законом. Они включают, в том числе, участие в решении вопросов, которые затрагивают все Региональные коллегии, определение мнения индивидуальных коллегий и установление мнения большинства путем общей дискуссии; участие в делах, которые затрагивают все Региональные коллегии, выражение мнения Федеральной Коллегии Адвокатов компетентным властям, судам и организациям, представительство всех Региональных коллегий в этих учреждениях.

В рамках Федеральной Коллегии Адвокатов также учреждена Регулятивная Ассамблея. Интересно, что Президент Федеральной Коллегии Адвокатов и президенты Региональных коллегий не имеют права голоса как члены Регулятивной Ассамблеи, а правом голоса при принятии решений обладают адвокаты, выбранные собраниями Региональных коллегий адвокатов. Федеральная Коллегия Адвокатов не имеет права собирать членские взносы, а получает финансирование из взносов, которые собирают Региональные коллегии.

Представление экономических, политических и профессиональных интересов адвокатов перед обществом, политическими партиями и государством не входит в круг задач, специально определенных для Региональных коллегий и Федеральной Коллегии Адвокатов. Представление таких интересов перед названными субъектами является целью и задачей Немецкой Ассоциации Адвокатов (*Deutscher Anwaltverein* — DAV). Ассоциация

адвокатов — независимая организация, созданная для лоббирования профессиональных интересов немецких адвокатов, и основана на добровольном членстве. Существует 243 местные ассоциации адвокатов, объединенные в Немецкую Ассоциацию Адвокатов. Любой допущенный к практике адвокат может стать членом местной ассоциации адвокатов. Членство в местной ассоциации адвокатов, в отличие от обязательного членства в Региональных коллегиях, является добровольным. Каждая местная ассоциация адвокатов выбирает свое правление.

Местные ассоциации адвокатов участвуют в работе Немецкой Ассоциации Адвокатов на общих собраниях. Количество голосов, принадлежащих каждой из местных ассоциаций, зависит от числа ее членов. Общее собрание DAV избирает правление, утверждает годовой бюджет, устанавливает размер членских взносов и является высшим органом управления ассоциации.

Правление, избранное на общем собрании ассоциации, состоит из 27 членов, каждый из которых должен быть членом местной ассоциации адвокатов. К компетенции правления DAV относится решение всех вопросов ассоциации, за исключением тех, которые переданы общему собранию или другим органам ассоциации. Правление может передать дополнительные полномочия президенту и президиуму. Президент представляет ассоциацию и ведет текущие дела. Он возглавляет проведение общих собраний, заседаний правления и президиума, а также принимает решения по всем срочным делам. Президиум управляет активами ассоциации, финансами, и инвестициями и отвечает за подготовку общих собраний ассоциации.

Финансирование Немецкой Ассоциации Адвокатов производится через систему членских взносов, которые местные ассоциации адвокатов перечисляют в DAV за каждого из своих членов.

Такова вкратце система объединения членов адвокатской профессии в Германии. Четкое регулирование прав, обязанностей и ответственности адвокатов, закрепленное в Конституции ФРГ и соответствующем федеральном законе, объединение их в Феде-

ральную Коллегию Адвокатов по принципу обязательного членства, позволяют адвокатам Германии занимать определенное место в системе германского общества и правосудия и поддерживать необходимый баланс сил в этой системе. Кроме того, обязательное членство в структуре позволяет Федеральной Коллегии Адвокатов быть по настоящему саморегулирующейся организацией, так как наличие прав и обязанностей обязательно корреспондирует соответствующая ответственность за их нарушение и несоблюдение. Меры воздействия должны быть обязательно применимы, как крайний случай, в принудительном порядке. Применить меру дисциплинарной ответственности к представителю профессии возможно в рамках саморегулирующейся организации

только тогда, если она объединяет всех членов профессии.

Добровольная ассоциация немецких адвокатов дает возможность адвокатам реализовать свои иные профессиональные интересы в тех местных органах, которые им ближе по духу, территориально либо узкопрофессионально. Здесь уже действует своеобразная конкуренция между ассоциациями. Тем не менее, очень важно, что на общегосударственном уровне эти ассоциации объединены в единую структуру, что позволяет нашим немецким коллегам опосредованно влиять на общественную жизнь страны с точки зрения защиты собственных профессиональных и других интересов.

РЕЗЮМЕ

В статті аналізується організація діяльності адвокатури в ФРН, а саме: Федерації колегій адвокатів з обов'язковим членством і наявністю функції дисциплінарного нагляду та Німецької асоціації адвокатів — добровільної організації, до якої входить переважна більшість адвокатів Німеччини.

SUMMARY

The article analyses the organization of advocate's activity in FRG, such as: Federations of board of judge's ninth obligatory membership and functions of discipline's observation and German association of advocates – voluntary organization, which mostly consists of German advocates.

*Рекомендовано кафедрою
адвокатської майстерності*

Подано 06.11.07



I.I. Крилова
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Поняття, основні риси та види нормативних актів

Ключові слова: акт, юридичний акт, правовий акт, нормативний акт, ненормативний акт, правозастосувальний акт.

Встановлення та застосування норм права у процесі державного управління здійснюється державними органами через видання ними актів державного управління. Результати здійснення державними органами своїх повноважень фіксуються у певних офіційно-документальних формах, тобто юридичних актах.

Спочатку слід зазначити, що в юридичній літературі багато уваги приділяється з'ясуванню юридичної природи окремих видів актів, але комплексні дослідження системи актів та їх класифікація майже відсутні, що ускладнює практику їх визначення, встановлення їх співвідношення та правового значення [1, 193; 10, 1].

Про актуальність розробки теорії юридичних актів у своїх роботах згадують багато науковців, серед яких С.С. Алексєєв, П.М. Рабінович, Г.О. Христова, А.М. Міцкевич та інші, але питання залишається досі відкритим [1, 193; 6, 3; 8, 96; 10, 1].

Початковим етапом дослідження буде визначення слова “акт”, яке походить від латинського “actus” — дія та “actum” — документ. В юридичних енциклопедіях та словниках поняття “акт” розкривається як вчинок, дія і офіційний документ, як результат такої дії [3, 15; 7, 21; 12, 448].

Термінологічні розбіжності різних значень поняття “акт” виникають залежно від моментів застосування цього слова. Розглянемо визначення кожного терміна окремо та спробуємо проаналізувати їх.

Так, термін “юридичний акт” визначається як акт, що встановлює певні права або обов’язки для громадян, організацій, установ, підприємств [13].

Під поняттям “юридичний акт” вважають офіційний письмовий документ, який зумовлює певні правові наслідки, створює юридичний стан і спрямований на регулювання суспільних відносин. Юридичні акти поділяються на нормативні акти, тобто такі, що містять норми права, які регулюють певну сферу суспільних відносин, та індивідуальні (ненормативні) акти, що визначають права та обов’язки тільки тих суб’єктів, яким вони адресовані [12, 448].

В.Н. Додонов в юридичному словнику розкриває “юридичний акт” як документ, що видається державним органом та містить загальнонормативні або індивідуальні приписи. До поняття юридичного акта автор також відносить документи, складені в установленому законодавством порядку, які породжують певні правові наслідки [3, 15].

Термін “юридичний акт” в правовій літературі здебільшого не вивчається як окрема юридична категорія, крім того, його нерідко ототожнюють з поняттям “правовий акт”. В загальній теорії держави та права поняття “юридичний акт” безпосередньо пов’язано із поняттям “юридичний факт”, оскільки без юридичних фактів виникнення правовідносин неможливе, а у житті суспільства різноманітні юридичні факти виникають постійно, що викликає, змінює або припиняє

певні правовідносини. Правомірні юридичні факти (дії) поділяються на юридичні акти та юридичні вчинки. Так, С.Л. Лисенков під “юридичним актом” розуміє дію (як певний вид юридичного факту відносно волі суб’єкта), що спеціально чинять з метою виникнення певних юридичних наслідків [5, 219, 220, 355].

Юридичні факти, в свою чергу, це “передбачені в законі обставини, які є підставою для виникнення (зміни, припинення) конкретних прав та обов’язків. Залежно від наявності зв’язку із волею суб’єкта юридичні факти поділяються на дві групи: події та дії. Дії (бездіяльність) — життєві факти, які є волевиявленнями (тобто результатом свідомої діяльності) людей. Вони, у свою чергу, поділяються на правомірні (такі, що відповідають приписам правових норм) та неправомірні (такі, що суперечать законодавству, є правопорушеннями) дії. Серед правомірних дій важливе місце посідає юридичний акт: акти застосування права, різного роду правочини, а також заяви та скарги...” [12, 448].

У С.С. Алексєєва, складовими юридичного факту — правомірної дії (конкретної життєвої обставини, з якою юридична норма пов’язує виникнення, зміну чи припинення правових наслідків) є індивідуальний акт, юридичний вчинок, правомірна результативна дія. Індивідуальні акти, в свою чергу, поділяються на державно-правові акти, адміністративні акти, угоди, процесуальні акти та акти трудового права, сімейно-правові акти та ін. [2, 163, 168, 169].

Як зазначалося, юридичні акти охоплюють як акти-дії, так і акти-документи. Юридичні акти як офіційні документи виступають носіями змістових елементів правової системи — правових норм, індивідуальних рішень у конкретній справі тощо.

З огляду на викладене, можна зробити певний висновок, що під юридичним актом слід розуміти правомірну дію особи, здебільшого у формі офіційного письмового документа, який зумовлює певні правові наслідки, створює юридичний стан і спрямований на регулювання суспільних відносин. Юридичні акти поділяються на нормативні акти та індивідуальні (ненормативні) акти.

В юридичній літературі, як вже зазначалось, поняття “юридичний акт” та “правовий акт” ототожнюються, оскільки тотожними є і самі поняття “юридичний” та “правовий” (тобто, такий, що відноситься до права). В юридичних словниках ці поняття також мають однакове визначення.

С.С. Алексєєв під терміном “правовий акт” розуміє належним чином (словесно-документально) оформлений зовнішній вираз волі держави, її органів, окремих осіб, який включає до себе змістові елементи правової системи — юридичні норми, правові положення практики, індивідуальні приписи, автономні рішення осіб [2, 192–193]. Правові акти поділяються на нормативні акти та індивідуальні акти. Загальними рисами правових актів є словесно-документальний вигляд (зовнішня форма права у словесно-документальному вигляді); вольовий характер (джерело результату вольової поведінки осіб); закріплення в акті змістових елементів правової системи — юридичних норм, правових положень практики, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб [2, 194].

Цікавий підхід до визначення “правового акта” є у Г.О. Христової, під “правовими актами” розуміє акти, які надають праву формальної визначеності, є формою права як системи норм і принципів та містять всі ознаки права. Вона доходить висновку, що правовий акт завжди є юридичним, в той час як далеко не кожний юридичний акт може бути визнаний правовим [10, 16].

Отже, під “правовим актом” розуміють словесно-документально оформлену волю осіб із характерними елементами правової системи, яку спрямовано на врегулювання суспільних відносин. Правові акти поділяються на нормативні акти та індивідуальні акти. Враховуючи викладене, поняття “юридичний акт” і “правовий акт” мають спільні риси і однакове значення, мають однакову класифікацію: нормативні акти та індивідуальні акти.

“Нормативний акт” багатьма словниками визначається як акт компетентного органу державної влади, який встановлює, змінює або скасовує норми права [13]. Нормативний акт є різновидом юридичного/правового акта, оскільки останній може бути нормативним

актом та індивідуальним (ненормативним) актом.

А.Ф. Шебанов ще у 1956 р. визначав нормативний акт СРСР як “специфічну форму вираження волі робочого класу та керованих ним працюючих мас СРСР, на основі якої правила, сформульовані в актах, одержують юридичну обов’язковість та завдяки забезпеченому державному примусу стають правовими нормами” [11, 5]. З часом С.С. Алексєєв у своїх роботах визначає «нормативний юридичний акт», як різновид правового акта, офіційним актом-документом правотворчості компетентного органу, який включає юридичні норми [2, 201]. В.Г. Гончаренко дає найбільш вичерпне визначення поняття “нормативного акта” як офіційного письмового документа, який приймають суворо визначені законом органи і яким встановлюються, змінюються або скасовуються норми права. Нормативні акти мають чітку ієрархічну супідрядність і у зв’язку з цим різну юридичну силу. За цією ознакою нормативні акти поділяються на конституцію, закони, підзаконні акти [12, 258].

З огляду на викладене, нормативний акт, як різновид юридичного / правового акта, є офіційним письмовим документом компетентного органу державної влади яким встановлюються, змінюються або скасовуються норми права.

Другим різновидом юридичного / правового акта є ненормативний або індивідуальний акт, або, як його ще називають в юридичній літературі — правозастосувальний акт.

Слід зазначити, що у законодавстві відсутні чітке визначення ненормативного акта, вимоги до його форми і змісту. У теорії адміністративного права ненормативним (індивідуальним) актом називають акт, який стосується конкретних осіб, їх прав і обов’язків. Характерною рисою ненормативних актів є їх очевидний правозастосовчий характер. Різновидом ненормативних актів є правоохоронні, юрисдикційні рішення [1, 283].

У теорії держави та права під “правозастосувальний актом”, наприклад, П.М. Рабінович розуміє “спосіб закріплення і зовнішнього виразу державно-владних правил поведінки (велінь) індивідуального характеру, які підтверджують, встановлюють, змінюють або

припиняють юридичні права і обов’язки персоніфікованих суб’єктів у конкретній життєвій ситуації” [8, 74]. Правозастосувальні акти класифікуються залежно від суб’єктів прийняття; за галузевою належністю норм, які застосовуються; за юридичною формою акта; залежно від функції у правовому регулюванні; за характером індивідуальних приписів; за характером юридичних наслідків; за формою зовнішнього виразу.

В.В. Лазарєв та С.В. Липень правозастосувальним актом називають “документ, в якому міститься індивідуально-конкретний припис, виданий компетентним органом у результаті вирішення юридичної справи” [4, 371].

Ненормативний акт на відміну від нормативного акта: 1) не містить у собі загальних норм і правил поведінки для невизначеного кола осіб; 2) є індивідуальним актом, адресованим одному або декільком особам; 3) породжує для конкретної особи або декількох осіб цивільні права та обов’язки.

Нарешті, необхідно визначити такі поняття, як “нормативно-правовий акт” чи “нормативний правовий акт”.

Словники та енциклопедії під поняттям “нормативний правовий акт” розуміють письмовий офіційний документ, прийнятий правотворчим органом в межах його компетенції та направлений на встановлення, зміну або скасування правових норм [13]. В.Н. Додонов під “нормативно-правовим актом” розуміє власний припис державних органів, який встановлює, змінює чи скасовує норми права (закон, кодекс, постанова, інструкція та ін.) [3, 420]. С.Л. Лисенков та П.М. Рабінович нормативно-правовим актом вважають “прийнятий у встановленому порядку компетентним суб’єктом офіційний письмовий документ, в якому в односторонньому вольовому порядку встановлюються, змінюються чи скасовуються норми права” [5, 148; 9, 128]. Нормативно-правовий акт є основним джерелом права в Україні.

Традиційно нормативно-правові акти класифікуються за такими критеріями: 1) за юридичною силою — на закони (нормативно-правові акти, що приймаються колегіальним представницьким органом державної влади

(парламентом) або всенародним голосуванням (референдумом) і регулюють найважливіші суспільні відносини) і підзаконні нормативно-правові акти (акти, які видаються на основі та на виконання законів і з метою їх конкретизації уповноваженими на те державними органами); 2) за суб'єктами видання — на акти народу, акти органів держави, органів місцевого самоврядування, спільні акти органів держави і недержавних організацій; 3) за сферою дії — на акти загальної дії, акти місцевої дії, відомчі акти, акти внутрішньої дії; 4) за галузями законодавства — на адміністративні, цивільні, кримінальні, інші; 5) за характером воевнявлення компетентного суб'єкта — на акти встановлення норм права, акти зміни норм права, акти скасування норм права; 6) за ступенем абстрактності правових норм — на первинні та конкретизаційні; 7) за часом дії — акти невизначеної дії та акти визначеного строку [1, 199; 5, 149–151; 9, 120].

Таким чином, нормативно-правовий акт, як основне джерело права в Україні, є прийнятим у встановленому порядку компетентним органом офіційним письмовим документом, який встановлює, змінює чи скасовує норми права.

Поширеною диференціацією нормативно-правових актів є їх класифікація саме за суб'єктами видання. Верховна Рада України видає закони і постанови; Президент України

— укази; Кабінет Міністрів України — постанови, розпорядження, декрети; міністерства та відомства — правила, порядки, інструкції, вказівки, нормативні накази і т.д. У прийнятих державними органами законах, постановах і розпорядженнях, указах, наказах і інструкціях відображені конкретні рішення державної влади, її дії щодо здійснення владних функцій. За допомогою нормативно-правових актів рішення державних органів становиться надбанням широкого кола осіб та організацій, які повинні виконувати ці рішення або отримують, як наслідок, певні права, матеріальні та духовні блага та ін.

Підводячи підсумок, слід зазначити, що державне управління суспільством у сучасних умовах неможливе без широкого використання правових / юридичних актів. У статті ми зробили спробу проаналізувати визначення окремих термінів: “правовий акт”, “юридичний акт”, “нормативний акт”, “нормативно-правовий акт”, їх класифікації.

Правові акти державних органів, як акти управління, є найвагомимим за обсягом різновидом правових / юридичних актів взагалі [1, 280]. У науковій літературі і в українському законодавстві відсутнє загальноприйняте визначення правового акту управління, немає єдиного підходу до назви таких актів, тому це питання потребує окремого висвітлення.

Список літератури:

1. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч., том 1. Відп. ред. В.Б. Авер'янов. — К.: Юридична думка, 2004. — 584 с.
2. *Алексеев С.С.* Общая теория права: Том 2. — М.: Юрид. лит., 1982.—360 с.
3. Большой юридический словарь / Под ред. Додонова В.Н. — М.: Инфра, 1997. — 790 с.
4. *Лазарев В.В., Липень С.В.* Теория государства и права. 3-изд. — М.: Спартак, 2004. — 528 с.
5. *Лисенков С.Л.* Загальна теорія держави і права. Навч. посіб. — К.: Юрисконсульт, 2006. — 355 с.
6. *Мицкевич А.В.* Правотворческое значение нормативного акта // Советское государство и право, 1965. — № 11.
7. *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. — 4-е изд. доп. — М.: ООО “Ити технологии”, 2003.
8. *Рабінович П.М.* Загальна теорія держави і права. Навч. посіб. — К.: 1993. — 180 с.
9. *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави. Навч. посіб. Вид. 6-е. — Харків: Консум, 2002. — 189 с.

10. *Христова Г.О.* Теоретичні проблеми визначення та класифікації юридичних актів: Республ. міжвід. наук. зб. — Харків, 2003, вип. 61.
11. *Шебанов А.Ф.* Нормативные акты Советского государства. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1956. — 38 с.
12. Юридичний словник / За ред. В.Г. Гончаренка. — К.: Форум, 2005.
13. <http://www.dic.academic.ru> Словари и энциклопедии на Академикe.

РЕЗЮМЕ

В статье автор рассматривает понятия, основные черты и виды актов. Исследование базируется на анализе понятий “правовой акт”, “юридический акт”, “нормативный акт”, “нормативно-правовой акт”.

SUMMARY

The author tackles the definition of acts, their characteristics and classification. Research bases on analysis of the definition of the legal act, the regulatory act, the legal regulatory act.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 09.11.07



*Н.Ч. Цакадзе,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г.Гончаренко)*

Прокуратура та її місце в системі органів влади

Ключові слова: *влада, державна влада, функції державної влади, прокуратура, правовий статус прокуратури.*

Діяльність органів прокуратури, як і інших структур, проходить в умовах здійснення соціально-економічних і політико-правових реформ в Україні. Сама прокуратура також піддана істотному реформуванню, що проявилось передусім в її інституціоналізації як самостійної державної структури, зосередженні діяльності її органів на захисті основ конституційного ладу, переорієнтації на пріоритетне забезпечення прав і свобод людини і громадянина, забезпеченні реальної незалежності прокуратури та її посадових осіб.

Суттєве значення для визначення правового статусу прокуратури мають положення VII розділу прийнятої в червні 1996 р. Конституції України, яка зберегла прокуратуру як централізовану систему та визначила її функції на перспективу і на перехідний період — до стабілізації соціально-економічної і політичної ситуації в державі [12].

Питання, пов'язані з визначенням правового статусу прокуратури, організації діяльності, функцій, прокурорському нагляду, завжди були предметом уваги з боку правознавців, які досліджували проблеми конституційного права і прокурорського нагляду.

Ця проблематика висвітлена у роботах багатьох українських та зарубіжних вчених та фахівців, серед яких І.В. Вернидубов, В.Г. Гончаренко, О.Б. Давиденко, В.В. Долежан, В.С. Зеленецький, П.М. Каркач, М.В. Косюта, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленко, Ю.Є. Полянський, М.В. Руденко, В.М. Савицький, Г.П. Серета, К.Ф. Скворцов,

В.Я. Тацій, О.Б. Черв'якова, П.В. Шумський та ін.

Разом з тим дискусії щодо правового статусу, який має прокуратура в державно-правовій системі, її взаємовідносин з іншими органами державної влади, не можна вважати вичерпаними, а можливості їх наукового дослідження — використаними, що актуалізує обраний напрям наукового пошуку у цій сфері.

Завданням цієї статті є розроблення концептуальних проблем, які пов'язані з визначенням місця прокуратури в системі державно-правових інститутів України і на цій основі формулювання відповідних теоретичних висновків та розроблення пропозицій щодо змісту нового Закону України “Про прокуратуру”, внесення змін в Конституцію України.

Прокуратура України становить державну єдину централізовану багатофункціональну систему. Її статус та роль у державі визначаються цілями і задачами її діяльності та повноваженнями. Конституційні основи організації та діяльності прокуратури визначені ст. 121 Конституції. Однак ні зазначена конституційна норма, ні Закон України “Про прокуратуру” від 5 листопада 1991 р. не дають відповіді на питання, до яких же органів державної влади України необхідно віднести прокуратуру [12].

Ця проблема загострюється у зв'язку із вимогами привести діяльність прокуратури у відповідність із Конституцією та міжнародними зобов'язаннями України. У зв'язку з

цим чимало науковців, прагнучи підкреслити самостійність і винятковість своєї позиції щодо правового статусу прокуратури, використовують різні шляхи, про що свідчить існування в науковій літературі різних підходів. Так, В.В. Долежан, Є.Б. Черв'якова вважають, що прокуратура повинна перебувати в системі законодавчої влади [9, 19; 26, 10]. Перший Президент України Л.М. Кравчук, В.М. Савицький, В.М. Точилівський, Л.М. Давиденко місце прокуратури пов'язують з судовою владою [5, 65; 15; 22, 31; 25, 20]. О.М. Бандурка, С.П. Головатий вважають, що прокуратура повинна бути у системі Мінюсту України [1, 40; 2, 40]. М.М. Михеєнко пропонував децентралізувати, розсосередити прокурорську систему, створивши дві підсистеми: загальнонаглядову прокуратуру при парламенті, яка буде виконувати одну із функцій (контрольну) законодавчої влади, і прокуратуру при судах (судову прокуратуру), поклавши на неї функцію підтримання обвинувачення, здійснення нагляду за дотриманням законів органами дізнання і попереднього слідства та органами, що виконують вирок суду [19, 195]. Існує точка зору про те, щоб прокуратуру включити у так звану контрольну (наглядову) гілку влади [24, 27].

Аналізуючи сказане, виникає правомірне запитання — чи можна казати про те, що влада ділиться, як передбачено Конституцією, на владу законодавчу, виконавчу та судову? Спробуємо відповісти на це запитання звернувшись до відомої теорії поділу влади, запропонованої Д. Локком і Ш. Монтеск'є, які вважали, що практичне застосування поділу влади має бути спрямовано передусім на обмеження королівського абсолютизму через дію системи стримувань і противаг у відносинах між різними органами державної влади. Проте, як цілком слушно зазначив М.В. Косюта, “в умовах сучасного демократичного суспільства практичне застосування поділу влади передусім переслідує мету впорядкування державно-владної діяльності для того, щоб держава в цілому і окремі складові частини державного механізму найефективніше реалізовували функції державного управління і пов'язані з ними функції соціального контролю” [14, 16].

Правильне розуміння принципу поділу державної влади багато в чому залежить від того, який зміст вкладається в це поняття. Розглянемо декілька позицій.

Так, С.Л. Лисенков зазначав що, державна влада — це здатність окремих суб'єктів підпорядковувати своїй волі поведінку інших суб'єктів у сфері управління справами суспільства шляхом використання державного апарату [18, 46]. П.М. Рабінович визначає державну владу лише як “здатність держави підпорядковувати своїй волі поведінку людей та діяльність об'єднань, що знаходяться на її території” [21, 51]. В.С. Чиркін розглядає державну владу, як “належність держави, яку від її імені здійснюють державні органи і державні службовці (посадові особи)” [27, 42]. На думку В.В. Копейчикова, доцільно говорити не про поділ державної влади, а про поділ сфери праці і повноважень між різними суб'єктами, які за родом своєї діяльності реалізують функції держави [13, 91]. В.Г. Гончаренко зазначає, що влада у загальному вигляді є можливість і здатність справляти визначальний вплив на діяльність і поведінку людей. Як складний соціальний феномен, вона має численні структурні та функціональні характеристики. Єдність, неподільність влади є одним із принципів її реалізації, втілення в реальні суспільні відносини. Оскільки влада за визначенням цілком і повністю належить народові, він не повинен ділити її з ким-небудь, бо інакше втрачається сам зміст, сутність суверенітету — його не можна мати частково. Лише народ, здійснюючи належну йому владу, визначає, як, яким чином забезпечити реалізацію свого національного, народного та державного суверенітету. У той же час багатоплановість і динамізм влади вимагають передачі владних повноважень представницьким органам за умови унеможливлення узурпації влади завдяки створенню для цього механізму чіткого розмежування повноважень, нормативізацію взаємних стримувань і співробітництва. Реалізація влади вимагає функціонального розмежування, поділяється не влада, а функції її здійснення [3, 21].

Стаття 6 Конституції України закріплює принцип поділу влади на законодавчу, ви-

конавчу та судову, проте в ній не вказується конкретно, які саме органи відносяться до кожної з них. Відповідь на це питання слід шукати в подальших статтях Конституції. Так, за ст. 75 Конституції України, “єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент — Верховна Рада України”.

Виконавча влада — орган, що має право безпосереднього управління державою. Органом цієї влади в масштабах усієї країни є уряд, який забезпечує виконання законів та інших актів законодавчої влади, є відповідальним перед Президентом України, підзвітним і підконтрольним Верховній Раді України. Відповідно до статті 113 Конституції України “Кабінет Міністрів України є вищим органом у системі органів виконавчої влади” Але й до цього часу українським законодавством не врегульовано багато питань, пов’язаних з правовим статусом виконавчої влади, з принципами і порядком її діяльності та взаємодії з органами інших влад [6, 23; 8, 33; 10, 512; 11, 259; 17, 130; 20, 38].

Судова влада — незалежна влада, що охороняє право, виступає арбітром у спорі про право, відправляє правосуддя. Роль судової влади полягає у стримуванні двох інших гілок влади в рамках права, шляхом здійснення конституційного нагляду і судового контролю за ними. Відповідно до ст. 124 Конституції України “правосуддя в Україні здійснюється виключно судами”.

Перелік органів державної влади, зазначений в частині першій ст. 6 Конституції України, науковці тлумачать по-різному. В.М. Косюта, В.В. Сухонос, В.Я. Тацій вважають, що поділ влади не є беззастережною вказівкою і не виключає можливість існування інших самостійних інститутів влади [14, 10; 23, 10; 24, 27]. В той же час В.Г. Гончаренко зазначає, що конституційний принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову є вичерпним, про що свідчить сполучник “та” [3, 21]. Отже, Конституційна норма, викладена в такій формі, не передбачає існування інших органів державної влади, що є суперечливим.

В науці існує класифікація органів державної влади за певними критеріями. Ми розглянемо тільки один критерій розподілу

органів державної влади — зміст діяльності органів державної влади, оскільки, на нашу думку, саме функціональна ознака є визначальною для поділу органів державної влади.

Так, С.Л. Лисенков за змістом діяльності органів державної влади поділяє їх на законодавчі, виконавчі та органи правосуддя [18, 87]. У своїх роботах А.М. Колодій та В.В. Копейчиков визначають органи законодавчої влади, органи виконавчої влади, органи судової влади та контрольно-наглядові органи [13, 90]. П.М. Рабінович розрізняє органи законодавчої влади, главу держави, органи державного управління (виконавчої влади), судові органи, органи контрольно-наглядові [21, 54]. Проте, як зауважив В.М. Косюта, “чим складніше є апарат держави, тим розгалуженішим є її функції, а значить, неминуче виникає потреба у нових гілках влади...” [14, 16].

Отже, влада належить народу України і є цілісна, суверенна й неподільна. У реальній політико-правовій практиці має місце не поділ влади, а структурне відокремлення її функціональна спеціалізація окремих ланок державного механізму. Інакше кажучи, згаданий принцип “поділу влади” передбачає структурну диференціацію трьох рівнозначних основних функцій держави: законодавчої, виконавчої, судової. Звідси, поділ функцій влади відображає, з одного боку, виділення основних функціональних видів діяльності держави: законотворення, правозастосування і правосуддя, а з іншого — організаційний устрій держави як сукупність різних видів державних органів: законодавчих, виконавчих і судових (як основних) із властивою їм компетенцією (сукупністю державно-владних повноважень) [28, 252]. В.Г. Гончаренко пропонує доповнити існуючий перелік установчою і контрольною функціями, остання буде покладатися на прокуратуру (цілком значущими є також інформаційна, організаційно-господарська і виховна функції влади). Тоді можна буде побачити, що, наприклад, Президент і прокуратура мають владні повноваження, чого не можна сказати за існуючою редакцією ст. 6 Конституції [3, 21].

Президент України, наприклад, формально не входить до законодавчої, виконавчої чи

судової “влади”, хоча як глава держави, гарант державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, він має компетенцію у всіх сферах влади (підписує закони, прийняті Верховною Радою України; має право вето, щодо прийнятих законів Верховною Радою; видає укази і розпорядження, які є обов’язковими до виконання на території України; призначає третину складу Конституційного Суду України; здійснює помилювання).

Що ж стосується прокуратури, то її не можна відносити до жодної з “гілок влади”, але вона, безумовно, має неабиякі владні повноваження, які визначають її статус та роль у державі. Ці повноваження визначаються цілями і задачами її діяльності. Так, відповідно до ст. 4 Закону України “Про прокуратуру” діяльність органів прокуратури спрямована на всемірне утвердження верховенства закону, зміцнення правопорядку і має своїм завданням захист від неправомірних посягань на закріплені Конституцією України незалежність республіки, суспільний та державний лад, політичну та економічну системи, права національних груп і територіальних утворень; гарантовані Конституцією, іншими законами України та міжнародними правовими актами соціально-економічні, політичні, особисті права і свободи людини і громадянина; основи демократичного устрою державної влади, правовий статус місцевих рад, органів самоорганізації населення [7; 26, 10].

В Конституції України закріплено, що на прокуратуру покладаються такі функції: 1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадянина або держави в суді в випадках, визначених законом; 3) нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов’язаних з обмеженням особистої свободи громадян; 5) нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади,

органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами. Перехідними положеннями Конституції, за прокуратурою збережено виконання відповідно до чинного законодавства функції нагляду за додержанням і застосуванням законів (тобто загальний нагляд) — до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів [12].

З зазначеного видно, що за прокуратурою закріплений загальний нагляд, який є основною проблемою для визначення місця прокуратури в системі державних органів та їх функцій, оскільки прокуратура випадає з переліку органів державної влади України, порушується також закріплений в Конституції України принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову. Не спрацьовує і “система стримувань і противаг”, оскільки немає нагляду і контролю за самою прокуратурою, а прокуратура, здійснюючи загальний нагляд, виходить, не стоїть на одній сходинці з іншими органами державної влади, а підноситься над ними [16, 144].

На думку В.Г. Гончаренка, яку ми підтримуємо, та на протипагу прихильникам “загального нагляду прокуратури” вважаємо, що прокурорський нагляд необхідно привести в рамки Конституції — дотримання законів в оперативно-розшуковій діяльності, дізнання, досудовому слідстві, виконанні судових рішень, застосуванні інших заходів примусового характеру. Більше того — прокурор має право (і обов’язок) реагувати на порушення законів, звертати на це увагу порушників та відстоювати інтереси громадянина або держави в суді [4, 56].

Виконуючи різні владні функції (судову, виконавчу, інформаційну тощо), основною з яких є контрольна, прокуратура займає місце самостійного контролю-наглядового державного органу і не належить до жодної з “гілок влади”, закріплених у Конституції України, але це положення до цього часу не відображено у Конституції, Законі України “Про прокуратуру” та інших нормативних актах.

Враховуючи проведення правової реформи, при розробленні нового проекту Закону України “Про прокуратуру” та внесення змін до Конституції України слід звернути увагу:

- влада є неподільною, вона належить народові;
- багатоплановість і динамізм влади вимагають передачі владних повноважень представницьким органам, причому у реальній політико-правовій практиці має місце не передача влади, а структурна диференціація рівнозначних основних функцій держави, які визначають основні види державних органів;
- виходячи з функціонального підходу здійснення влади, існуючий в Конституції перелік слід доповнити установчою та контрольною функціями (значущими є також інформаційна, організаційно-господарська і виховна функції влади);
- прокуратура України становить державну єдину централізовану багатофункціональну систему, статус та роль у державі якої визначаються цілями і задачами її діяльності, і яка, маючи певні владні повноваження, є самостійною і незалежною в системі органів державної влади. Тому вона зі своєю контрольно-наглядовою владною функцією не може належати до жодної з оголошених законодавцем “гілок влади”.

Список літератури:

1. *Бандурка О.М.* Прокуратура: думки про її реорганізацію // *Право України*. — 1995. — № 9.
2. *Головатий С.П.* Конституція України 1996 року у системі європейського конституціоналізму // *Право України*. — 1997. — № 8.
3. *Гончаренко В.Г.* Концептуальні питання правової реформи в Україні // *Вісник Академії адвокатури України*, 2006. — Вип. 5.
4. *Гончаренко В.Г.* Піклувальник суворий, але справедливий // *Український юрист*, 2003. — № 8.
5. *Давиденко Л.М.* Місце прокуратури у системі державної влади України // *Вісник Академії правових наук України*, 1995. — № 3.
6. *Дахова І.І.* Поняття виконавчої влади та її місце в державному механізмі України (конституційний аспект) // *Право України*. — 2002. — № 12.
7. Довідник прокурора: законодавчі та відомчі акти з питань прокурорської діяльності / Відп. ред. І.В. Дріжчаний. — К.: Воля, 2003.
8. *Долежан В.В., Василюк С.М.* Реформа державної влади: шляхи і варіанти реалізації // *Право України*. — 2002. — № 12.
9. *Долежан В.В.* Проблемы компетенции прокуратуры: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1991.
10. *Коваленко А.А.* Розвиток виконавчої влади в Україні на сучасному етапі: теорія і практика: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2002.
11. *Коліушко І.Б.* Виконавча влада та проблеми адміністративної реформи в Україні. — К.: Факт, 2002.
12. Конституція України. — К.: Преса України 1997.
13. *Копейчиков В.В., Колодій А.М., Лисенков С.Л.* Загальна теорія держави і права. Навч. посіб. — К.: Юрінком Інтер, 2002.
14. *Косюта М.В.* Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства. — Одеса: Юрид. літ., 2002.
15. *Кравчук Л.М.* Державне будівництво й нова Конституція України // *Голос України*. — 1992, 12 листопада.
16. *Крилова І.І.* Поняття та правовий статус актів прокурорського реагування // *Вісник Академії Адвокатури України*, 2007. — Вип. 1(8).
17. *Крупчан О.Д.* Організація виконавчої влади. — К.: Укр. Акад. держ. упр. при Президентові України, 2001.

18. *Лисенков С.Л.* Загальна теорія держави і права. Навч. посіб. — К.: Юрисконсульт, 2006.
19. *Михесенко М.М.* О необходимости преобразования прокуратуры // Проблемы развития криминального процесса в Украине. — К.: Юринком Інтер, 1999.
20. *Пахомов І.* Конституція України і виконавча влада // Право України. — 2002. — № 9.
21. *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави. Навч. посіб. — Вид. 6-е. — Харків: Консум, 2002.
22. *Савицкий В.М.* Кризис прокурорского надзора // Социалистическая законность. — 1991. — № 1.
23. *Сухонос В.В.* Місце прокуратури в системі органів державної влади України, її розвиток та правове забезпечення гарантій діяльності // Право України, 2000. — № 6.
24. *Тацій В.Я.* Прокуратура в системі поділу влади // Вісник прокуратури. — 1999. — № 2.
25. *Точилловський В.М.* Про місце прокуратури в системі державних органів (до проекту нової Конституції України) // Право України. — 1992. — № 6.
26. *Червякова Е.Б.* Защита конституционных прав граждан средствами прокурорского надзора (проблема общенадзорной деятельности): Автореф. дис канд. юрид. наук. — Харьков, 1992.
27. *Чиркин В.Е.* Государственное управление. Элементарный курс. — М.: Юрист, 2003.
28. *Яценко А.С.* Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. — СПб: С-Петербург. ун-т МВД России, 1999.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается правовой статус прокуратуры в системе органов государственной власти. На основе анализа действующего законодательства Украины, специфических задач и функций прокуратуры, которые не характерны для других органов государственной власти, делается вывод о том, что прокуратура занимает отдельное место в системе органов власти.

SUMMARY

The article tackles the issue of the place of Prosecutor in the system of the organs of power. The comes to the conclusion about the existence of the “prosecutor’s power” relying on the analysis of specific tasks and function of the Prosecutor’s office which are not typical for other branches of power.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Подано 05.11.07



*I.I. Бойко,
викладач
(Академія адвокатури України)*

Еволюція механізму мирного розв'язання міжнародних спорів і врегулювання міжнародних конфліктів з давніх часів до Вестфальського конгресу

Ключові слова: *мирне розв'язання міжнародних спорів, переговори, посередництво, третейський суд, арбітраж.*

Еволюція механізму мирного розв'язання міжнародних спорів і врегулювання міжнародних конфліктів поки що не стала предметом широкого дослідження українських фахівців у галузі міжнародного права. Важливим елементом аналізу актуальних питань системи мирного розв'язання міжнародних спорів і врегулювання міжнародних конфліктів є вивчення історії її виникнення і розвитку. Це все дає змогу розглянути предмет дослідження у динаміці, з'ясувати загальні тенденції та подальші шляхи розвитку.

Розв'язання міжнародних спорів і врегулювання міжнародних конфліктів має надзвичайно довгу історію, бо ці процеси з'явилися практично з виникненням родового суспільства, першого обміну продуктами, а також перших проблем, пов'язаних з територіями для полювання, землеробства, рибальства та їхніми межами, суперечками і конфліктами, що виникали навколо них. Уже первісні люди дійшли висновку, що розбіжності краще вирішувати за допомогою домовленостей, бо вирішення їх силою часто викликало озлоблення суперника і призводило до нових конфліктів. Ще у доісторичні часи були спроби розв'язати спори тими чи іншими способами, що базувалися на засадах здорового глузду і виконувалися старшими членами общини,

до голосу яких прислухалися. Звичайно, що в той час зрозумілим і прийнятним шляхом розв'язання спорів була війна, але з часом система врегулювання конфліктів удосконалювалася.

У найдавніші часи виходити за межі мисливських і рибальських угідь вважалося актом агресії, що загрожувало значним конфліктом. Суперечки щодо території загалом не є властивими для первісного суспільства, а якщо й траплялися, то лише у разі крайньої земельної тісноти, коли земля виступала як безпосередній ресурс для забезпечення виживання [3, 12]. Спори розпочинали і закінчували, як правило, лідери, які тим самим зміцнювали свою владу в общині, а іноді поширювали свій вплив і за її межами. “Теоретично, — зазначав Л. Морган, — кожне плем'я перебувало в стані постійної війни з тими племенами, з якими воно не уклало мирного договору” [6, 74]. Спори між племенами розпочиналися зазвичай через взаємні образи, підозри в чаклунстві, претензії на ту чи іншу територію з природними багатствами, а розв'язувалися переговорами, викупом чи посидинкам представників племен. На міжплеменних зборищах, що мали передовсім обрядове значення, спільно залагоджувалися спори між групами одного чи кількох племен.

А. Зінченко зазначає, що найзвичнішим способом врегулювання міжплеменних спорів було вирядження людини для переговорів. Ним міг бути кожен член племені, який мав особисті зв'язки в чужому племені. Зв'язки ці встановлювалися іноді шлюбом, а іноді зав'язувалися шляхом віддання туди на виховання хлопчика [3, 15]. Він повертався звідти в своє плем'я дорослим юнаком, вільно володіючи мовою своїх вихователів, знаючи їхні звичаї, маючи серед них особистих знайомих чи друзів. Такі люди і були в потрібних випадках незамінними посередниками в зносинах між племенами, особливо в справах складних, коли була загроза збройного зіткнення чи виникали взаємні претензії або звинувачення, що потребували врегулювання. Багато племен, зокрема в південно-східній Австралії, віддавали перевагу посилати для розв'язання спорів жінок, особливо тих, які були родом із того самого племені, куди посилалися. Це пояснювалося тим, що жінки менше зазнавали ризику бути вбитими, бо їх зазвичай милували [3, 15]. Пряміжнародні відносини розвивалися в дописемні часи, тому їхнє відтворення можливе лише в найзагальніших рисах.

У стародавньому Єгипті фараони врегульовували зовнішньополітичні конфлікти за допомогою золота. Усі переговори велися виключно від імені єгипетського царя. Складність переговорів обумовлювалася тим, що успіх залежав просто від волі одного носія верховної влади. У Нижній Месопотамії наприкінці 4 тис. до н. е. існували численні незалежні держави-громади, які прагнули до гегемонії над сусідами та жили в постійних конфліктах [3, 27]. Необхідністю для них було ведення переговорів, які часто завершувалися укладенням письмового договору, де сторони зобов'язувалися узгоджувати свою зовнішню політику (договір аккадського царя Нарам-Суена з еламитами). Допомагають вести переговори і залагоджувати різноманітні конфлікти гроші і зерно.

У часи Староасирійського царства (XVIII–XV ст. до н. е.) головною метою зовнішньої політики були завоювання. Характерними для того часу була відсутність рівності на переговорах, присягання і здійснення магічних обрядів, взяття заручників.

В Індії зачатки міжнародного права ґрунтувалися на законах Ману, де визначалася роль дипломата у розв'язанні міжнародних спорів, зокрема, те, що лише від нього залежить відвернення війни та зміцнення миру, також зазначається, що найскладніші питання мають розв'язуватися насамперед дипломатичним шляхом, а сила стоїть на другому місці. Вже тоді йшлося про методи запобігання конфліктів. У “Тирукуралі”, що є пам'яткою південноіндійської дипломатії, написаної Тируваллуваром у V–VII ст., зазначається, що “в якому стані не перебував би світ, мудрість означає уміння жити в згоді зі світом” [3, 44–45].

Перші договори про мирне вирішення спірних питань і про ненапад один на одного відомі в історії Китаю. Деякі правителі там виступали як визнані арбітри у відносинах між серединними царствами, що давало їм змогу вирішувати суперечливі питання. У 241 р. з'явилася практика, коли правителі певних царств навмисне прагнули роздмухати спори всередині ворожої їм коаліції, підриваючи їхню єдність, а потім, втрутившись на правах арбітра, приєднати до себе стратегічно важливі території (практика Цинських правителів). За ідеологією “світовпорядкування” імператор Китаю “перетворював” диких “варварів чотирьох сторін світу” [3, 55]. Таким чином, вчення про “світовпорядкувальну” дію китайського монарха й вроджену перевагу китайців над варварами виключало можливість встановлення між Китаєм і варварами рівноправних відносин. Проте реалії міжнародних відносин спонукали китайських правителів іти на переговори з варварами. Такий особливий підхід корінився в самих уявленнях китайців про ієрархічну нерівноцінність простору. На їхню думку, території, що знаходилися за межами Середньої імперії, були настільки нікчемними, що за них не варто було й воювати. Найуживанішими методами міждержавних відносин стародавніх держав були натиск, погроза, застосування сили й війна. У Китаї та Давній Індії були розроблені правила посередництва й звернення до третейського розгляду, зустрічі між монархами та договори про обмін спірними територіями і нейтралітет. Політико-правова

думка цих країн багата розробкою важливих проблем тогочасних міжнародних відносин, зокрема міжнародного права. Багатою й своєрідною була переговорна практика держав цих регіонів.

У Стародавній Греції склалася практика, коли залучали до виконання третейського суддіства поліси, на безсторонність яких сподівалися під час вирішення конфлікту. Давнім міжнародним інститутом були амфіктіонії — релігійні союзи. Найвпливовішою була Дельтійсько-Тернопільська, до якої входило 12 племен [3, 67]. У спорах сторони, що вели цей спір, зверталися до Дельт. Величезний вплив мали Дельтійські жерці. Конфлікти, що виникли між общинами й полісами, розв'язувалися за допомогою спеціальних уповноважених або послів. Часто ці обов'язки покладалися на вищих посадових осіб міст, а іноді надавалися й впливовим приватним особам, хоча були й випадки, коли спеціальним уповноваженим призначали актора. Ведення переговорів у Греції були обставлені суворою формальністю (велися усно в умовах повної гласності). У практиці міжполісних відносин греки знали й таку їхню форму, як арбітраж. Арбітраж був звичною процедурою для мирного вирішення спорів: є свідчення про винесення за період з 300 по 100 рік до н. е. принаймні 46 арбітражних рішень [3, 68]. Арбітром призначали якогонебудь філософа зі світовим ім'ям чи навіть переможця Олімпійських ігор. У Стародавній Греції в обставинах багатополісності сформувалися складні форми відносин між містами-державами та позаеллінським світом. Інститути проксенії, амфіктіонії і третейського суду були невід'ємними складовими життя. Є чимало згадок про врегулювання конфліктів за допомогою мирних договорів, де царі інших держав намагалися бути посередниками (єгипетський цар Птолемей Філадельф намагався бути посередником між римлянами й карфагенцями в роки Першої Пунічної війни). З життєписів Фукідида стає відомо, що у стародавніх греків застосовувалося правило: якщо одна із союзних держав вступала у спір із іншою союзною державою, то спір передавався на розгляд державі, яку обидві визнавали посередницею. Результатом врегу-

лювання конфліктів був мир, що в мінливій тодішній політичній ситуації часто був лише перемир'ям. Міжнародні спори вирішувалися й за допомогою третейського суду.

Щодо мирного розв'язання міжнародних спорів і врегулювання міжнародних конфліктів у Стародавньому Римі, то вигода без огляду на інших була тут головним кредом. Після тридцяти трьох днів очікування у задоволенні претензій і після відмови супротивника від умов миру римляни вирішували, як його покарати — війною чи в якийсь інший спосіб. Існував обряд виставлення вимог: посол приходив до кордону супротивника й промовляв певну формулу оповіщення й закляття та вимагав виконати умову римлян. При поданні претензій і врегулюванні самого конфлікту велике значення надавалося тому, щоб конфліктуюча сторона першою відкинула вимогу римлян: у цьому разі вся вина за війну, що розпочалася, падала на неї. Тоді вважалося таке розв'язання конфлікту спаведливим. Про недовість переговорного процесу того часу свідчить Мессанський конфлікт, що привів до Першої Пунічної війни. Переговори були організовані лише для того, щоб мати право оголосити “справедливу” війну. Про всеохоплюючий масштаб конфліктів того часу свідчить Друга Пунічна війна, що розгорталася як широкий міжнародний конфлікт, до участі в якому на тому чи іншому боці були втягнуті численні народи всього Середземноморського басейну [3, 131]. У Римі існувала колегія феціалів (жрецька колегія), що розв'язувала спори і врегульовувала конфлікти між племенами й племінними союзами. У період республіки посольства займалися арбітражем у спорах.

В умовах складного геополітичного розташування Візантії надзвичайно велику роль у розв'язанні спорів і врегулюванні конфліктів відіграла дипломатія. За зауваженням одного із західних дослідників (Дж. Хелдона), невідомо, чого більше проливала імперія в боротьбі з конфліктуючими сторонами — чорнила чи крові. Хоча візантійці завжди використовували своє вміння сіяти спори серед ворожих держав, а в зручних випадках завдавати їм власних ударів. Часом траплялися гострі конфлікти Візантії у відносинах із Руссю. Вони, як правило, врегульовувалися

укладанням договорів. Велику роль відіграла візантійська церква.

У середні віки система міжнародних відносин характеризувалася значним змішуванням питань внутрішньої і зовнішньої, церковної й світської політики. Основними виконавцями політики папства були легати. Тому вони поряд з дипломатичними виконували і місіонерські, і судові функції. Вселенські собори, які періодично скликалися, розв'язували не лише церковні, але й важливі політичні питання, стали своєрідною формою вирішення актуальних проблем того часу [4, 12]. Римська курія впродовж усього Середньовіччя здійснювала широку міжнародну діяльність. Вона забезпечувалася організацією специфічної дипломатичної служби. З одного боку вона слугувала досягненню суто релігійних й церковних цілей, а з іншого — її призначення цілком світське: врегулювання зовнішньополітичних суперечок, наглядові й судові функції. Папські легати-посланники (*legati missi*) мали термінове, обмежене у часі доручення (*ad hoc*) [4, 25]. Вони займалися розв'язанням спорів і врегулюванням політичних конфліктів і наділялися широкими повноваженнями. У середні віки поширеною фігурою стає папський нунцій, що виконував ті ж політичні завдання, що й легат, але при цьому не мав значних повноважень. Протягом тривалого часу римська курія виконувала роль третейського судді в багатьох міждержавних конфліктах. На Ліонському соборі 1245 р. обговорювалося питання визволення Європи від татарської загрози. Папські послы проводили переговори в Орді. Разом із тим католицька церква неодноразово закликала до участі в хрестових походах проти татар. Сорок років з 1378 р. тривав “великий розкол”, коли авторитет папства як впливового фактора міжнародної політики помітно впав. Ці зміни були наслідком процесу державної централізації в найзначніших країнах Західноєвропейського регіону. У цих обставинах в усіх країнах підсилюються тенденції до обмеження втручання папства в справи окремих країн. У період з XII по XV ст. папи й вселенські собори були своєрідними органами міжнародного законодавства: вони створювали норми, обов'язкові для всіх володарів західно-християнського світу.

Особливе значення у тогочасних міжнародних відносинах мали ухвали про Боже перемир'я й Божий мир [4, 12]. З політичних питань на соборах обговорювалися, зокрема, такі: про розорення Польщі Литвою (собор 1247 р.); про ворожнечу німецьких князів між собою; про татарську загрозу тощо. У XV ст. вселенські собори вступають у нову фазу свого розвитку. Характерною відмінністю їх стало те, що вони перетворилися на представництво загальнонаціональних інтересів окремих держав. На Констанцькому соборі 1414–1418 рр. було вжито багато заходів для примирення Англії й Франції. Найважливішою з політичних справ, що обговорювалися на цьому соборі, був спір між Польсько-Литовською державою та Тевтонським орденом. Але собор так і не прийняв жодної постанови. Єдине, що було погоджено, — це продовження перемир'я до 1416 р., собор відправив послів до обох сторін з проханням не порушувати його. На Базельському соборі 1431–1437 рр. була спроба встановлення миру між християнськими державами. Розглядалася суперечка між Польщею і Литвою, було ухвалено вирядити посла до їх володарів і переконати їх укласти перемир'я та утримуватися від воєнних дій, а також передати свій спір на розв'язання собору. Однак втручання собору ледве чи мало успіх. На Базельському соборі обговорювалося питання про відрядження до королів Англії й Франції послів для переговорів про мир, що сприяло скликанню міжнародної конференції в Арасі.

Невизначеність обстановки змушувала держави Близького та Середнього Сходу вести переговори, якщо не для того, щоб дійти мирної згоди, то хоча б для того, щоб виграти час і краще розташувати сили. Для арабів договір був добре відомим документом, за допомогою якого вони вже задовго до Мухаммеда регулювали свої відносини з правителями сусідніх держав, перш за все залагоджували релігійні спори. В магометанській літературі з арабських завоювань термін “договір” вживається в значенні договору магометан із язичниками. Під час стихійного вторгнення арабських загонів до Вавилонії іранцям та їхнім підданам пропонувалося одне з трьох: або прийняти іслам, або платити данину

чи подушний податок, або виходити на бій [3, 225]. В разі готовності населення вирішити конфлікт мирним шляхом воно переходило в іслам або, частіше, укладало з мусульманами мирний договір, що зобов'язував іновірців платити данину. Доцільність укладання договорів з місцевим населенням (сирійців, іранців, вірмен) для мусульман та їхніх союзників випливала з чисельної переваги іновірців над арабським військом. Для немусульман договір був можливістю мирного врегулювання збройного конфлікту. Договір був результатом переговорів про мир на тих чи інших умовах. Коли пропозиція про мир приймалася, вона оформлялася договором, який фіксував конкретні умови збереження мирних відносин і взаємні зобов'язання сторін. Відмова від виконання вимог означала небажання іншої сторони вирішити конфлікт мирним шляхом. Таким чином, подібні документи назвати договором можна умовно, оскільки всі його умови наперед визначалися силою стороною.

У IX–XI ст. на всій території Західної Європи панувала політична роздрібненість. За такого становища втрачалася різниця між державним і приватним володінням, між внутрішніми й міжнародними відносинами. Сила була вирішальним чинником у встановленні відносин між окремими володарями та у вирішенні всіх спорів.

Пізніше однією з найгостріших проблем міжнародних відносин в Європі стало територіальне розмежування монархій. У цьому процесі тісно сплелися й все чіткіше виявлялися основні державні інтереси, що й породжували спори і зіткнення. Конфлікти відбувалися не лише за землю й ресурси, це була, перш за все, боротьба за владу і вплив у певному регіоні Європи. Р. Арон зазначав: «Міждержавні відносини мають прикметну рису, що відрізняє їх від інших суспільних відносин: вони відбуваються під тінню війни чи, висловлюючись точніше, за своєю природою відносини між державами несуть альтернативу між війною та миром» [1, 33].

У середньовіччі мирні договори вважалися дійсними доти, доки тривало життя володаря, що його уклав. Після смерті володаря або його зміни зобов'язання належало

підтверджувати. Руські князі іноді намагалися врегулювати конфлікти і вирішити спори за допомогою «шлюбної дипломатії»: вони родичалися з володарями Скандинавських країн, Франції, Візантії, країн Центральної Європи та половецькими ханами, тим самим встановлюючи добрі відносини. За часів Галицько-Волинської держави спірні питання розглядали на княжих з'їздах, на яких князі двох сторін особисто вели переговори. У 1429 р. відбувся конгрес — з'їзд володарів Східної Європи у м. Луцьку на Волині. Його завданням були: боротьба з турецькою небезпекою, що насувала на Європу, а також урегулювання відносин між Польщею, Литвою та Тевтонським орденом. З'їзд не виконав жодного завдання.

Формування централізованих монархій виносило на порядок денний питання про їхнє територіальне розмежування. Воно неминуче супроводжувалося численними політичними конфліктами. Найбільшим конфліктом у Західній Європі XIII–XIV ст. була Столітня війна (1337–1453 рр.). Цей міжнародний конфлікт охопив більшість західноєвропейських держав. Англо-французька боротьба перебувала в центрі міжнародних відносин. Коли військова активність Англії і Франції виснажувалася, то сторони переходили до мирних переговорів. Після тривалого перемир'я сторони спробували розпочати переговори про умови остаточного миру. Але договір 1396 р. не розв'язував жодного спірного питання. У 1435 р. в Аррасі з ініціативи Папи відбулася міжнародна конференція, в якій брали участь представники багатьох європейських дворів. Під гаслом християнського миролюбства вони намагалися сприяти укладанню миру між Англією й Францією. Англійська делегація демонстративно залишила конференцію. Конгрес в Аррасі 1435 р. був першим з'їздом представників держав усього західнохристиянського світу. Лише французькі війська змогли врешті-решт завершити цю війну. Завершення безпрецедентно тривалого англо-французького конфлікту не було оформлено юридично.

У складній і динамічній міждержавній політичній грі XIV–XVI ст. використовується широка палітра способів залагодження

конфліктів. Найбільш широко застосовується “шлюбна дипломатія”. Шлюбні союзи формувалися як продумані заходи. Контакти між європейськими державами того часу, а особливо між сусідніми, були досить активними, бо політична ситуація, як правило, відзначалася напруженістю, і вимагала нагального обговорення та вирішення проблем війни і миру. Незважаючи на труднощі у налагодженні відносин між державами, переговори велися часто й завершувалися укладанням договорів. Практикувалося затвердження договорів папськими нотаріусами, тоді такі договори розглядалися як найбільш обов’язкові, які мають найбільшу силу. А. Зінченко зазначає у своїй праці, що французи називали їх “справжнім актом” (“acte authentique”). Так з’явилося поняття автентичності. Вважалося, що суверен не міг відмовитися від ратифікації договору, узгодженого послом, який мав відповідні повноваження. Тому свого часу досвідчені дипломати Гвіччардіні та Макіавеллі були нажахані вчинком іспанських правителів, які відмовилися ратифікувати договір із Францією, узгоджений і підписаний іспанськими послами, які мали на те повноваження. Якби така практика перетворилася у звичай, справедливо вказували дипломати, то вона могла б зробити неможливим проведення будь-яких переговорів між державами. У XVI–XVII ст. в Європі міждержавні правові спори вирішувались або угодою в ході дипломатичних переговорів, або застосуванням сили. Для європейських держав була властива та дипломатична активність, яка в сучасному міжнародному публічному праві називається “добрі послуги” і “посередництво”. Найчастіше як посередник виступав Папа Римський [5, 143–146]. Він розглядав

укладення миру між західноєвропейськими країнами як частину своїх прямих обов’язків. У цій діяльності передбачалося дотримання нейтралітету і неупередженості стосовно конфлікуючих сторін. Для такої нейтральної позиції протягом сторіч виробилася навіть формула *padre commune* (спільний батько). Папа Римський виступав уже не як простий суддя при розв’язанні політичних конфліктів, а як “спільний батько”.

Серед вчених того періоду найбільш вдало підійшов до питання аналізу посередництва Г. Гроцій у своїх трьох книгах “Про право війни і миру” 1625 р. Там він зазначає, що спосіб розв’язання спорів між тими, хто не має спільного судді, є договір про третейського суддю. Саме останній втілював для Г. Гроція посередництво будь-якої держави на рівних правах з кожною стороною. У книзі вказується, що для християнських держав корисно, а за деяких обставин навіть необхідно скликати такі з’їзди християнських держав, де б незацікавлені сторони розв’язували чужі спори, де б вишукувалися також примусові заходи для укладення справедливого миру. Посередництво стало передумовою того, що будь-яка інституція в Європі могла отримати можливість створити політичну обстановку для прийняття відповідного, в тому числі і судового, рішення. Така можливість була вперше вдало реалізована на Вестфальському конгресі.

Протягом тривалого часу, що дорівнював кількості років, яка відділяє XVII ст. від наших днів, “мир” у Європі, той самий мир, за який так щиро молилися в усіх християнських церквах, існував лише у випадкових маленьких оазисах у просторі й часі [2, 7].

Список літератури:

1. Арон Р. Мир і війна між націями. — К.: Юніверс, 2000. — 685 с.
2. Говард М. Війна в європейській історії. — К.: Мегатайп, 2000. — 168 с.
3. Зінченко А.Л. Історія дипломатії: від давнини до нового часу. — К.: Проза, 2005. — 560 с.
4. Зонова Т.В. Дипломатія Ватикана в контексте еволюції європейської політичної системи. — М.: РОССПЭН, 2000. — 197 с.
5. Козлов В. Дипломатія Ватикану та його роль у міжнародному житті // Актуальні проблеми міжнародних відносин. — К., 2001. — Вип. 29, ч. 1.

6. *Морган Л.Г.* Древнее общество или исследование линий человеческого прогресса от дикости через варварство к цивилизации. — Л.: Изд-во Института народов Севера ЦИК СССР, 1934. — 520 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию эволюции мирного урегулирования международных споров с давних времен до Вестфальского конгресса.

SUMMARY

The article is dedicated to the investigation of the evolution of peaceful settlement of international disputes of old to the Westphalian Peace.

Рекомендовано кафедрою прав людини, міжнародного та європейського права

Подано 23.11.07



Н.М. Антонюк,
професор
кафедри іноземних мов та перекладу
(Академія адвокатури України)

Болонська система: іноземні мови та переклад

Ключові слова: Болонський процес, комунікація, культурно-етична парадигма, українсько-американський англомовний проект, іноземні мови, юридична термінологія, переклад.

У травні 2005 р. в Норвезькому містечку Берген Україна підписала Болонську декларацію, взявши зобов'язання модернізувати до 2010 р. свою освітню діяльність в контексті Європейських вимог. Було чітко заявлено про плани нашої держави увійти в Єдиний освітній та науковий Європейський простір, зробити його гармонійним, привабливим та конкурентноспроможним на світовій арені.

Йдеться про завершення процесу упродовження визначальних принципів Болонської декларації: визнання єдиної системи наукових ступенів, перехід на два цикли навчання, запровадження європейської системи трансферу кредитів, сприяння мобільності студентів та викладачів, формування європейських стандартів якості освіти, творення єдиного європейського простору освіти та науки. На кожному саміті міністрів освіти країн-учасниць Болонського процесу щоразу доповнюють завдання та цілі єдиного освітньо-наукового простору Європи. Відповідально було сформульовано потребу в скасуванні обмеження віку для навчання, що мало б сприяти реалізації ідеї пожиттєвої освіти, а також наголошено на необхідності створення всіх умов для привабливості європейського простору вищої освіти, яка стає регульованим людським капіталом, тому для всіх очевидно, що Болонський процес має як освітньо-наукові та культурницько-просвітницькі, так і політичні й економічні, лінгвістичні, мовно-комунікативні цілі.

Відтак і роль іноземномовного спілкування, перекладацьких технологій, культурно-етичної парадигми у мовленнєвій комунікації стає життєдайною і визначальною. Звісно, що про успішність реалізації основних принципів Болонської декларації та завдань Болонського процесу в Україні треба говорити лише у контексті виваженого, але динамічного застосування гнучких механізмів гармонізації нашої системи освіти та науки з міжнародним освітньо-науковими системами та необхідної зміни освітнього законодавства відповідно не лише до вимог Болонської декларації, а й відповідно до стрімких змін як на вітчизняному, так і на світовому ринку праці [17].

Зараз суспільство опинилося свідком і очевидним учасником ери інформації і гуманістичної парадигми трансформації сучасного соціального знання.

Загально відомо, що знання будь-якої галузі передаються їх носіями, особистостями-представниками різних країн світу у процесі мовленнєвої комунікації засобами іноземних мов та перекладу їх на рідну мову. Якби люди не обмінювались інформацією засобами мовного розмаїття, не спілкувались між собою, вони б не змогли працювати разом, формувати цілі і досягти їх, передавати свої знання, досвід і мудрість прийдешнім поколінням.

Практично все, що відбувається у цивілізованому світі, потребує в тій чи іншій мірі використання різних мов та їх перекладу.

Завдання сучасної освіти у світі, а зокрема в Україні, — сприяти опануванню молоддю іноземними мовами — ключами спілкування. Мова йде про синтез освіти і культури, розуміння педагогами, соціологами, психологами, вченими світу соціокультурних засад спілкування, про розвиток культурологічної бази викладання будь-якої дисципліни, а особливо іноземних мов.

Виникла нагальна, життєво важлива, нова культурно-етична парадигма, без якої мовленнєва іноземномовна комунікація сьогодні не здійснюватиметься поза поняттям “гуманізації” будь-яких, а особливо — лінгвістичних, філологічних, перекладацьких знань.

Загальновідомо, що освіта, школа і мовна парадигма кожного народу виплекана його історією. “Школа” іноземних мов в Україні — не виняток. Адже з давніх-давен Україна, як держава, дбала про виховання і освіту своєї національної еліти.

Національна еліта — це вічний та невинний рушій інформаційного поля культури, науки, освіти народу як відкритого перманентного суспільного процесу, що до нього може долучитися кожен, хто духовно дозріє як особистість... А еліта передусім є формотворним ядром нації. Жодна нація, як відомо, не буде визнана світовою цивілізацією, якщо не опанує іноземними мовами з метою спілкування зі світом.

Видатні постаті Української історії знали щонайменше по 5 іноземних мов. Серед них, як звичайно, грецьку, латинську, французьку, німецьку. Гетьмани України Іван Мазепа, Богдан Хмельницький, Іван Скоропадський, не уявляли свого життя без спілкування іноземними мовами [1].

Якщо зробити екскурс у розвиток освіти та педагогічної думки на Україні від пам’яток писемності східних слов’ян та Київської Русі, то ще у “письменах Черноризца Храбра” у школі і бібліотеці Києво-Печерського монастиря, уставах князів Володимира Святославича і Ярослава Володимировича знаходимо згадки про грецькі і римські письмена, іноземні мови світу та кроки їх засвоєння студентами.

А ось рядки з оригіналу “Змісту навчання у Львівській братській школі”, яка була від-

крита у Львові 8 жовтня 1586 р.: “Спочатку вчать складати літери, потім граматиці вчать; одночасно навчають церковному порядку, читанню і співам, кожен день привчають, щоб учні питали один одного по-грецькі і відповідали по-слов’янськи і відповідали простою мовою; вони не повинні говорити між собою простою мовою, а тільки слов’янською, грецькою мовами”.

Технологія навчання іноземномовного спілкування як парадигма мовленнєвої комунікації — це наука про техніку навчання, що здійснюється на науковій основі. Для викладача це зумовлює необхідність оволодіння сукупністю наукових знань про те, як, чому навчати саме так, щоб навчання в умовах масового оволодіння іноземною мовою було ефективним для кожного студента. Технологія навчання передбачає науковий підхід до змісту навчання, що визначається сучасними досягненнями в лінгвістиці, психології і психолінгвістиці. Лінгвістичний зміст викладання іноземних мов — це чітко відібраний матеріал: фонетичний, лексичний, граматичний, представлений в одиницях мовлення. Психологічний зміст — мовленнєві навички, що актуалізуються в мовленнєвих уміннях: в говорінні та аудіюванні, в читанні та письмі. Це також оволодіння діями та операціями, що являють собою суть мовленнєвого акту і забезпечують породження мовленнєвого висловлювання [3].

Технологія навчання мовленнєвої комунікації пов’язана з науковим підходом до того, як учити: на основі яких принципів, за допомогою яких методів і методичних прийомів, якими засобами навчання, з урахуванням яких факторів, для того щоб одержати найкращий педагогічний ефект в конкретних навчальних умовах. Технологія викладання іноземних мов завдяки науковому підходу до організації навчального процесу озброює викладача знаннями, необхідними для навчання студентів усного мовлення, читання і письма, як того вимагає програма.

Важливою складовою частиною технології навчання іноземних мов є засоби навчання — підручники і навчальні посібники, які спроможні забезпечити оволодіння учнями усною і письмовою формами комунікації. Кожна з

цих форм має свою специфіку, яка впливає на адекватний вибір засобів навчання.

З точки зору психолінгвістики усне мовлення, за допомогою якого здійснюється вербальне спілкування, включає такі компоненти, що забезпечують його реалізацію: мета — засіб — умова.

Усне мовлення — це двосторонній процес, в якому виділяють аудіювання і говоріння. У процесі спілкування вони пов'язані між собою. Для цілеспрямованого формування вмінь усного мовлення необхідно розглядати кожну строку окремо з метою знаходження найбільш ефективної технології навчання.

До письмової форми іноземномовної комунікації належить як читання, тобто декодування, розшифрування думок тексту з метою їх розуміння, так і письмо, що є процесом кодування, зашифрування думок, які хоче передати той, хто пише. І в читанні, і в письмі використовується однакова, прийнята для конкретної мови графічна система. Письмова форма комунікації займає значне місце в сучасному світі. Через друковане слово здійснюється обмін інформацією між людьми. Для того щоб здійснювати цілеспрямоване навчання писемної комунікації, слід розглядати окремо читання, письмо, переклад з метою знаходження ефективних технологій їх навчання.

Професор Г.Г. Почепцов у книзі “Комунікативні технології ХХ століття” широко описує комунікативну організацію, а як закон комунікативних технологій визнає тенденцію опори при видачі своїх повідомлень на ті комунікативні потоки, які вже існують у суспільстві. Розглядаючи проблему культурно-етичної парадигми мовленнєвої комунікації засобами іноземних мов та перекладознавства доходимо висновку про такі складові, як:

- культура нації — культурно-етична та лінгвістична спадщина;
- носії культури — видатні постаті історії, науки, мистецтва;
- етичні засади спілкування;
- технологія навчання комунікації;
- поняття краси — краса мовлення (багатство мови і барвистість);
- духовність як синонім лінгвістично-культурологічної краси;

— слово, його інтерпретація різними мовами світу.

Отже, як відомо, слово, як елемент комунікації, здатне вбивати і цілювати, тому культурно-етична парадигма у мовленнєвій комунікації, яка здійснюється іноземними мовами — цілюще джерело досконалості комунікативних технологій ХХІ століття.

В ході викладання іноземних мов, рівно як і під час методичних семінарів з викладачами варта згадати, що власне сам Болонський процес починається з прийняття 29 країнами Європи Болонської декларації 19 червня 1999 р. Цей документ став рушійною силою у розвитку вищої школи Європи і виражає пошук спільного європейського підходу до вирішення загальних проблем вищої освіти.

Передували Болонській декларації два документи: Університетська Хартія (Magna Charta Universitatum) та Сорбонська декларація. Офіційний текст Magna Charta Universitatum виконаний латинською мовою та має три тематичні рубрики: Proemium; Principia ac fundamenta; Instrumental.

Студенти спеціальності “Переклад” глибоко вивчають предмет “Юридичний переклад” який, на нашу думку, за змістом і програмою цілком відповідає вимогам Болонської системи.

Зрозуміло, що юридична термінологія є динамічною системою, що розширюючи сферу функціонування, інтенсивно розвивається. Сучасне право, а відповідно і терміносистема права, є складною, внутрішньо диференційованою галуззю наукового та прикладного знання і становить чітко структуровану, розгалужену систему, яка постійно вдосконалюється; формуються нові галузі права та виділяються все нові і нові складні системи права. Основою цього процесу є розвиток суспільних відносин, що підлягають законодавчому закріпленню.

Дотримуємося погляду на термінологію як на упорядковану сукупність термінів певної мови або окремої галузі знань, пов'язаних один з одним на понятійному, лексико-семантичному, словотворчому та граматичному рівнях, і розглядаємо її як органічний складник лексичної системи мови, що належить до специфічного функціонального

стилю (наукового). Сутність терміна визначаємо, виходячи з концепції функціональної природи термінів: термін — це не особливий тип лексичної одиниці, а функція, тип уживання лексичної одиниці.

Юридичний термін розглядається як одиниця мови, що виражає специфічне поняття, яке належить теорії та практиці юриспруденції, характеризується та ідентифікує його.

Однією з характерних рис юридичної термінології, на відміну від багатьох інших терміносистем, є співвідношення іншомовних та національних елементів, в якому переважає частка питомих термінів. Це пов'язане, можливо, зі специфікою самих правових понять, які розвиваються в певному національному соціумі, тому і терміни здебільшого виникають на ґрунті конкретної національної мови.

Для сучасної англійської юридичної термінології характерною є подвійна мовна основа. Поряд із словами та виразами, що належать до власне англійської мови, наявні також терміни-слова та терміни-словосполучення, запозичені з класичних та сучасних європейських мов. В англійській мові вони значно асимілювалися, внаслідок чого ядро сучасної лексики права є лише частково специфічним і будується відповідно до правил термінотворення, властивих англійській мові в цілому. Юридичні терміни в англійській мові організовані відповідно до доволі жорстких норм термінотворення, які є типовими для вузькоспеціальної лексики.

На сьогодні існує тенденція до активно-го входження в юридичну мову англійської спеціальної лексики, що відбувається власне в межах української термінології шляхом переходу номінацій з однієї терміносистеми в іншу. Частина проаналізованих англійських термінів при переході з економічної терміносистеми в юридичну повністю зберігає свою семантику та має тотожні дефініції.

Наприклад, в економічних та юридичних словниках повністю збігається значення та дефініції термінів. Однак для певної частини англійських термінів досить важко впевнено визначити вірогідність переходу, оскільки існує можливість паралельного запозичення термінів двома терміносистемами або переходу з економічної термінології в юридичну

чи навпаки. Деякі терміни в економічній терміносистемі мають дефініції, що вказують на належність їх до терміносистеми права. Тому ймовірним є те, що частина англійських термінів, зафіксованих в економічних словниках, позначає суто юридичні поняття. Таким чином, загалом тенденції семантичних змін, що виникають унаслідок пристосування економічних термінів до термінологічної системи юридичної мови, відображаються у змістові дефініцій у вигляді появи універсальних компонентів термінологічного значення, додаткових сем, що позначають спеціальні ознаки реалій юридичної сфери та відображають правовий зміст економічного поняття. Визначення і вираження правового характеру поняття здійснюється за допомогою вказівки у дефініції на “галузь права”.

Здійснений комплексний аналіз шляхів перекладу англійської юридичної термінології дозволяє зробити такі конкретні висновки щодо особливостей і сучасних тенденцій перекладу даних одиниць: англійські юридичні терміни переважно транслітеруються, а їх українські відповідники подаються поряд з ними в дужках, або ж використовуються дефініції. Однак практично неможливо побудувати точну модель перекладу юридичних термінів, що була б сталою і діяла ідеально в усіх випадках.

Модель перекладу юридичних термінів повинна подаватись викладачами студентам — майбутнім перекладачам, юристам, міжнародникам, адвокатам з акцентом на специфічній інтерпретації словосполучень, виразів, фразеологізмів, сем, ідіомів.

Для прикладу, англійсько-український переклад:

Judiciary law — судова практика; прецедентне право; судове право.

Enactment — прийняття (закону); встановлення у законодавчому порядку; законодавчий/нормативний акт; правовий припис; норма права.

To bring a case — представити справу у суді; розпочати подання звинувачення у судовій справі.

Болонська декларація висуває імператив зміцнення і розвитку інтелектуального, культурного, соціального та науково-технічного

потенціалу Європи. Вища освіта покликана стати адекватним викликом нового тисячоліття і сприяти вихованню у студентів і всіх громадян почуття належності до спільних цінностей і загального соціально-культурного партнерства.

Опанування студентами іноземними мовами та перекладацькими технологіями стає особливо актуальним, зважаючи на два фундаментальні принципи Болонського процесу:

- студенти Європи повинні мати права на такі ступені після навчання, які будуть ефективно використовуватись по всій Європі, а не тільки в тій країні, де вони були отримані;
- основний обов'язок закладів вищої освіти вжитих всіх заходів для забезпечення студентів кваліфікаціями такого типу.

Список літератури:

1. Антологія педагогічної думки Української РСР / склав Н.П. Калениченко. — М.: Педагогика, 1988. — 640 с.
2. *Зернецький П.В., Орлов М.В.* Англійська мова для правників. — К.: КМ Академія, 2003. — 182 с.
3. *Карабан В.І.* Англо-український юридичний словник. — Вінниця: Нова книга, 2003. — 994 с.
4. *Карабан В.І.* Українсько-англійський юридичний словник. — Вінниця: Нова книга, 2003. — 976 с.
5. Масова комунікація. Підручник / Москаленко А.З., Губерський Л.В. та інші. — К.: Либідь, 1997. — 216 с.
6. *Ніколаєва С.Ю., Гринюк Г.А., Олійник Т.І.* та інші. Сучасні технології навчання іншомовного спілкування. — К.: Ленвіт, 1997. — 96 с.
7. *Почепцов Г.Г.* Коммуникативные технологии двадцатого века. — М.: Рефл-бук, К.: Ваклер, 1999. — 352 с.
8. *Почепцов Г.Г.* Профессия имиджмейкер. — 2-е изд., испр. и доп. — К.: ИМСОМОУ, НВФ “Студцентр”, 1999. — 256 с.
9. *Почепцов Г.Г.* Информационные войны. М.: Рефл-бук, К.: Ваклер, 2000. — 576 с.
10. *Тарнопольський О.Б., Склярєнко Н.К.* Стандарти комунікативної поведінки у США. — К.: Вид. центр КДЛУ, 2000. — 175 с.
11. *Юзвішин І.Й.* Інформаціологія. — Луганськ, 1999. — 204 с.
12. Юридический энциклопедический словарь. — М.: Советская энциклопедия, 1984. — 415 с.
13. *Stevenson D.K.* American Life and Institutions. USA. Washington. D.C. 1994. — 144 с.
14. The timetables of American History. New York. 1998. — 516 с.
15. “The World” by Alma Graham, June Tyler. USA. 1988. — 512 с.
16. *William H. Whyte.* Organization Man. New York. 1999. — 468 с.
17. WWW.Unige.ch/cre

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена вопросу изучения и преподавания иностранных языков, переводу с них на украинский и русский язык в свете требований и задач Болонского процесса.

SUMMARY

The article is dedicated to the question of studying and teaching foreign Languages, and translation into Russian and Ukrainian judging by the demands and aims of Bolon process.

Рекомендовано кафедрою іноземних мов та перекладу

Подано 23.11.07



О.В. Шкіренко,
старший викладач
(Академія адвокатури України)

Формування духовних цінностей студента на основі моделі високодуховної особистості майбутнього правознавця

Ключові слова: студент-правознавець, формування духовних цінностей, модель високодуховної особистості.

Про формування та розвиток духовних цінностей особистості у процесі професійної підготовки не можна говорити безвідносно до конкретних умов, що можуть перешкоджати чи сприяти широкому утвердженню принципів моралі та духовності молоді. Сьогодні наше суспільство переживає загальнодержавну нестабільність, яка виявляється у вигляді політичних негараздів, економічної та політичної кризи, що охоплює всі сторони суспільного життя. Характерними рисами цих явищ у духовній сфері суспільства є падіння питомої ваги духовних цінностей, відмова від принципів моралі у житті людей.

У професійно-педагогічній роботі, оперуючи загальними категоріями соціального порядку, ми часто відсуваємо на другий план, а інколи просто забуваємо такі основні для людини поняття, як виконання свого морального обов'язку, совість, честь, чесність, порядність, милосердя, шляхетність, добро, уміння поставити себе на місце іншого. Без подібних морально-духовних підвалин не може нормально існувати і розвиватися суспільство.

Людина лише в тому випадку гідна свого покликання, коли вона не може байдуже ставитись до добра і зла, коли вона сумлінно виконує свої обов'язки, надійно робить свою справу. Все це стосується нашої молоді — майбутніх професіоналів.

Як зазначає І.А. Зязюн, “духовна еліта визначається передусім тим, що відшуковує нові

моральні ідеали, шляхи відтворення великого суспільства, нові, більш досконалі, достойні засоби єднання людей, більш високі цілі” [6, 33]. Духовність зміцнює єдність усього суспільства, забезпечує подолання труднощів на шляху його розвитку.

Питання вивчення та формування духовного світу особистості знайшли відображення в дослідженнях В.В. Анненкова, І.Д. Беха, М.Й. Боришевського, І.А. Зязюна, Е.О. Помиткіна, В.В. Рибалки, О.В. Сухомлинської, Ж.М. Юзвак та інших дослідників. Незважаючи на активізацію наукового інтересу до проблеми духовного становлення молоді, потреба в розробці сучасних засобів розвитку духовних цінностей студентів у вищих навчальних закладах не втрачає актуальності. Ця проблема має соціальний характер, оскільки пов'язана з таким поняттям, як формування особистості. Вона вимагає поглибленого вивчення та психолого-педагогічного обґрунтування.

Мета статті полягає у висвітленні уявлень про формування духовних цінностей майбутнього професіонала та у розробці моделі особистості високодуховного правознавця.

Розглядаючи індивідуально-психологічні характеристики особистості студента, звернемось до визначення особистості, яке дав вітчизняний дослідник В.В. Рибалка. Він стверджує, що “особистість — це суб'єкт свідомої продуктивної діяльності та суспільної

поведінки, індивід із соціально обумовленою системою психічних властивостей, що формується та виявляється у діяльності, спілкуванні та опосередковує, регулює взаємодію людини з навколишнім світом” [8, 25].

На етапі зрілої юності виникає нова соціальна ситуація розвитку, центром якої є перехід до самостійного життя (початок професійного становлення, реалізації життєвих планів). Продовжується інтенсивний розвиток самосвідомості, молоді люди самовизначаються в системі моральних та духовних цінностей, принципів, норм і правил поведінки, усвідомлюють особисту соціальну відповідальність.

У психологічній літературі з проблем юності (праці Е. Еріксона, І. Кона, В. Слободчикова, Е. Шпрангера) простежуються різні підходи до з’ясування вікових меж, основних суперечностей і новоутворень цього віку. Більшість дослідників обмежує зрілу юність періодом від 18 до 20 років.

Складна структура потреб, мотивів, інтересів, цілей, світогляду, ідеалів, переконань, що складають спрямованість особистості і виявляють її ставлення до об’єктивної дійсності, і слугує соціально-психологічним та соціально-педагогічним базисом процесу формування ціннісних орієнтацій особистості [1, 13].

У цьому віці молода людина мусить самостійно приймати та реалізовувати рішення, розробляти життєві плани, будувати власне життя. Вона переходить від пізнання світу до його перетворення, починає активно самоутверджуватись у професійній діяльності. Вибір професії та навчання у вищій школі свідчать про професійне самовизначення людини. Це дуже непростий і важливий етап, оскільки від правильного вибору професії залежить майбутнє людини, її самореалізація, задоволеність життям. Професійне самовизначення відбувається з урахуванням життєвих цінностей особистості [9, 258].

Професійна діяльність базується на специфічній системі знань як теоретичного, так і практичного характеру, на критеріях успішного розв’язання проблем, системі етичних принципів і цінностей, які регулюють відносини з колегами та різними інстанціями.

Вона невід’ємна від гуманістичних, та демократичних ідеалів, тому її цінності ґрунтуються на повазі до людини, її гідності. Соціальне замовлення на фахівця вимагає від нього високої загальної та професійної культури, розвинутого почуття відповідальності, здатності до самооцінки та саморозвитку, вміння контролювати свої стосунки з людьми.

Формування духовних цінностей особистості студента — це важливий напрям вдосконалення психолого-педагогічного процесу професійного навчання, що створює умови для того, щоб кожен фахівець мав активну життєву позицію, відданість обов’язку, сміливість, рішучість, відповідальність, порядність і чесність у стосунках між людьми, найвище розуміння соціальної значущості своєї діяльності у будь-яких ситуаціях.

Перехід до дорослості в людському суспільстві передбачає залучення особистості до оволодіння системою знань, норм і навичок, завдяки яким індивід може виконувати суспільні функції, нести соціальну відповідальність та створювати матеріальні та духовні цінності.

Український психолог Е.О. Помиткин зазначає, що духовні цінності — це вершинні досягнення людства і окремих його представників, що являють собою цілеорієнтуючі ідеали для прогресивного розвитку особистості і цивілізації в цілому. Психолого-педагогічні аспекти духовних цінностей — це особистісні якості високодуховної людини, які спонукають, регулюють високодуховні вчинки, поведінку, є предметом її розвитку і саморозвитку, підготовки до нових вершинних досягнень — як суб’єктивних, для себе, так і об’єктивних, для людства [7, 26–27].

Конкретизуючи духовні цінності, С. Гроф включає до їх складу етичні, естетичні, героїчні, гуманістичні та альтруїстичні [4, 42].

Згідно з поглядами німецького психолога Е. Шпрангера, “люди відрізняються не темпераментом, не конституцією і поведінкою, а цінностями духовної орієнтації людини” [5, 71]. У зв’язку з цим Е. Шпрангер відокремлює шість типів людини: теоретична людина, економічна людина, естетична людина, соціальна людина, політична людина, релігійна людина.

Психічний розвиток людини розуміється психологом як “структура духовних цінностей, що якісно змінюється” [5, 81]. На думку Е. Шпрангера, ціннісна орієнтація людини має здійснюватися шляхом включення суб’єкта у пізнання світу.

Як зазначив І.Д. Бех, “одним із основних факторів формування особистісних цінностей вважається свідомо інтелектуальна робота людини по все більш глибокому і широкому відображенню дійсності, а не внутрішньо-спонтанне розгортання визначених динамічних тенденцій” [2, 18].

Суб’єкт з розвинутою ціннісною системою є дійовим носієм моральних норм, на якого можна покластися іншій людині при розв’язанні власних духовно-практичних проблем, оскільки така особистість знає, що є загальнозначущим, усталеним, вічним, а що — марнотним.

Світоглядні уявлення про проблему людини у світі та про світ у людині зводяться до думки, що таким є ставлення безкорисної і дійової любові людини до людини, коли кожна людина розглядається іншою не як засіб, а як мета. Любов і є вихідною цінністю для розгортання морально-відповідального життя людини [2, 19–21]. “Любов довго терпить, любов милосердствує, не заздрить, любов не величається, не надимається, не поводитья нечемно, не шукає тільки свого, не рветься до гніву, не думає лихого, не радіє з неправди, але тішиться правдою, усе зносить, вірить у все, сподівається всього, усе терпить. Ніколи любов не перестає” — написано в Біблії [3, 1417].

Е.О. Помиткин зазначає, що психологічний механізм формування духовних цінностей ми можемо розглядати як низку психічних процесів особистості — від формування високодуховних потреб і мотивів у сфері спрямованості, пошуку та засвоєння відповідної духовно значущої інформації — до формування задумів, цілей, планів, програм високодуховної діяльності, поведінки, дій і вчинків й отримання відповідних результатів з емоційно-почуттєвим закріпленням духовних досягнень у зовнішньому плані та перетвореннях особистості (зміна ставлень, самооцінки, досвіду тощо) [7, 31].

Ці процеси діяльності регулюються певною сукупністю якостей високодуховної особистості. Завдяки цьому відбувається розвиток якостей високодуховної особистості за всіма її підструктурами, формування готовності до наступних високоморальних, пізнавальних і творчих дій. В роботах Л.І. Божовича, Г.С. Костюка, О.М. Леонтьєва, В.В. Давидова вказується, що характерною ознакою особистості є не засвоєння, а продукування цінностей, що мають загальнолюдське значення (в тому числі духовних).

Враховуючи те, що духовні цінності є вершинними цінностями людства, доцільно вважати, що саме на особистісному рівні можливе продукування духовних цінностей. При цьому слід враховувати, що духовні цінності спочатку продукуються на суб’єктивному рівні особистості, поступово зростаючи за своїм значенням і, кінець кінцем, досягаючи об’єктивного загальнолюдського значення.

Під “формуванням” духовних цінностей розуміється не примусовий зовнішній вплив на особистість, а створення умов для її саморозвитку, самовдосконалення, залучення студентів до духовно спрямованої навчально-виховної та перетворюючої діяльності духовної спрямованості. Завдяки цьому процесу, сформовані духовні цінності інтеріоризуються в особистісні якості студентів і мають знаходити прояв у вчинках, поведінці та діяльності молоді.

Об’єктивно існуюча система духовних цінностей має стати змістовно-психологічною основою духовного становлення особистості студента як суб’єкта духовно спрямованої діяльності та поведінки. Духовні цінності у психолого-педагогічному плані є особистісним надбанням і мають розглядатись як якості особистості, що регулюють його діяльність та поведінку [7, 27–29].

Розробка моделі особистості високодуховного правознавця, згідно з завданнями нашого дослідження, здійснювалась шляхом конкретизації та диференціації якостей, функцій та процесів, що наведені у роботах Е.О. Помиткіна [7], В.В. Рибалки [8], Г.Х. Яворської [10].

В основу побудови моделі *високодуховної особистості майбутнього правознавця як*

еталонної нами покладена ідея послідовного підвищення особистісного саморозвиваючого професійного та духовного потенціалу майбутнього працівника юриспруденції під час вирішення повсякденних задач протягом навчання в вищій школі. Такий потенціал розглядається як фундамент його подальшої самореалізації.

У моделі високодуховної особистості майбутнього правознавця ми виділяємо сім основних підструктур:

I) спілкування — здатність до міжособистісного спілкування на належному рівні;

II) спрямованість — здатність особистості до духовно-спрямованого самостійного пошуку;

III) характер — як цілісність і гармонійність певних рис особистості в досягненні поставленої мети; **IV) самосвідомість** — як головний, рефлексивний стрижень особистості;

V) досвід — як стійка компетентність особистості, здатність творчо підходити до життя у Всесвіті;

VI) інтелект, розумова сфера — як соціальна і творча пізнавальна спроможність особистості;

VII) психофізіологія — як сталі індивідуально-типологічні можливості особистості.

Наведемо більш докладно класифікацію якостей і здібностей майбутнього працівника юриспруденції, що підлягають розвитку:

I. Спілкування та міжособистісна взаємодія:

- 1) почуття поваги, коректне, тактовне ставлення до співрозмовників;
- 2) прояв співчуття, емпатії у процесі спілкування;
- 3) уміння логічно і точно висловлювати свої думки;
- 4) здатність об'єктивно, різнобічно сприймати особистість іншої людини без недооцінки або переоцінки її якостей;
- 5) здатність правильно розуміти іншу людину, з'ясувати чинники поведінки, входити в її становище;
- 6) здатність до систематизації фактів, знань, до ведення нотаток, оформлення юридичних документів та протоколів;

7) здатність створювати і підтримувати у колективі атмосферу поваги, порозуміння, творчої співпраці;

8) здатність впливати на співрозмовника, переконувати його у правильності власних уявлень;

9) здатність до співпереживання.

II. Спрямованість особистості майбутнього правознавця:

1) ставлення до закону як до вищої соціальної цінності;

2) установки на використання законних і цивілізованих способів вирішення професійних задач;

3) зважене ставлення до труднощів професії;

4) цілеспрямоване освоєння системи знань, практичних навичок і умінь в діяльності правознавця;

5) бажання вивчати закони, досвід правознавців інших країн;

6) інтерес до духовних цінностей, до моральних засад життя людей;

7) бажання приносити добро, користь світу, країні, людству, ближнім своєю роботою;

8) прагнення до участі у заходах, що спрямовані на покращення екологічного стану природи;

9) готовність до ризику в ім'я справедливості та істини;

10) бажання сприймати та створювати прекрасне.

III Характер:

1) відповідальність перед людьми та власною совістю;

2) чесність;

3) цілеспрямованість;

4) відвертість у стосунках з людьми;

5) старанність, сумління, надійність;

6) вимогливість;

7) доброзичливість;

8) ввічливість, тактовність;

9) вірність;

10) оптимістичність;

11) вимогливість до себе;

12) дисциплінованість, організованість, акуратність при виконанні різноманітних справ.

IV. Самосвідомість:

- 1) здатність до адекватного самоусвідомлення себе;
- 2) здатність до усвідомлення залежності між власними якостями та життєвими успіхами або невдачами;
- 3) потреба у самопізнанні;
- 4) здатність до аналізу ціннісної спрямованості своїх думок, слів та вчинків, їх співставлення з ідеалом;
- 5) здатність до самоорганізації духовно-моральної практики і діяльності;
- 6) здатність до самооцінки, саморозвитку, самовдосконалення;
- 7) здатність об'єктивно оцінювати себе, спиратись на наявні власні сили і на цій основі досягати помітних результатів у діяльності правознавця;
- 8) здатність до мобілізації усіх своїх ресурсів на виконання важкої та, можливо, іноді не дуже цікавої, але необхідної роботи, яка потребує часу та сил;
- 9) здатність розробляти реальні плани, програму самовиховання своєї особистості на тривалий період;
- 10) здатність ефективно виконувати намічену програму самовиховання, контролювати хід її реалізації.

V. Досвід:

- 1) здатність до постійного розвитку творчого, духовного, професійного досвіду;
- 2) стійке бажання отримувати знання, розвивати відповідні вміння, навички роботи правознавця;
- 3) здатність швидко набувати додаткової компетентності з метою розв'язання важливої та складної проблеми.

VI. Інтелект, розумова сфера:

- 1) логічне мислення;
- 2) цілісність, системність мислення;
- 3) інтерес до закономірностей і законів різних країн, законів зовнішнього і внутрішнього світу;
- 4) здатність до бачення взаємозв'язків подій;
- 5) здатність до аналізу проблем, ситуацій, подій життя, власної поведінки та поведінки інших людей;
- 6) здатність до творчого синтезу, до поєднання різних точок зору, поглядів;
- 7) здатність відокремлювати головне від

другорядного;

- 8) оригінальність, нестандартність інтелекту;
- 9) установка на запам'ятовування необхідних фактів та інформації;
- 10) здатність до тривалого збереження та оперативної актуалізації у пам'яті необхідної інформації у потрібний момент.

VII. Психофізіологічні якості:

- 1) швидкість і адекватність орієнтовних реакцій;
- 2) чутливість та витривалість (енергійність за В.М. Русаловим);
- 3) рефлекторні реакції (за І.П. Павловим), які сприяють швидкому формуванню стійких настанов, мотивів творчої пізнавальної діяльності та поведінки;
- 4) пластичність нервової системи;
- 5) сила і працездатність нервової системи;
- 6) емоційність.

Роблячи підсумок, приходимо до висновку, що модель особистості майбутнього правознавця може бути своєрідним еталоном якостей, здібностей та нахилів, на формування яких має бути спрямований виховний вплив педагогічного процесу в умовах вищого навчального закладу.

Дана класифікація утворює концептуальну основу організації діяльності викладачів і кураторів вищих навчальних заходів з виховання високодуховних працівників юриспруденції. У процесі педагогічної роботи викладач і куратори груп мають розглядати особистість кожного студента і колектив групи в цілому через представлену структуру, як еталонову. При цьому індивідуальність кожного студента буде проявлятися у переважному розвитку окремих підструктур і представлених у них якостей. Такий підхід дозволяє бачити не окремі риси, здібності особистості, а їх безпосередній зв'язок та взаємовплив, що особливо важливо для прогностичного напрямку роботи вищої школи.

Усе викладене вище засвідчує, що формування духовних цінностей майбутнього професіонала — це важливий напрям вдосконалення психолого-педагогічного процесу, що створює умови для того, щоб кожен фахівець мав активну життєву позицію, урівноваженість, професійну товаристкість,

відповідальність, найвище розуміння соціальної значущості своєї діяльності на шляху розбудови нашої Батьківщини.

Подальші дослідження в цьому руслі мають бути спрямовані на розробку психолого-педагогічного інструментарію

формування духовних цінностей молоді та ділових якостей майбутніх професіоналів у процесі навчання в вищих закладах освіти з урахуванням індивідуально-психологічних характеристик особистості студента.

Список літератури:

1. *Анненков В.П.* Особливості формування ціннісних орієнтацій учнівської молоді в умовах промислово-економічного коледжу. Монографія. — К., 1998. — 137 с.
2. *Бех І.Д.* Особистісно зорієнтоване виховання: Науково-метод. посібник. — К.: ІЗМН, 1998. — 204 с.
3. Біблія. — К.: УБТ, 1988. — 1523 с.
4. *Гроф Станіслав.* Духовний кризис: Статті и исследования. — М., 1995. — 255 с.
5. *Зейгарник Б.В.* Теории личности в зарубежной психологии. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1982. — 128 с.
6. *Зязюн І.А.* Духовна еліта у суспільстві: інтелігентність і громадянськість // Проблеми та перспективи формування національної гуманітарно-технічної еліти: Збірник наукових праць / За ред. Л.Л. Товажнянського та О.Г. Романовського. — Вип. 1(5). — Харків: НТУ «ХП», 2003.
7. *Помиткін Е.О.* Формування духовних цінностей старшокласників у діяльності шкільної психологічної служби: Дис. канд. психол. наук. — К.: ІПППО АПН України, 1998. — 146 с.
8. *Рибалка В.В.* Особистісний підхід у профільному навчанні старшокласників: Монографія / За ред. І.О. Балла — К.:ІПППО АПН України, 1998. — 160 с.
9. *Савчин М.В., Василенко Л.П.* Вікова психологія: Навчальний посібник. — К.: Академвидав, 2005. — 300 с.
10. *Яворська Г.Х.* Соціально-професійна зрілість курсантів вищих закладів освіти МВС України: Монографія. — Одеса: ПЛАСКЕ ЗАТ, 2005. — 408 с.

РЕЗЮМЕ

Рассмотрены психолого-педагогические подходы процесса формирования духовных ценностей будущих правоведов на основе модели высокодуховной личности.

SUMMARY

Considered is psychological and pedagogical approach of the process of formation of spiritual values of future specialists on the basis of the model of highly spiritual personality.

Рекомендовано кафедрою іноземних мов та перекладу

Подано 08.11.07



*І.В. Горохова,
старший викладач
(Академія адвокатури України)*

Поняття картини світу та основні засади її моделювання

Ключові слова: *мовна картина світу, експлікація, інтерпретація, регулятивна функція, концептуальна картина світу.*

Важливим чинником існування та самовідтворення кожної нації є мова та мовна картина світу, яка формується на основі тожності смислів інформаційного простору держави. Досвід людства протягом тисячоліть переконливо доводить, що мова об'єднує народи у нації й зміцнює державу. Держава без своєї мови втрачає істотні ознаки суверенітету — культурного та інформаційного, зрештою засадничо-ідеологічного.

Світ постає для людини таким, яким вона в міру свого розвитку пізнає його і освоює. Картина світу — це те, що йде передусім від людини, плід її сприйняття, мисленнєвих процесів і перетворювальної діяльності. Всесвіт як всеохопний світ є для людини всеосяжним предметом пізнання. Разом з тим світ — це й сама людина, коли йдеться про внутрішні її світовідчуття, переживання, розумову діяльність, невіддільну від мови як способу організації інформації про сам світ, а ширше — всесвіт. Тому феномен світу, пізнаного через мову, постає для людини передусім таким, яким постає для неї її мова. Звичайно ж, людина тут виступає узагальненим суб'єктом, бо індивідуальні продукти пізнання дійсності через свідомість і мислення підтримуються колективними зусиллями, перевіряються, зрештою, колективним досвідом.

Філософи неодноразово звертали увагу на різноманітність уявлень людини про світ,

про поняття образу світу, картини світу. Ці уявлення про світ є динамічними, змінними у процесі історичного розвитку. Картина світу служить своєрідним посередником у спілкуванні індивідів, забезпечує їх взаєморозуміння. Без картини світу як глобального образу світу не могла б відбутися у всій своїй багатогранності життєдіяльність біосоціальної істоти. Без цього феномену неможливим було б існування соціокультур організму з його механізмом відтворення пізнавального досвіду. Картина світу опосередковує всі сфери людського сприйняття. Вона сприяє органічному поєднанню знання й поведінки людей у суспільстві, формує тип ставлення людини до світу, до природи, до самої себе, до інших членів суспільства допомагає усвідомленню місця особи в суспільстві, прогнозує норми поведінки.

Картина світу розкриває специфіку людини, її буття, складні стосунки зі світом і визначає сутність людського існування. З метою оптимізації орієнтації у зовнішньому світі людина створила цілу низку найрізноманітніших символічних структур — мову, міфологію, релігію, науку, мистецтво, які регулюють її поведінку. І за допомогою цих опосередкованих символічних структур людина формує для себе картину світу як основу життєдіяльності.

Світова наука детально опрацювала поняття “картини світу”. В останні роки катего-

рія мовної картини світу зробила вражаючу кар'єру. Але при цьому слід зазначити, що її початки є досить віддалені у часі, оскільки сягають ще ХІХ століття і стосуються роздумів щодо ролі мови у відтворенні й упорядкуванні дійсності. Сьогодні цим питанням займаються лінгвісти багатьох країн світу: американські Лакоф, Філмор, Лангакер; французькі Рост'є, Клейбер. Серед слов'янських найсильнішою є Люблінська школа, представниками якої є Р. Токарський, Є. Бартмінський, А. Пайдзінська, Т. Радзівська та ін. В Україні деякими аспектами мовної картини світу займаються Ж. Соколовська, Т. Жаботинська, Ф. Бацевич та інші.

Важливим методологічним питанням є дефініція самого питання мовної картини світу. Існує чимало визначень цього поняття. Так, Р. Гжегорчикова розуміє мовну картину світу як поняттєву структуру, закріплену у системі даної мови, а, отже, в її граматичних і лексичних властивостях (значеннях слів і їх сполучуваності), що реалізуються, як і все у мові, за допомогою текстів та висловлювань [5].

І. Мацькевич указує на те, що мовна картина світу виконує дві функції: інтерпретуючу та регулюючу. Вона інтерпретує дійсність, із якою стикається людина, та регулює людську поведінку щодо її дійсності.

Є. Бартмінський, засновник та голова Люблінської школи когнітивізму, наголошує саме на понятті "інтерпретація". Згідно з його точкою зору, лексеми не відображають речі "фотографічно", а швидше роблять їх ментальний портрет. Термін "інтерпретація" зберігає рівновагу між об'єктивізмом (світ існує реально і є пізнавальним) та суб'єктивізмом (світ сприймається кожною людиною по-своєму) і підкреслює водночас активність людського пізнання й мови по відношенню до світу.

У нашому дослідженні прийнято за робочу дефініцію Б.О. Серебреннікова, згідно з якою "картина світу — це цілісний глобальний образ світу, який є результатом усієї духовної активності людини" [13, 19]. У творенні картини світу беруть участь усі сфери психічної діяльності людини, починаючи від найпростіших: відчуття, сприйняття,

уявлення, і, закінчуючи найскладнішими формами — мисленням та самосвідомістю. Людина творить картину світу в процесі своїх контактів із навколишнім світом, і форми цих контактів можуть бути найрізноманітнішими: побутовими, предметно-практичними, у основі яких покладена діяльність людини.

Таким чином, поняття картини світу знаходиться на стику об'єктивного значення і суб'єктивного оцінювання навколишнього світу. Виходячи з цього, картину світу визначають як суб'єктивний образ об'єктивного світу.

Згідно з теорією Р. Гжегорчикової, мовна картина світу має такі складові частини:

- по-перше, це граматичні властивості, що відбивають умови життя носіїв мови і впливають, у свою чергу, на спосіб бачення світу людей, які розмовляють цією мовою. Граматичні властивості, будучи відбиттям певного бачення світу, мають історичний характер, оскільки можуть стосуватися історії, а не сучасного стану;
- по-друге, безсумнівно, найважливішими є лексичні явища. Система значень лексем та пов'язана з нею типова сполучуваність складають характерний для даної мови спосіб визначення явищ. Як показують дослідження семантичних полів у порівняльному аспекті, один і той самий фрагмент дійсності в окремих мовах буває по-різному поділений між лексемами [5].

Словотвірні властивості лексем, що розкривають певний спосіб витлумачення явищ носіями мови, — важлива ознака мовної картини світу:

- дуже важливою частиною мовної картини світу є семантичні конотації, що пов'язуються мовцями з названими явищами. Це оцінки, емоції, які асоціюються з денотатами назв, зафіксовані у певних мовних фактах.
- останнє питання, на яке Р. Гжегорчикова звертає увагу, це можливість пов'язання поняття мовної картини світу з баченням світу, зафіксованим у текстах [5].

Картина світу існує в нашій свідомості у досить нечіткому несформованому вигляді. У людській свідомості вона представлена у фрагментарному вигляді. Б.О. Серебренніков визначає такі шляхи формування картини світу:

- експлікація, опредмечення й розуміння образів світу, які лежать в основі життєдіяльності людини, і, перш за все в основі її практичної активності;
- творення нових образів світу [13].

Ці шляхи за своєю внутрішньою структурою дуже близькі один до одного, оскільки в обох відтворюється структура об'єкту (світу) в структурі предмета — картині світу як певному концептуальному утворенні.

Аналізуючи природу й призначення картини світу, дослідники визначають її функції:

- інтерпретативну (тобто здійснювати бачення світу);
- регулятивну (бути універсальним орієнтиром людської життєдіяльності) [3, 113].

Розглядаючи основні характеристики картини світу, ми виходимо з того, що картина світу є суб'єктивним образом об'єктивної реальності. Світ безкінечний, а життя людини обмежене часовими рамками, до того ж когнітивні властивості її мозку обмежені у своїх можливостях світосприйняття. Будь-яка картина, створена людиною, несе на собі відбиток людського суб'єктивізму. Філософи, культурологи, історики культури спостерігали співіснування різних, часом протилежних світобачень у процесі історичного розвитку, а також навіть в одну епоху. Б.О. Серебренніков пояснює це явище багатьох картин світу специфікою людського буття, яка полягає у тому, що “світ у своїх глибинних властивостях прихований від людини” [13, 28], через те для проникнення у його значення й пізнання його суті людина і створює свій власний образ світу у процесі соціальної діяльності.

“Картина світу — це не дзеркальне відображення, а завжди якась інтерпретація” [13, 29]. Кожен індивід по-своєму неповторно відтворює світ. Індивіди ж суттєво відрізняються один від одного. Вони мають різні природні властивості, нахили, бути неодна-

ково пов'язані з культурними досягненнями своєї епохи. Ця багатогранність картин світу є об'єктивною потребою історичного розвитку.

Картина світу служить своєрідним посередником у спілкуванні індивідів, забезпечує їх взаєморозуміння. Розуміння можливе лише у випадку, якщо у людей, що спілкуються, виникає єдине значеннєве поле. Широкий контекст, визначений культурою, уможливує розуміння людей. Деякі дослідники, серед яких і Б.О. Серебренніков, пов'язують із концепцією картини світу вчення О.О. Потєбні про два типи значення слова (близьке, як “народне”, і подальше, яке “у кожного різне за якістю і кількістю елементів — особисте”) [11, 9]. Зважаючи на це, виділяється цілком умотивованим твердження Б.О. Серебреннікова про те, що індивідуальна картина світу — це єдність особистого й народного. І в результаті логічним є висновок про те, що картини світу у людей співмірні, тому що мають спільне ядро з національною (“народною”) основою.

Спільна картина світу служить своєрідним посередником не тільки у взаєморозумінні індивідів, але й у контакті різних сфер людської діяльності, культури, філософії, науки, мистецтва тощо. Взаєморозуміння може бути важливим лише за наявності спільних вихідних уявлень і образів на основі культури. А продукти культури можна буде звести в єдине значеннєве поле.

Але, повертаючись до багатогранності картин світу, які втілюють різноманітні світобачення, розглянемо основні критерії, що беруться за основу при встановленні типології картин світу. Б.О. Серебренніков визначає прості, але цілком логічні критерії, які можуть бути визначені як парадигма картин світу [13, 31–32]:

1. суб'єкт картини світу, її “діяч” (тобто той, хто описує);
2. предмет картини світу, її об'єкт (те, що описується);
3. результат діяльності (сам образ, власне картина).

Розглянувши детально ці критерії, можна зробити висновок про те, що існує стільки картин, скільки індивідів.

Синтезована картина світу всіх історичних картин, що є результатом діяльності людства у різних духовних сферах, не може вважатися за ідеал. Якщо і припустити можливість створення такої картини світу, то, очевидно, вона не була б позбавлена певних протиріч. Будь-яка картина, створена людиною, несе на собі відбиток людського суб'єктивізму, і в цьому полягає основне протиріччя картини світу. Як і всі продукти людської діяльності картини світу не схожі між собою, не рівноцінні за своїми властивостями. При порівнянні картин світу можлива їх оцінка. Критерій оцінки — її відповідність навколишній реальності. Картини світу можна порівнювати за змістовністю, за глибиною суті певного явища, за детальною характеристикою своїх предметів. Для порівнювання картин світу потрібно вибрати певні параметри. На думку А.Я. Гуревича, такими параметрами можуть бути універсальні категорії людської свідомості й культури, до яких належать простір, причина, число, відношення частини до цілого, відношення чуттєвого до надчуттєвого [6, 15]. Універсальність цих категорій полягає в тому, що хоча вони й змінні за своїм змістом, але властиві людині на всіх етапах її історичного розвитку. Серед універсальних категорій культури логічно вихідними для картини світу будуть категорії простору, часу. Про первинність цих категорій говорить Т.Я. Топорова: “Категорії простору й часу, завдяки їх універсальності, визначають ті межі, у яких проходить людське життя. Таким чином, вони визначають решту категорій, пов'язаних з антропометричною сферою: долю, право, соціальний устрій” [14, 12].

Концептуальна картина світу завжди є певною ідеалізацією дійсності. Зафіксована людиною картина світу реалізує себе у своєрідній матеріальній формі — у формі мовних знаків. Інакше кажучи, людина пізнає світ через слово. У ньому відображається вся історія народу, його прагнення, його ідеали, у ньому починається й закінчується духовне життя людини. Цей процес відбувається безперервно. Слово виступає не тільки засобом вираження думки, але і засобом її творення й розвитку. Саме народження думки передбачає її органічний зв'язок із мовою. На всіх

наступних етапах свого розвитку вона ніколи не втрачає цього зв'язку. Називаючи будь-яку річ чи будь-який предмет об'єктивного світу, людина тим самим виділяє цю річ (предмет) із поміж інших, уводячи її (його) у конкретний ряд відповідних предметів (речей). Таким чином у процес пізнання вносяться елементи впорядкованості й системності. Людина у своїй свідомості фіксує конструкт світу, і він є, фактично, вторинним продуктом навколишнього світу. Спочатку людський мозок перетворює інформацію про зовнішній світ в образ, який не є, однак, дзеркальним відбиттям об'єкта. Цей образ виникає у результаті складних логічних процесів: абстрагування, узагальнення, фіксує найстійкіші і найпостійніші характеристики об'єкта. Утворений образ є редукованим, оскільки людська пам'ять не в змозі зберегти, зафіксувати всі диференційні особливості того чи іншого об'єкта. Коли людина обирає назву предмета, в її голові вже сформоване поняття цього предмета. Як відомо, в основу словесного знака людина вкладає якусь одну (здебільшого найхарактернішу) рису предмета, тобто словесний знак не є абсолютною реалізацією поняття. Хоча утворене у результаті складних процесів слово й не є адекватним відображенням предмета (явища, дії), воно виступає своєрідним збудником спільного поняття. І в цьому полягає основна функція слова як мовної одиниці.

Мова — це мінлива система, яка видозмінюється разом із людським пізнанням, буттям; у той же час вона — структурна єдність форм вираження і мислення. Власне у цьому і проявляється тісний зв'язок мови і мислення, який, до речі, має свій конкретно-історичний вияв для кожного народу.

Мова — це спосіб мислення, унікальний і неповторний засіб не лише для пізнання світу, але й освоєння його. Тому зникнення навіть однієї мови є надзвичайно великою втратою для всіх, адже перестає існувати єдина своєрідна система пізнання та відтворення дійсності.

Таким чином, можемо говорити про існування концептуальної та мовної картин світу: концептуальної — як такої, що формується у результаті відображувальної діяльності

свідомості індивіда та суспільства в цілому; і мовної, що називає окремі фрагменти концептуальної картини світу. Аналізуючи співвідношення концептуальної і мовної картин світу філософ Г.А. Брутян [2, 27] висуває тезу, згідно з якою основний склад мовної картини світу покриває увесь зміст концептуальної картини світу. За межами концептуальної картини світу залишаються так звані периферійні ділянки, які є додатковим джерелом інформації про світ. Г.А. Брутян вважає, що інформація концептуальної картини світу і тієї частини мовної картини світу, яка зберігається, є інваріантною, формує універсальні понятійні категорії і не залежить від національних мовних особливостей. І навпаки, інформація периферійних ділянок за межами концептуальної картини є змінною, варіантною і залежить від специфіки національних мов. Чим суттєвіші відмінності на периферійній ділянці, тим більше відрізняються мови, які порівнюють. Ця гіпотеза концептуального ядра і периферійної ділянки визначається як “принцип лінгвістичної комплементарності”. Гіпотеза ця свого часу різноаспектно критикувалася у радянському мовознавстві, та все ж ми використовуємо її як схему співвідношення концептуального ядра і периферійної ділянки (тобто інтернаціонального і національного у мовній картині світу).

Національна свідомість формує периферійні ділянки мовної картини світу. Мова певної етнокультурної спільності служить національно-специфічним засобом моделювання національної картини світу, її своєрідного бачення і вираження. Мова як вид суспільної діяльності тісно, хоча й не цілковито, пов’язана з рівнем розвитку суспільства, його структурою та особливостями функціонування. Однак мова є не тільки певною системою пізнання, вона є також шляхом усвідомлення етичних і моральних ідеалів. Адже пізнання діє на людину й естетично, і морально, і етично. Естетична функція мови поширюється на всі сфери сприйняття людиною навколишнього світу. У повноцінному функціонуванні мови виражається одночасно і стан розвитку нації, адже мова є однією з її основних ознак. Саме завдяки їй людина усвідомлює себе частинкою великого організму — нації. Мовні

образи, складові периферійної ділянки мовної картини світу виражають народний дух, національні відчуття, рецепцію сприймання і розуміння світу. Кожна національна мова — це універсальна філософська система, в якій по-своєму своєрідно “живе” світ, людство в цілому. Національна мова — це сукупність істин, знань, мистецтва, обумовлена своєрідною психологією народу. Цю тезу можемо спостерігати у О.О. Потебні: “психологія народів повинна показати відмінності національних особливостей і структури мови як результат спільних законів народного життя” [10, 56]. У працях деяких мовознавців можемо спостерігати й інші підходи до розкриття природи національної картини світу. Наприклад, Б.О. Серебренніков вважає, що національна образність різних народів відрізняється одна від одної, і це пояснюється неоднаковим обсягом значень слів у різних мовах [12, 139].

У кожній національній мові наявні певні образи, символи, знаки, що втілюють у собі результати пізнавальної діяльності усієї етнокультурної спільності. Національна мова у свій неповторний спосіб інтерпретує різні явища, традиції, звичаї, обряди, спосіб життя, кодує досвід колективно-історичної групи. Вирішальний вплив на розвиток та специфіку національної мови має культура певної етнічної спільності. Кожна з таких культур відносно автономна, хоча зазнає впливу і сама впливає на сусідні. Багато хто із дослідників вважає, що етнокультура створює певне своєрідне становище у суспільстві, у яке “занурені” всі члени суспільства [4, 87]. Етнокультура виступає найважливішим показником національної свідомості, створює специфічне “етнічне поле” (термін Г.С. Воропаєвої) [4, 93], яке формує національну ментальність.

Національна ментальність творить стержень, навколо якого формується національна картина світу кожного народу. За визначенням етнопсихолога В. Яніва, основні характеристики нації — це “... єдина територія, єдина мова, спільність економічного життя, спільність психічного укладу, який виявляється в єдності властивостей національної культури”. У сучасній філософії ментальність визначається так: “Ментальність — це сукуп-

ність готовностей та установок і схильності індивіда чи соціальної групи діяти, мислити, відчувати і сприймати світ певним чином” [7, 107]. Ми приймаємо дане твердження за відправне, додаючи також, що ментальність — це система, яка знаходиться у постійному русі, але елементи якої тісно пов’язані між собою, тобто, це — система образів, уявлень, які у різних соціальних та національних групах сполучаються по-різному, але завжди лежать в основі людських уявлень про світ і мають своє місце у ньому, і, відповідно, регламентують вчинки та поведінку людини. Ментальність розглядається, відповідно, як категорія, що характеризує щось національне, притаманне певному народові, народності, нації.

Когнітивний підхід до аналізу національно-культурного менталітету підтверджує, що “у ментальності зливається воєдино сфера знання — те, що є (реальне), і сфера цінностей — те, що повинно бути (іреальне)” [1, 65]. Сфера знання репрезентує систему концептів, тобто, “ключових слів духовної культури” [8, 99]. Науковці пояснюють термін “концепт” дволяко:

1. як ключове слово духовної культури;
2. як передумови, що стимулюють народження слова [8, 99].

Таким чином, терміном “концепт” позначається як перший етап формування слова і його значення, так і включення цього слова у культурний контекст, коли слово стає ключем до розуміння самої культури. Аналіз семантики і прагматики ключового слова, його витлумачення дає змогу простежити мислення, світосприйняття окремого народу, особливості формування і розвитку його культури.

Науковці розрізняють універсальні та національні концепти. Універсальні можуть

бути наявні у багатьох, більшості або всіх культурах, вони характерні для всіх часових зрізів, наприклад, “добро”, “зло”, “духовність”, “правда” тощо. Однак кожен народ може мати свої специфічні концепти, що складають ключові поняття національної мовної картини світу (наприклад, “рушник” для українців). Що ж стосується універсальних концептів, то вони, крім спільності, мають свої неповторні риси у кожній окремій етнокультурі. У національних концептах „концентруються особливості світосприйняття даного етносу” [9, 311]. Національні концепти забезпечують єдність і традиційність поколінь між собою, дають змогу простежити зв’язок з архаїчними культурами.

Викладений теоретичний матеріал дає підстави зробити деякі висновки:

1. Мовна картина світу є вербалізацією накопиченого досвіду певної лінгвокультурної спільноти.
2. Мова є однією з основних ознак нації. Саме завдяки їй людина бере активну участь у безперервному процесі пізнання навколишнього світу.
3. Мова окремої етнокультурної спільноти служить національно-специфічним вираженням національної мовної картини світу.
4. Аналіз теоретичних праць відомих філософів, лінгвістів, психологів є переконливим аргументом того, що національний елемент мовної картини світу є важливою ознакою, яка робить можливою відмінність мовних картин світу.
5. Вирішальний вплив на відмінність національних картин світу справляє національна ментальність, яка притаманна певній етнокультурній спільності.

Список літератури:

1. *Бакерина В.В.* О национально-культурном менталитете и его лексикографической репрезентации // Язык и культура. — К.: Изд-во Киевского ун-та, 1994.
2. *Брутян Г.А.* Язык и картина мира // НДВШ. Философские науки. — М.: Изд-во МГУ, 1973. — № 1.
3. *Брутян Г.А.* Языковая картина мира и ее роль в познании // Методологические проблемы анализа языка. — Ереван: Изд-во Ереван.ун-та, 1976. — 294 с.
4. *Воропаева Г.С.* Знаково-символічні системи культури та етнічна свідомість // Язык и культура. Третья международная конференция. Доклады. — К.: Изд-во Киевского университета, 1994.

5. *Гжегорчикова Р.* Понятийная оппозиция вверх – вниз и понятия места, предмета и пространства // Язык и культура. Вторая международная конференция. Доклады и тезисы. — К.: Изд-во Киевского ун-та, 1993.
6. *Гуревич А.Я.* Категория средневековой культуры. — М.: Искусство, 1972. — 318 с.
7. *Загальна психологія: Курс лекцій.* — К.: Правда Ярославічів, 1997. — 436 с.
8. *Лисицин А.Г.* К проблеме концептуального анализа // Язык и культура. Третья международная конференция. Доклады и тезисы. — К.: Изд-во Киевского ун-та, 1994.
9. *Маслова В.А.* Экспериментальное изучение национально-культурной специфики внешних и внутренних качеств человека (на материале киргизского языка) // Этнопсихолінгвістика. Общ.ред. Ю.А. Сорокина. — М.: Наука, 1988.
10. *Потебня О.О.* Думка й мова // Естетика і поетика. — К.: Мистецтво, 1986.
11. *Потебня О.О.* Из записок по русской грамматике: В 4-х т. — М.: Просвещение, 1988.
12. *Серебренников Б.А.* О материалистическом подходе к явлениям языка. — М.: Наука, 1983. — 319 с.
13. *Серебренников Б.А.* Роль человеческого фактора в языке. Язык и картина мира. — М.: Наука, 1988. — 242 с.
14. *Топорова Т.Я.* Семантическая мотивировка концептуально-значимой лексики в древнеисландском языке: Автореф.дисс. ... канд. филол. наук. — М.: МГУ, 1986. — 28 с.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются теоретические труды известных философов, лингвистов, психологов, посвященные вопросу языковой картины мира. Рассматриваются основные подходы к проблеме изучения взаимосвязи языка и картины мира, роль человеческого и национального факторов в языке.

SUMMARY

The theoretical works of well-known philosophers, linguists, psychologists, devoted to the investigation of world's language picture are analyzed in this article. Main approaches to the problem of language and world picture interaction, the role of human and national factors are considered there.

*Рекомендовано кафедрою
іноземних мов та перекладу*

Подано 13.11.07



Т.В. Чернишенко,
студентка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент М.П. Дружков)

Правові наслідки неавтентичності офіційного перекладу міжнародних договорів

*Визначте значення слів. Цим ви позбавите людство
від половини його помилок та непорозумінь.*

Рене Декарт

Ключові слова: автентичність, міжнародний договір, офіційний переклад, порушення міжнародно-правових зобов'язань.

Право залежить від мови. Цю тезу важко спростувати, адже засобом фіксації права є мова*. Звідси неабияка увага має приділятися застосуванню юридичної термінології в будь-якій сфері. Якщо ж ця сфера пов'язана з міжнародним правом, її мовне оформлення набирає ще більшої ваги.

Міжнародний нормотворчий процес, а також належне виконання державами своїх міжнародно-правових зобов'язань (зокрема, шляхом подальшого розвитку національного законодавства) потребують якомога чіткого, об'єктивного і рівнозначного розуміння юридичної суті міжнародних договорів, учасниками яких є держави. В основі досягнення саме такого розуміння в багатомовних договорах безперечно лежить автентифікація їхніх текстів, якій надано серйозної уваги в міжнародно-правовій літературі, зокрема в працях А.М. Талалаєва, І.І. Лукашука, О.О. Мережка, М.А. Баймуратова та інших учених.

Отже, за багатьох причин у цьому складному процесі нормотворення і нормореалізації (імплементції) виникає необхідність

здійснення офіційного перекладу міжнародних договорів на державну мову держав учасниць. В Україні цього потребує, зокрема, належне проведення процедури ратифікації в органі законодавчої влади (обговорення тексту договору, голосування за Закон України "Про ратифікацію ..."); офіційний переклад необхідний в разі прийняття внутрішньодержавних правових актів задля ефективного процесу імплементції міжнародних договорів, їх правильного тлумачення на всіх рівнях і, зрештою, для додержання принципу публічності міжнародно-правових норм.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 17 березня 2006 р. № 353 "Про затвердження Порядку здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову" (далі — Порядок), поняття "офіційний переклад" означає **автентичний** виклад українською мовою тексту багатостороннього міжнародного договору України, складеного мовою, іншою, ніж українська [11].

Офіційний переклад багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову здійснює Міністерство закордонних справ України. При цьому міністерство або інший центральний орган виконавчої влади, відповідальний за

* Звичайно, ітиметься про писані норми міжнародного права — міжнародні договори. Міжнародні звичаї належать до "мовчазних" норм і не мають ніякого тексту взагалі.

укладення договору, здійснює попередній переклад тексту договору, що надійшов із МЗС (частина 2 пункту 3 Порядку). Таким чином, МЗС виконує функцію загального керівництва у здійсненні офіційного перекладу договорів, відповідальними за укладення яких є інші міністерства чи центральні органи виконавчої влади. Дана позиція видається слушною, однак такий порядок не забезпечує однотипності вживання термінів, оскільки переклад здійснюється працівниками різних органів, які не пов'язані між собою єдиними правилами перекладу термінів. Необхідно зазначити, що МЗС має право в разі виявлення значної кількості помилок, що унеможлиблює забезпечення автентичності перекладу, повернути його на доопрацювання з відповідними рекомендаціями (редагуванням) (пункт 5 Порядку). Загалом наявність навіть однієї помилки порушує автентичність викладу тексту договору, а отже, такий текст не може стати офіційним перекладом. Тому дивним видається положення про те, що МЗС має право, а не обов'язок повернути переклад органу, який його здійснював, і лише за наявності значної кількості помилок.

Згідно із зазначеним вище Порядком, перекладу підлягає консолідована версія тексту договору з урахуванням усіх змін, що набрали чинності, а також тексти договорів про внесення змін до нього (частина 1 пункту 3 Порядку). Дійсно, на практиці досить незручно використовувати договір, враховуючи цілу низку інших документів, що вносять до нього зміни й доповнення. Проте консолідований текст договору не має такої ж юридичної сили, як основний договір та договори про внесення змін до нього, тобто консолідований текст не має статусу офіційного документа. І цьому є логічне пояснення, адже в процесі зведення документів, які вносять зміни до єдиної консолідованої версії, можуть траплятися технічні помилки. Окрім того, деякі зміни вносяться лише на певний період або, навпаки, застосовуються з відкладальною умовою. До того ж, консолідований текст не підписується сторонами договору, що виключає його офіційний статус. Відтак постає кілька питань: 1) чи правильно перекладати консолідовану версію договору, якщо вона не

має офіційного статусу; 2) чи може неофіційний консолідований текст договору після перекладу його на українську мову набувати статусу офіційного?

Як було зазначено раніше, окрім консолідованої версії тексту договору, перекладу також підлягають і тексти договорів про внесення змін до нього. Зважаючи на це, можливо, доцільніше в таких випадках перекладати текст самого договору та тексти договорів про внесення змін до нього, а вже потім на основі українських текстів робити консолідовану версію договору. Це, по-перше, зніме наведені питання щодо статусу документа та буде правильніше з юридичної точки зору, по-друге, не призведе до незручностей при використанні тексту договору, позаяк консолідована версія все одно буде створюватися. І, окрім того, це не буде позбавляти осіб, які не володіють мовою, якою укладено договір, ознайомитися з його основним текстом.

Із наведеного можна зробити висновок, що існуючий "Порядок здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову" містить у собі серйозні ризики отримання в кінцевому результаті тексту, який не буде автентичним викладом українською мовою тексту міжнародного договору, проте все ж матиме статус офіційного перекладу.

Може, це й не спричинятиме негативних наслідків, допоки договір не почне виконуватися. Але ж при виконанні міжнародних договорів України органи державної влади, як правило, керуються не автентичним текстом міжнародного договору, а саме його офіційним перекладом. І якщо такий переклад є неякісним, він може призвести до невиконання зобов'язань України за міжнародним договором. Із цим якраз і пов'язана основна загроза використання неавтентичного офіційного перекладу.

Ситуацію з використанням неякісного перекладу міжнародного договору України можна розкрити на прикладі Європейської хартії регіональних мов або мов меншин від 5 листопада 1992 р. Хартію було укладено англійською і французькою мовами, причому в самому договорі зазначено, що обидва тексти є однаково автентичними.

Англійський варіант назви Хартії такий: “European Charter for Regional or Minority Languages” [9; 13]. Словосполучення “regional or minority languages” у тексті офіційного перекладу Хартії на українську мову, як і в назві самої Хартії, подається як “регіональні мови або мови національних меншин”. Таким чином, слово “minority” в українському тексті виступає іменником, у той час як в англійському воно є прикметником. Аналогічна ситуація прослідковується й французькою мовою: “Charte européenne des langues régionales ou minoritaires” [10]. Обидва слова “régionale” і “minoritaire” є прикметниками, тимчасом як в українському перекладі слову “régionale” залишили його “автентичну” функцію, а слову “minoritaire” надали нової. Такий висновок можна зробити не лише на основі лінгвістичного тлумачення, а й спираючись на пункт 18 Пояснювальної записки до Хартії [14; 15], де прямо зазначено, що обидва ці терміни є прикметниками.

Така прискіплива увага, здавалося б, до незначної відмінності в перекладі пояснюється тим, що ця відмінність призвела до підміни основного об’єкта регулювання Хартії: “регіональні або міноритарні мови” в автентичному тексті були замінені на “регіональні мови або мови національних меншин” [3]. Проте в пункті 11 Пояснювальної записки чітко зазначено, що Хартія “спрямована на захист і підтримку регіональних або міноритарних мов, а не мовних меншин”, а пункт 17 деталізує: “Метою Хартії є не закріплення прав національних чи культурних меншин, а захист і підтримка регіональних і міноритарних мов як таких”.

Виключення із об’єкта регулювання Хартії мовних меншин та гарантування їхніх прав пояснюється тим, що це питання окремо врегульоване Конвенцією про захист національних меншин від 1 лютого 1995 р.

До того ж, у ст. 3 Хартії зазначено, що “кожна Договірна Держава визначає у своїй ратифікаційній грамоті або документі про прийняття чи затвердження кожен регіональну або міноритарну мову чи державну мову, яка менш широко використовується на всій або частині її території, до якої застосовуються пункти, вибрані згідно з п. 2

ст. 2”. Із зазначеного випливає, що Хартія застосовується також і до державної мови Договірної Держави, якщо така мова менш широко використовується на всій або частині її території, тобто є міноритарною на цій території. Тут принагідно було б зауважити, що державна мова не може водночас бути й мовою національної меншини в одній і тій же державі, а міноритарною — може. Це вкотре свідчить про помилковість офіційного перекладу Хартії на українську мову.

Можливо, якби в Україні була інша ситуація з використанням мов, описана помилка в перекладі не спричинила би такої разючої відмінності у виконанні Україною своїх договірних зобов’язань. Однак фактичний стан справ свідчить про те, що зобов’язання України за Хартією (автентичний текст) і за офіційним перекладом часом є діаметрально протилежними.

У цьому можна пересвідчитися на простому прикладі. Російська мова є мовою національної меншини, що проживає, наприклад, в АРК Крим. Отже, відповідно до офіційного перекладу договору, вона підпадає під об’єкт регулювання Хартії. У той же час російська мова є мовою, якою спілкується більшість населення на цій території, а міноритарною мовою в Криму є державна мова, тобто українська. Остання, згідно з автентичним текстом Хартії, підлягає захисту й підтримці на цій території, оскільки там вона є менш поширеною. Подібна ситуація прослідковується не лише в цьому регіоні України.

Таким чином, виконання зобов’язань на основі офіційного перекладу Хартії є прямим і далеко не одиничним порушенням “справжніх” зобов’язань за цим міжнародним договором.

Наведений приклад є ілюстрацією необхідності чіткої регламентації процесу перекладу, створення системи методологічного забезпечення перекладачів та проведення термінологічних експертиз перекладених текстів. І хоча нині встановлений певний алгоритм здійснення перекладу, він передбачає обов’язок різних органів здійснювати переклади міжнародних договорів України, а отже, збільшує вірогідність застосування одних і тих же термінів у різних значеннях.

Якщо в повсякденному мовленні наявність багатозначних, описових формулювань і переносних значень слів є цілком припустимою, а подекуди навіть бажаною, то невизначеність правової термінології при здійсненні перекладу тексту міжнародного договору може призвести не тільки до таких негативних наслідків, як хибне розуміння чи помилкове тлумачення тексту договору (з низкою політичних загострень), а й, як ми вже пересвідчилися на прикладі з Хартією, до порушення міжнародно-правових зобов'язань України.

Кожна з мов має свою семантику, свою етимологію слів. Однак, що є ще більш важливо з юридичної точки зору, різні мови можуть відображати термінологічну й понятійну специфіку різних правових систем. З огляду на це, узгодження співвідношення термінів різних мов є складним завданням, яке, окрім цього, має важливе практичне значення. І якщо процедура перекладу чітко не регламентована, не встановлено відповідальності за здійснення неякісного перекладу та не прописаний порядок виправлення помилок, то проблеми, пов'язані з перекладом юридичних термінів з однієї мови на іншу, можуть набувати не тільки юридичного, а ще й негативного політичного забарвлення.

Так, місцеві ради кількох областей України приймали рішення про надання російській мові статусу регіональної, посилаючись на коментовану раніше Європейську хартію регіональних мов або мов меншин, не зважаючи на те, що автентичний текст Хартії не передбачає ані надання певного статусу конкретній мові, ані захисту прав громадян, які цією мовою спілкуються [3].

Окрім цього, у Верховній Раді України був зареєстрований проект Закону України № 2344 від 17 жовтень 2006 р. "Про внесення змін до Закону України про ратифікацію Європейської Хартії регіональних мов та мов меншин" [16], яким передбачається встановлення двох режимів дії Хартії: загального та розширеного. Проте сама Хартія встановлення таких режимів не передбачає. Тому прийняття зазначеного проекту загрожувало не виправданому встановленню преференційного режиму стосовно одних

мов і одностороннього звуження зобов'язань за Хартією стосовно інших. Інакше кажучи, це призведе до односторонньої відмови від зобов'язань і ревізії міжнародного договору, що в міжнародному праві не допускається, оскільки суперечить загальноновизнаним принципам міжнародного права, зокрема принципу *pacta sunt servanda*.

Такі й подібні політичні рішення внутрішньодержавного значення загрожують негативними міжнародно-правовими наслідками, оскільки є порушенням узятих Україною договірних зобов'язань. Прикметно, що на рівні національного законодавства ці порушення начебто не помітні, адже на практиці застосовується текст офіційного перекладу договору, який є частиною закону про ратифікацію. Але на міжнародному рівні учасник не може посилатися на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору [1, ст. 27].

Таким чином, проблема здійснення офіційного перекладу стоїть досить гостро, проте незрозуміло залишається відсутність належної уваги до неї. Для порівняння, з метою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу спеціально створений Центр європейського та порівняльного права [7], затверджено не лише Порядок перекладу актів європейського права [6], а й Єдиний підхід до формування щорічних орієнтовних планів перекладів актів європейського права на українську мову [2] та Положення про Термінологічну комісію Центру [8]. Комісія складається з професійних перекладачів, правників, фахівців у сфері української правничої термінології та членів *ad hoc*, якими є спеціалісти в конкретній галузі. Термінологічна експертиза перекладу конкретного акта здійснюється спеціально створеною для цього робочою групою, яка формується з членів комісії. Робоча група готує свої пропозиції щодо остаточної редакції перекладу, а також доповідь з викладенням дискусійних моментів та різночитань між текстами актів різними офіційними мовами ЄС. Вивчивши зауваження та пропозиції, робоча група готує остаточну редакцію перекладу, після чого рекомендує директорові Центру надати перекладу статус офіційного.

Максимальна регламентація процесу перекладу актів ЄС, наявність єдиного спеціально створеного органу, відповідального за здійснення перекладу та проведення термінологічної експертизи забезпечують досягнення об'єктивності та якості перекладу. При цьому доцільно зауважити, що Україна не брала на себе обов'язки щодо виконання актів ЄС, оскільки вони не є чинними на її території. Отже, порушення зобов'язань унаслідок неточного перекладу не існуватиме. Водночас існує обов'язок сумлінного дотримання міжнародних договорів, однак увага до офіційного перекладу цих договорів, його змістової та правової адекватності дуже мала.

Зрозуміло, що не можна перебільшувати значення офіційного перекладу, адже виконанню підлягає не переклад, а сам договір. До того ж, згідно із ч. 1 ст. 9 Закону України "Про міжнародні договори України" від 29 червня 2004 р., невід'ємною частиною закону про ратифікацію міжнародного договору є текст міжнародного договору [5]. Але, на жаль, практика, що існує, іде врозріз із зазначеною нормою і як частина закону про ратифікацію приймається текст офіційного перекладу, а не автентичний текст договору.

Відповідно до зазначеного Закону, чинні міжнародні договори України публікуються українською мовою в "Зібранні діючих міжнародних договорів України" (ч. 1 ст. 21). Більш прогресивною в цьому контексті була норма попереднього Закону України "Про міжнародні договори України" від 22 грудня 1993 р., який втратив чинність. Зокрема, ч. 5 ст. 20 передбачала, що в разі, коли міжнародний договір України не має автентичного тексту державною мовою України, публікується один з автентичних текстів іноземною мовою, а також офіційний переклад державною мовою України, здійснений Міністерством закордонних справ України. У такому разі проблема помилкового перекладу швидко

могла б бути розв'язаною, адже завжди можна було б порівняти автентичний текст і його переклад [4].

Водночас вирішувалася б й інша важлива проблема. Оскільки не всі громадяни, у тому числі відповідні посадові особи, володіють мовою, на якій укладено договір, здійснюється його офіційний переклад державною мовою. Проте офіційний переклад не повинен зумовлювати ігнорування автентичного тексту договору. Якщо виявляються розходження між автентичним текстом і його перекладом, виконанню підлягає перший. Але в ситуації, коли практика складається всупереч існуючим нормам і як частина закону про ратифікацію замість тексту договору приймається його переклад, хай і офіційний, а також за відсутності будь-якого офіційного опублікування автентичного тексту договору, залишається незрозумілим, яким же чином органи влади повинні знаходити текст міжнародного договору, аби керуватися ним.

Підсумовуючи, хотілося б зауважити, що питання офіційного перекладу в даній статті розглядалося лише стосовно багатосторонніх договорів України, оскільки воно знайшло своє відображення в законодавстві. Двосторонні ж договори, як правило, укладаються мовами сторін, і питань із перекладом не виникає. Однак поширені й випадки, коли двосторонні договори укладають на мові, яка не є державною мовою жодної з держав-сторін договору. У цій ситуації проблема перекладу стає гострішою, адже переклад тексту двостороннього договору не знайшов і мінімальної регламентації в законодавстві.

Проблема офіційного перекладу міжнародних договорів є дійсно важливою, адже може зумовити не тільки невиконання зобов'язань за договором перед сторонами договору, а й порушення одного із основних принципів міжнародного права — добросовісного виконання зобов'язань.

Список літератури:

1. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. — 1986. — № 17. — Ст. 343.
2. Єдиний підхід до формування щорічних орієнтовних планів перекладів актів європейського права на українську мову, ухвалений на 12-му засіданні Міжвідомчої координаційної

ради з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу 17 листопада 2003 р. — <http://www.minjust.gov.ua/0/2405>

3. Закон України “Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин” від 15 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради. — 2003. — № 30. — Ст. 259.

4. Закон України “Про міжнародні договори України” від 22 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 10. — Ст. 45.

5. Закон України “Про міжнародні договори України” від 29 червня 2004 р. // Відомості Верховної Ради. — 2004. — № 50. — Ст. 540.

6. Наказ Міністерства юстиції України від 26 листопада 2003 р. № 144/5 “Про затвердження Порядку перекладу актів європейського права” — <http://www.gdo.kiev.ua/files/db.php?god=2003&st=2540>

7. Наказ Міністерства юстиції України від 28 жовтня 2004 р. № 126/5 “Про затвердження Положення про Центр європейського та порівняльного права” — <http://www.minjust.gov.ua/0/4330>

8. Наказ Центру європейського та порівняльного права від 24 грудня 2003 р. № 76/1 “Про затвердження Положення про Термінологічну комісію Центру європейського та порівняльного права” — <http://www.minjust.gov.ua/0/4330>

9. Офіційний сайт Ради Європи — <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/148.htm>

10. Офіційний сайт Ради Європи — <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/148.htm>

11. Постанова Кабінету Міністрів України від 17 березня 2006 р. № 353 “Про затвердження Порядку здійснення офіційного перекладу багатосторонніх міжнародних договорів України на українську мову” — <http://www.mfa.gov.ua/mfa/ua/publication/content/13843.htm>

12. “Charte européenne des langues régionales ou minoritaires” — <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/148.htm>

13. “European Charter for Regional or Minority Languages” — <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/148.htm>

14. Explanatory Report — <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/148.htm>

15. Rapport explicatif — <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/148.htm>

16. <http://portal.rada.gov.ua>

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена роли официального перевода международных договоров и процессу его осуществления на государственный язык государств-участников. На примере Европейской хартии региональных языков и языков меньшинств показано, какие правовые последствия может повлечь использование неаутентичного официального перевода текста международного договора как на национальном, так и на международном уровне.

SUMMARY

This article is dedicated to the role of official translation of the international treaties and process of its realization on the official language of the member states. The example of the European Charter for Regional or Minority Languages shows the illegal consequences that may be caused by unauthentic official translation of the international treaty both on national and international level.

Рекомендовано кафедрою прав людини, європейського та міжнародного права

Подано 20.11.07