



ВІСНИК

**Академії адвокатури
України**

Виходить 3 рази на рік

Науковий журнал

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

Заснований у жовтні 2004 року

ВИПУСК `4 2005

Засновник і видавець
Академія адвокатури України

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

Рекомендовано до друку
*Вченою радою Академії адвокатури України
12.12.05 протокол № 5*

КИЇВ 2005

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2005. – Вип. 4.

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.*

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.*

Лисенков С.Л. — *канд. юр. наук, доц.*

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

Михайленко О.Р. — *д-р юр. наук, проф.*

Мунтян В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

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

Пронська Г.В. — *д-р юр. наук, проф.*

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

Туркевич І.К. — *д-р юр. наук, проф.*

Фесенко Є.В. — *д-р юр. наук, доц.*

Чубарєв В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

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

Підписано до друку 14.12.05. Формат 70x100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друк.арк. 13,93. Обл.-вид. арк. 12,75. Тираж 300 пр. Замовлення № 1377. 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.

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

ЗМІСТ

<i>ГОНЧАРЕНКО В.Г.</i> Opus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування	5
<i>РОМОВСЬКА З.В.</i> Загальні засади цивільного права	10
<i>ЛИСЕНКОВ С.Л.</i> Питання змісту і реалізації культурних прав і свобод у практиці Європейського суду з прав людини.....	22
<i>ЗАХАРОВА О.С.</i> Представництво у цивільному судочинстві	32
<i>ХОТИНСЬКА О.З.</i> Преюдиціальність як прояв обов'язковості судових рішень	37
<i>МУЗИКА Л.А.</i> Територіальні громади як суб'єкти цивільного права і суб'єкти цивільних правовідносин.....	43
<i>ЧЕРНЯК Ю.В.</i> Міжнародний цивільний процес: проблеми правового регулювання в Україні	48
<i>БУЛГАКОВА І.В.</i> Статут автомобільного транспорту УРСР: проблеми застосування	52
<i>КАШИНЦЕВА О.Ю.</i> Проблеми правового регулювання пренатальних генетичних обстежень в Україні.....	58
<i>КОРОБЧУК П.М.</i> Роль дозвільної системи в забезпеченні громадського порядку та громадської безпеки	62
<i>КОВАЛЬСЬКИЙ В.С.</i> Конституційні засади визначення принципів кримінального права.....	68
<i>ГРЕК Б.М.</i> Вдосконалення інституту кримінально-правової відповідальності за фіктивне банкрутство та доведення до банкрутства — нагальна потреба сьогодення	74
<i>МИХАЙЛЕНКО О.Р.</i> Конкуренція або колізії правових норм та верховенство закону щодо кримінального процесу	83
<i>ПОПЕЛЮШКО В.О.</i> Поняття захисту у кримінальному процесі.....	87
<i>СУРДУКОВА О.В.</i> Адвокатське розслідування як інститут кримінально-процесуального права	97
<i>БОЯРОВ В.І.</i> Актуальні питання захисту учасників кримінального судочинства в законодавстві України.....	104
<i>ІСМАЙЛОВА Л.Б.</i> Реалізація принципу презумпції невинуватості в кримінальному процесі України	111

<i>ЦИГАНЮК Ю.В.</i>	
Потерпілий в кримінальному процесі країн континентальної правової системи та України: порівняльно-правове дослідження	119
<i>ЧЕРКОВА М.Ю.</i>	
Редакція статті 141 КПК України вимагає істотних змін	126
<i>ФАРТУШНА О.Ю.</i>	
Вимоги фіксації доказової інформації.....	137
<i>КУЗНЄЦОВА О.В.</i>	
Поняття та класифікація отруйних і сильнодіючих речовин.....	143
<i>АНТОНЮК Н.М.</i>	
Правнича термінологія у змісті викладання іноземних мов.....	150
<i>БОТВИНА Н.Г.</i>	
Державотворча роль мови	156

СТУДЕНТСЬКЕ НАУКОВЕ ЖИТТЯ

<i>ЦИМОХ В.М.</i>	
Питання застосування принципу диспозитивності за новим Цивільним процесуальним кодексом України.....	164
<i>Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до “Вісника Академії адвокатури України”</i>	170



В.Г. Гончаренко,
доктор юридичних наук, професор,
академік Академії правових наук України
(Академія адвокатури України)

Opus probandi в контексті процесуальних функцій і етики спілкування

*А потім доведь, що ти не верблюд...
(мудре народне заперечення порочної
практики доказування невинуватості)*

Ключові слова: доказування, обвинувачення, захист, процесуальні функції, презумпція невинуватості.

Останнім часом, щось років з десять, неприкрито стала набувати сили неприємна тенденція у здійсненні правосуддя та в офіційних і напівофіційних спілкуваннях. Вона полягає у необґрунтованому теоретично і дуже небезпечному практично змішуванні процесуальних функцій учасників судочинства і, що вже зовсім погано, у привласненні права представниками влади, засобів масової інформації, а то і так званими пересічними громадянами вирішувати остаточно і безапеляційно спірні питання по суті та проголошувати свої часом неоконкретні висновки щодо винуватості конкретних осіб, частенько особисто офіційно обзиваючи людей злочинцями і навіть бандитами або доручаючи робити цю ганебність своїм видресированим *instrumentum vocale*. На жаль, ця руйнівна тенденція глибоко зачепила свідомість деяких законодавців і посадовців високого рангу, що вже починає переростати в своєрідну складову державного управління. (До речі, історія нашої країни вже мала таке явище, коли загальні збори трудящих без слідства і суду одноставно визнавали своїх спів-

громадян і товаришів по роботі ворогами народу. Разом із їхніми сім'ями).

І вирішив я до Дня адвокатури 19 грудня, який встановлено Указом Президента України, в жанрі політико-правового есе, не сперечаючись ні з ким конкретно і прямо не підтримуючи нікого, а спираючись в той же час на твори і висловлювання близьких моєму науковому і людському серцю Т.В. Варфоломеєвої, І.В. Вернидубова, Ю.М. Грошевого, П.А. Лупинської, В.Т. Маляренка, В.Т. Нора, Б.Г. Розовського, В.М. Савицького, М.С. Строговича, Г.І. Чангулі, М.Є. Шумила та інших, спробувати поставити крапки над деякими "і", що, сподіваюсь, хоч трохи допоможе в становленні ефективного і справедливого судочинства.

Кримінальний процес за визначенням є процесом обвинувальним, бо він може розпочатись лише за умови офіційного документального оголошення про висунення адресного чи на даний момент знеособленого докору з приводу встановлення певних дій або бездіяльності, що мають ознаки злочину. Зразу ж підкреслимо і ствердимо на всі часи і для всіх абсолютно людей — правовий докір ґрунтується на встановлених *ознаках* злочину, а не на злочині, наявності якого

є лише гіпотезою, що на якомусь етапі дослідження може виявитись і істинною, і хибною, адже *ergare humanum est*. Висловлений офіційно докір матеріалізується в постанові про порушення кримінальної справи, і саме в час її підписання виникає процесуальна функція обвинувачення.

Поява цієї функції є неодмінною умовою (*conditio sine qua non*) і підставою для виникнення функції вирішення справи по суті, наявність і нормальне здійснення якої забезпечує реалізацію обвинувачем своїх претензій і повноважень та досягнення ним передбаченої законом мети — встановлення в суді шляхом подання і аналізу доказів вини конкретної особи у вчиненні певного злочину.

В той же час поява функції обвинувачення детермінує виникнення функції захисту, наявність якої є неодмінною другою, крім обвинувачення, шалькою терезів справедливості, бо дозволяє реалізувати конституційне право кожного на захист, повною мірою забезпечує здійснення принципу змагальності і врешті-решт є гарантією об'єктивності, неупередженості і повноти розгляду справи та прийняття істинного рішення.

Таким чином, лише поєднання і взаємодія названих трьох функцій складають кримінально-процесуальне провадження в його формальному і змістовому сенсах. При цьому поєднання функцій, цілісність процесу полягає в неодмінній наявності одночасно і аж до закінчення справи всіх трьох складових, а взаємодія означає постійний детермінуючий вплив одна на одну, в результаті чого кожна з них найбільш повно і результативно розкриває свої можливості.

Разом з тим, ні за яких обставин не можна ні на йоту допускати змішування означених функцій і тим більше доручати чи дозволяти виконання різних функцій одному якомусь суб'єкту судочинства або іншої офіційної регламентованої процедури.

Щоб було зрозумілішою неприпустимість і навіть згубність такого роду

аномалій, розглянемо коротко сутність і межі кожної з функцій.

Природа обвинувачення, в якій би сфері людського життя воно не виникло, принципово одна — висловлення у будь-якій зрозумілій адресату формі докору про неналежну поведінку. Воно може виникнути в політиці, виробничій діяльності, управлінні, громадському житті, побуті тощо. Проте нас цікавить перш за все і головним чином обвинувачення у вчиненні злочину як найбільш соціально загострене і таке, що може потягти у разі доведення вини кримінальну відповідальність аж до довічного ув'язнення, а тому має особливу передбачену законом процедуру здійснення.

Функція обвинувачення, повторю, здійснюється за визначеними законом правилами процедури, яка полягає у порушенні кримінального процесу, збиранні доказів, пред'явленні обвинувачення, складанні аргументованого обвинувального висновку, передачі справи до суду, підтриманні обвинувачення в суді. Це повинно відбуватися в описаній послідовності з постійним ініціюванням дій щодо доказування провини конкретної особи (осіб) обвинувачем, чийм незаперечним обов'язком і виключним правом є саме це доказування, яке має завершитись чіткою позицією обвинувача, обумовленою системою аргументів і його внутрішнім переконанням. Зрозуміло, що весь тягар доказування лежить на обвинувачеві, а тому всі недоліки здійснення функції обвинувачення залежать саме від якості його роботи. Більше того, законодавець цілком резонно передбачив можливість (і обов'язок!) державного обвинувача відмовитись від підтримання обвинувачення, якщо відсутність достатніх аргументів, сумніви і не усунені протиріччя не дозволяють незаперечно стверджувати винуватість обвинуваченого, бо *nemo qui condemnare potest, absolvere non potest* (кожний, хто може звинуватити, може й виправдати). У цьому випадку обвинувальний процес, за окремими винятками,

не має продовження. Правда, тут виникає багато правових і організаційних питань, але вони складають тему окремої розмови, що не вписується в загальну ідею даного есе.

Дозволю собі лише додати, що функція обвинувачення здійснюється публічно (від імені держави державними ж службовими особами) і приватно (потерпілим у справах приватного обвинувачення), але процесуальний принцип публічності судочинства діє завжди, бо кримінальне правосуддя може бути лише державним і здійснюватись від імені держави. Тому воно повинно проводитись на всіх етапах офіційно, відповідально і без галасу та всяких передчасних висновків і безапелляційних чванькуватих тверджень деяких чиновників, бо за всім цим стоїть авторитет держави (демократичної, соціальної, правової).

А щоб завершити загальний аналіз функції обвинувачення принагідно зауважу, що її здійснення вимагає рішучого удосконалення, бо зараз вона не має єдиного авторитетного і відповідального господаря, оскільки порушувати кримінальні справи (а, отже, і відкривати обвинувальний процес) має право безліч суб'єктів, багато хто з яких і гадки не мають про якийсь там *onus probandi*, відрізняючись феноменальним правовим невіглаством. Їм аби “прокукурікати”, а там хоч не розсвітай. Але ж обвинувачення починається і у таких випадках, і підтримувати його протягом усього процесу повинна мати право (і обов'язок) лише одна особа — прокурор. Тому в плані майбутнього, бажано — без зволікань, законодавства (*de lege ferenda*) необхідно закріпити виключне право порушувати кримінальні справи за прокурором, на якому, єдиному, і буде цілком природно і обґрунтовано лежати дуже тяжкий, але благородний тягар доказування вини певних осіб перед державою і суспільством.

Процесуальна функція захисту, будучи викликаною появою обвинувачення,

діє протягом усього процесу одночасно як реалізація конституційного права громадян на захист, опозиційна до обвинувачення сторона, яка не дає безперешкодно і недостатньо аргументовано домогтися у судовому вирокі обвинувальної тези, а також в гносеологічному сенсі як неодмінний елемент досягнення істини, бо вона народжується в неупередженій оцінці зіткнення інтересів, думок, аргументів. Недаремно основоположний принцип давньоримського судочинства містився у фразі: *audiatur et altera pars!* (нехай буде вислухана й інша сторона!). Захисна функція є абсолютною, а тому захисник, не зважаючи на будь-якого рівня переконливості обвинувачення, не має права відмовитися від здійснення функції захисту.

Захист, як рівноправна сторона, в силу принципу диспозитивності може збирати, подавати докази, що виправдовують або пом'якшують провину підзахисного, і доводити перед судом переконливість цих доказів. В той же час своєрідність становища захисту в сенсі доказування з тих самих давньоримських часів полягає в тому, що доказувати зобов'язаний той, хто стверджує, а не той, хто заперечує, оскільки за природою речей не може бути доказів для заперечення.*

Отже, у будь-якому випадку тягар доказування лежить на обвинувачеві, і обвинуваченому у разі його невинуватості та його захиснику зовсім не обов'язково доводити, що він не верблюд.** Тут на повну потужність повинна діяти презумпція невинуватості.

Стосовно функції захисту бачу необхідність звернути увагу на формування принципової позиції захисника і відстоювання її ним. Цілком аксіоматичною стала правова доктрина, що позиція захисника, не дивлячись ні на що, не може

* *ei incumbit probatio, qui dixit, non qui negat, cum per rerum naturam factum, negatis probatio nulla sint.*

** Анекдот про Зайця і Верблюда в 1937 р. на засіданні Політбюро ЦК ВКП(б) розповів М. О. Шолохов, доводячи свою невинуватість.

бути відмінною від позиції підзахисного, бо інакше він перетворився б на супротивника довірителя, що є нонсенс. Проте, якщо для захисника є очевидною самообмова (а це явище досить розповсюджене), він має право, повідомивши про це підзахисного, зайняти відмінну позицію і відстоювати його невинуватість. Думаю, що це правильний шлях застосування функції захисту. Правда, може виникнути сумнів, а чи не переходить у даному разі тягар доказування на захисника, адже він повинен, зайнявши свою позицію, спростовувати обвинувачення і доводити невинуватість підзахисного? Але це лише на перший погляд, бо (α) захисник *має право*, а не обов'язок доводити невинуватість, що, зрештою, лише покращує процес досягнення істини у справі, і (β) захисник цілком може обмежитись вказівкою на суперечливість, неузгодженість доказів обвинувачення, що у разі дійсної невинуватості підзахисного зробити буде неважко, а тому (γ) тягар *доказування винуватості* буде лежати на обвинувачеві, який у такій ситуації обґрунтовано зможе відмовитись від обвинувачення.

Тут є одна цікавинка правового і етичного характеру: як бути захисникові, обвинувачеві, суду, коли підсудний, який себе обмовив, не хоче, щоб його виправдовували? Можливо, ця тема заслуговує на наукове і законодавче вирішення.

Функція вирішення справи по суті належить до виключної компетенції суду. Правда, завершений акт правосуддя у широкому розумінні цього терміна може здійснюватись і в ході досудового слідства, коли справа закривається за відсутністю події злочину взагалі або за відсутністю складу злочину в діях (бездіяльності) обвинуваченого. Але тут мова йде про незаперечне встановлення *невинуватості* особи, і оскільки таке справедливе рішення не порушує чийсь права або законні інтереси, то немає підстав вважати порушеною норму ст. 124 Конституції України, яка передбачає

здійснення правосуддя в Україні виключно судами. До цього варто додати, що факти закриття кримінальних справ на досудовому слідстві за так званими реабілітуючими обставинами повинні оприлюднюватись у засобах масової інформації певного рівня відповідно до створеного справою соціального відлуння.

Здійснення функції вирішення справи по суті судом вимагає граничної неупередженості, рівного сприяння сторонам у виконанні ними своїх функцій. Став уже афористичним правовий вислів — суд не судить, а розсуджує! Тому глибоко теоретично зрілий постулат римського права *iudicus est semper in causis verum sequi* (обов'язок судді — завжди шукати істину) слід добре засвоїти різного рівня і сфери зайнятості діячам, які вишукують способи впливу на суд і намагаються замість принципу правди впроваджувати в діяльність суду сумнівну ідею доцільності, до речі, плутаючи часто останню з поняттям верховенства права.

З огляду на сказане діяльність суду ніяким чином і ні на будь-якому етапі не може пов'язуватись з направленням справи на додаткове розслідування або з наданням йому права давати доручення органам досудового слідства і оперативно-розшуковим структурам під час судового розгляду уточнювати та перевіряти окремі обставини справи, бо це ні що інше, як здобування і збирання доказів *обвинувачення* з автоматичним переходом тягаря доказування на плечі суду, що неприпустимо. Адже ніхто, навіть посміхаючись, не зможе собі уявити, що суд робить ці поки що передбачені законом акції для виявлення *виправдувальних* доказів! Ми ж всі, юристи — обов'язково, добре знаємо про канони, які випливають з презумпції невинуватості: всякий сумнів тлумачиться на користь обвинуваченого, а недоведена законним шляхом винуватість є доведеною невинуватістю, яка є підставою для постановлення судом виправдувального вироку.

У цьому ж плані можна звернути увагу ще на одну несуразність, яка полягає в праві судді порушувати кримінальні справи. Наша вітчизняна практика має вже такі приклади, які, на превеликий жаль, оцінювались деякими відомими юристами з науковими ступенями чи не як героїзм судді, в той час як останній цим актом грубо порушував принцип розподілу процесуальних функцій, брав на себе роль обвинувача разом з тягарем доказування, будучи підсвідомо неспроможним у майбутньому здійснювати неупереджене і незалежне правосуддя та свідомо нехтуючи цими якостями демократичного судочинства. Навіть у справах приватного обвинувачення ні за яких умов не можна доручати судді порушувати кримінальну справу, що до якої він на заяву потерпілого, що і є актом порушення справи, лише може *відкрити провадження*.

Таким чином, тягар доказування в кримінальному процесі, рівно як і щодо будь-якого обвинувачувального вислову, повинен лежати виключно на обвинувачеві. Саме він і на свою відповідальність перед суспільством повинен доводити своє обвинувачення до кінця, до однозначного завершення збудженого ним соціального конфлікту, а не кидати обвинувачення в повітря. У разі ж не підтвердження законним шляхом висловленого обвинувачем докору, він повинен не притихнути сором'язливо, наче нічого

не сталося, а суворо відповідати згідно з законом дисциплінарно, матеріально, а то й кримінально.

Публічні ж заяви правоохоронців, політиків або чиновників про підозри, а ще більше — про чиїсь *злочини* є неприпустимими, і особи, які їх виголошують, повинні негайно і у примусовому порядку переходити із положення офіційних у стан приватних осіб. Причому, не зволікаючи, в той же день, бо цими заявами найгрубішим чином порушуються права особи на честь, яка є природним правом і гарантується Конституцією, а також загальнолюдські моральні підвалини спілкування людей і непорушний тисячолітній принцип презумпції невинуватості.

На завершення хочу пояснити, що широке використання мною латинських постулатів повинно засвідчити неперехідність Права, необхідність шанобливого і трепетного ставлення до досягнень світової культури і рішучого та принципового відстоювання загальнолюдських правових і моральних цінностей.

Історія багато чому вчить, треба її поважати і прислуховуватись до її порад, бо людство недаремно торувало нам шлях до сього дня. Розумний ніколи не знехтує досвідом поколінь. Ми ні за яких умов і обставин не повинні забувати, що *in favorem vitae, libertatis et innocentiae omnia praesumuntur* (усе презюмується на користь життя, свободи і невинності).

РЕЗЮМЕ.

В статье рассматриваются вопросы доказывания в уголовном судопроизводстве с учетом четкого распределения функций обвинения, защиты и разрешения дела по существу и возложения бремени доказывания на обвинителя при обязанности суда принимать решение только в русле доказанности обвинения именно обвинителем.

SUMMARY

In the article the issues of substantiation in the criminal court proceedings are considered taking into account definite distribution of the functions of the prosecution, the defence and absolution of the case on the merits and of placing the burden of proof to the prosecutor while the court is obliged to bring the verdict only on the assumption of the accusation being proved exactly by the prosecutor.

Отримано 12.12.05



*З.В. Ромовська,
доктор юридичних наук, професор
(Академія адвокатури України)*

Загальні засади цивільного права

Ключові слова: *засади, цивільне право, недоторканність, свобода, захист, верховенство права*

1. Кожне суспільне явище, у тому числі правове, має своє підґрунтя, свій фундамент, завдяки чому його складові частини з'єднані в єдине ціле, завдяки чому воно існує (триває, функціонує), витримуючи удари часу.

Буржуазне цивільне право, саме така термінологія домінувала в радянській період нашої історії, трималося, за словами професора Є.А. Флейшиц, на трьох принципах, якими були недоторканність приватної власності, свобода підприємництва та свобода договору.

Їх аналіз подавався виключно в негативному форматі, оскільки дозволялося порівнювати радянське законодавство з буржуазним лише з метою демонстрування недоліків останнього.

Саме через це свідомість не одного покоління радянських правників була зорієнтована на несприйняття, навіть охаювання, того "іншого", що було за зоною "соціалістичного табору", чого вони достеменно часом і не знали, не хотіли або не могли знати через цілу систему заборон.

Проект Цивільного кодексу України створювався в інших умовах, коли Шевченків заповіт навчатися чужому міг уже бути реалізований сповна.

Самоусвідомлення українців як нації, що споконвіку живе в Європі, як нації, що дала Європі першу Конституцію, як нації, перший цивільний кодекс якої (Зібрання малоросійських прав) був датований 1807 роком, створили передумови для того, щоби не цуратися свого, щоби протидіяти тим, хто намагався втретє накинути нам російський цивільний кодекс, і водночас для того, щоби продемонструвати нашу спроможність створити власні теоретичні концепції та погляди і закріпити їх у законах.

Цивільний кодекс України є правовим документом, який не лише увібрив у себе надбання європейської, в тому числі й української цивілістики, а й привніс в цивілістичну скарбницю ідей, теорій, поглядів своє бачення шляхів вирішення теоретичних та практичних проблем і цим сприяв утвердженню почуття нашої національної гідності та національної гордості.

Свідченням єдності свого і чужого, давнього і сучасного є стаття 3 Цивільного кодексу України, "Загальні засади цивільного законодавства". Таких засад уже не три, а шість. До тих, про які писала Є.А. Флейшиц, додано неприпустимість втручання у сферу особистого життя людини, судовий захист цивільного права та інтересу, справедливість, добросовісність та розумність.

2. Взаємозв'язок права і законодавства, в тому числі цивільного права

та законодавства, був висвітлений в літературі давно і вважався усталеним. Тому перекочовував зі сторінок одного видання до іншого без змін або лише з невеличкими доповненнями, які не відступали від звичної позиції. Цивільне право, зокрема, трактувалося як сукупність цивільно-правових норм, закріплених у Цивільному кодексі, інших законах та підзаконних нормативно-правових актах [8], [9], [10].

Конституційний Суд України у рішенні від 2 листопада 2004 року за конституційним поданням Верховного Суду України завдав такій теоретичній концепції дуже серйозного і при цьому багаточислового удару, який мали б відчуті і наука загальної теорії права, і наука цивільного права. Складовими частинами нового погляду на взаємозв'язок права та закону є:

Перша: право існує в різноманітних “формах”, складається з різних “елементів”.

З цього випливає висновок про те, що терміни “форма” (“елементи”) права та “джерело” права не слід ототожнювати. Джерело — це витік, початок, але не форма права.

Джерелом закону може бути наука чи судова практика, але ні перше, ні друге не є формою (елементом) права.

Друга: “закон є лише однією із форм права”.

Третя: суспільні відносини можуть регулюватися різноманітними “соціальними регуляторами”, до числа яких Конституційний суд України відніс “норми моралі, традиції, звичаї тощо”. Словом “тощо” Конституційний суд засвідчив, що поданий ним перелік форм права не є вичерпним.

З урахуванням такого нового трактування суті права цивільне право не можна виводити лише з лона цивільного законодавства. Цивільне право — це, крім закону, норм моралі, традицій, звичаїв, і норм статуту юридичної особи та договору [7].

Якщо б це рішення було постановлене Конституційним Судом до прийняття Цивільного кодексу, звичний погляд на взаємозв'язок цивільного права та цивільного законодавства був би легко подоланий. Результатом цього, вочевидь, була б інша назва статті 3 ЦК: або “Загальні засади цивільного права”, або “Загальні засади регулювання цивільних відносин”; а також інша назва Глави 1: не “Цивільне законодавство України”, а “Цивільне право України”. До речі, зміст цієї Глави (маються на увазі норми про договір та звичай) засвідчує готовність до цих змін.

На підставі такого теоретичного підґрунтя можна стверджувати, що зміст статті 3 ЦК мав би поширюватися і на інші форми (види) цивільного права, а не лише на законодавство. До внесення до Цивільного кодексу відповідних змін загальні засади, сформульовані у статті 3, можна поширювати і на інші форми цивільного права (договір, статут) за допомогою аналогії права (стаття 8 ЦК)*.

3. Серед засад цивільного законодавства перше місце посідає “неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини”.

Спочатку ця засада мала назву “повага до людини”, але за рекомендацією більшості членів Робочої групи з опрацювання проекту Цивільного кодексу була змінена. Можна, звичайно, радіти з того, що є, проте “повага до людини” мала б набагато ширший спектр дії.

Людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпека, як записано у статті 3 Конституції України, визнаються найвищою соціальною цінністю.

Цією нормою було започатковано потужний ідеологічний розворот України у бік прав людини, який викликав

* У Сімейному кодексі України міститься стаття 7 “Загальні засади регулювання сімейних відносин”, зміст якої стосується усіх форм сімейного права, а не лише закону.

потребу і необхідність радикальних світоглядних змін.

У Цивільному кодексі України ці зміни закладені, насамперед, у статті 1, у якій особисті немайнові відносини виведені на перше місце. Нагадаю, що у Цивільному кодексі УРСР 1922 р. про особисті немайнові відносини не було й згадки, а в Цивільному кодексі УРСР 1963 р. вони склали другу за ранжиrom групу: першими були відносини майнові.

Відповідно до ст. 1 ЦК 1963 р. ним регулювалися особисті немайнові відносини, пов'язані з майновими, тобто відносини, що виникали у зв'язку зі створенням твору, відкриття, винаходу тощо, а також “інші” особисті немайнові відносини, але лише тоді, коли це було передбачено законом. Сегмент цих відносин у структурі цивільних відносин, що регулювалися законом, був незначним.

Широкому колу читачів тривалий час були невідомими праці українського вченого С.В. Пахмана, який ще у 1883 р. стверджував, що фундаментом цивільного права повинні бути особа та її особисті права, на них мають будуватися і без них немислимі усі інші цивілістичні інститути [6]. Ця надзвичайно важлива, програмна для розвитку цивільного права наукова теза була в Україні сприйнята і законодавчо утверджена.

Наявність у Цивільному кодексі України Книги другої та її зміст — все це одержало схвальні відгуки: “велике досягнення”, “вперше у європейській цивілістиці”.

У Цивільних кодексах жодної з європейських держав немає такої книги (розділу), у якій було б сконцентровано ставлення держави до людини, і до того ж, таке шляхетне. А у Цивільному кодексі РФ особистим немайновим благам присвячено лише три статті.

Життєдіяльність людини багатогранна. Одну з її частин людина оприлюднює і навіть виставляє напоказ. Другу

— прагне утаємничити. Цю особисту (для себе, для двох, для сім'ї) аuru людина має право створювати, будувати, розкошувати в ній, ревно берегти та, у разі потреби, захищати.

Навіть той, хто через соціальні негаразди, випадковість або з власної волі опинився на узбіччі, має право на повагу до своєї честі та гідності, на недоторканність того внутрішнього світу, в якому він живе.

У Цивільному кодексі України повагою до людини, до її особистого життя пронизані норми не лише Книги другої.

4. Другу засаду цивільного права можна б скорочено назвати як, “стабільність права власності”.

Природне право людини на життя, інші підпорядковані йому природні та надані державою права важко, а то й неможливо здійснити без матеріальної підтримки, матеріального забезпечення. Навіть той, хто має богатирське здоров'я, згасне без їжі, одягу та даху над головою. Тому речі (власність*) як матеріальна субстанція та право власності як субстанція правова є знаряддям, засобом “для вищої мети” (Іван Франко).

Щоправда, для окремих громадян власність, нагромадження стало сенсом життя. Але це — їхній вибір, на що вони, відповідно до статі 35 Конституції України, мають право.

Стабільність суспільства залежить від стабільності відносин власності.

Переділи власності, реалізація гасла “грабуї награвоване”, широке застосування конфіскації та вилучення в дохід держави майна, зокрема житлових будинків, яке було джерелом одержання “нетрудових доходів” (стаття 106 ЦК 1963 р.) — усе це не принесло користі ні носіям відповідної ідеології, ні суспільству в цілому.

У ч. 2 статті 328 ЦК закріплена презумпція правомірності набуття права

* У статті 41 Конституції України, поряд з терміном “об'єкти права власності” двічі вжито термін “власність” у розумінні “речі”.

власності, яка може бути спростована “прямим” записом про це у законі або рішенні суду.

Спростування презумпції законності набуття особою права власності засвідчує первинну відсутність у неї цього права.

У ч. 4 статті 41 Конституції України наголошується “ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право власності є непорушним”. У ч. 1 статті 321 ЦК ця конституційна норма викладена дещо інакше: “Право власності є непорушним. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні”.

Така зміна акцентів логічно виправдана, оскільки неможливість протиправного позбавлення права власності впливає із його непорушності. Але чи, з точки зору верховенства Конституції, це допустимо? Схиляюся до ствердної відповіді на це питання, оскільки така рокировка не є відступом від духу Основного закону.

Термін “протиправність” позбавлення права власності, який вжито у Конституції та Цивільному кодексі, має трактуватися виключно як синонім терміна “незаконність”.

Термін “позбавлення права” стосується випадків, коли це право виникло на законній підставі. З нічого — нічого! З цієї тези, сформульованої ще римськими юристами, впливає висновок, що у того, хто заволодів річчю незаконно, право власності на неї виникнути не може.

Такий висновок стосується й інших ситуацій. Якщо, наприклад, квартира була продана на підставі підробленої довіреності, це означає, що вона вибула з володіння власника всупереч його бажанню. А тому ні перший, ні останній набувач, на підставі спростованої судом презумпції законності володіння, не можуть вважатися її власниками. Відповідно до цього визнання договору купівлі-продажу недійсним не є одночасно актом позбавлення покупця права власності. Принагідно хочу звернути

увагу читача на можливість цивільної відповідальності посадової особи (нотаріуса, начальника слідчого ізолятора), якщо вона умисно чи з недбалості сприяла такому обману.

Позбавлення права власності є здебільшого наслідком протиправної поведінки самого власника. Власник може стати “беззаконником” [3] як у сфері приватних, так і у сфері публічних відносин.

Одним з поширених і водночас проблематичних способів позбавлення права власності фізичної особи була і залишається конфіскація.

Традиційно поняття конфіскації містилося у Кримінальному кодексі України (далі КК України) і так само традиційно суть конфіскації подавалася як “примусове безоплатне вилучення майна у власність держави” (стаття 59 КК). У статті 354 ЦК конфіскація визначена як “позбавлення права власності”. Такий новий погляд на конфіскацію є, на мою думку, правильним. Конфіскація має вважатися такою, що відбулася, не в момент реального вилучення речі у засудженого, а в момент набрання законної сили вироку суду, яким застосовано до нього таке додаткове покарання.

Відповідно до ч. 5 статті 41 Конституції конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Цією конституційною нормою була припинена так звана “адміністративна конфіскація”, яка проводилася за рішенням відповідних органів виконавчої влади.

У Кримінальному кодексі України конфіскація передбачена як обов’язкове або необов’язкове додаткове покарання за вчинення цілої низки злочинів, перелік яких, щоправда, набагато менший, ніж за Кодексом 1990 р.

Обсяг конфіскації має також визначатися законом. Але чи є це можливим? За ст. 59 КК конфіскованим може бути усе

майно засудженого або його частина. В останньому випадку суд має зазначити, “яка саме частина майна конфіскується або перелічити предмети, що конфіскуються”. Отже, навіть у тому разі, коли конфіскація є обов’язковим додатковим покаранням, міру цього покарання, тобто обсяг конфіскації, визначає суд, оскільки закон об’єктивно цього зробити не може.

Застосовувати конфіскацію, якщо вона не є обов’язковою, чи визначати обсяг конфіскації — все це суд має робити відповідно до принципу верховенства права.

Щодо “порядку” конфіскації, то значення цього терміну залишається невідомим. Можливо, йдеться про процедуру вилучення та продажу конфіскованого майна.

У Законі УРСР від 28 грудня 1960 р. “Про затвердження Кримінального кодексу Української РСР” містилася стаття 1 такого змісту: “Затвердити Кримінальний кодекс Української РСР (2001-05, 2002-05, 2003-05)...”. За номером 2003-05 значився Перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком. Його зміст засвідчував, що він був копією однойменного акту, доданого до Кримінального кодексу УРСР 1922 р.

Відповідно до ст. 2 Розділу 1 Прикінцевих та перехідних положень, Перелік майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком, не втратив чинності. Отже, нам і надалі належить жити за стандартами періоду колективізації та масових репресій: якщо особа має дві, а не одну пару валянок чи гумового взуття, то кожна із зайвих пар цього взуття може бути конфіскована. Засудженій жінці гарантується недоторканність одного зимового костюма, однієї зимової шалі, літнього плаття та двох літніх хусток. Сім’я не може залишитися без одного стола, однієї шафи та скрині.

Сумний аналіз цього Переліку можна було б продовжити, але і цього достатньо для докору авторам проекту Кримінального кодексу України, які не зробили щонайменшої спроби для його осучас-

нення. Зрештою, це питання, на мій погляд, мало б бути предметом “головного болю” представників не стільки науки кримінального права, скільки науки конституційного та цивільного права.

Особливо актуальною є проблема допустимості конфіскації житла.

Як зазначено у Переліку, не підлягають конфіскації жилий будинок із господарськими будівлями, якщо “засуджений та його сім’я постійно у ньому проживають”. Отже, якщо засуджений не проживав у цьому будинку, а проживала у ньому лише його сім’я, то цей будинок може бути конфіскований. Як і тоді, коли у цьому будинку проживав лише він сам.

Але слід звернути увагу і на ще одну дуже важливу обставину: неможливість конфіскації стосується лише будинку, розташованого у сільській місцевості. Це значить, що будинок у невеличкому містечку може бути конфіскований беззастережно.

Є підстави стверджувати, що цією нормою порушується принцип рівності усіх громадян: місце проживання, як це записано у ст. 24 Конституції України, не може бути підставою для привілеїв чи обмежень. Отже, надання привілеїв засудженому, котрий проживає у сільській місцевості, є неконституційним.

Неконституційним, на мій погляд, є й загальна допустимість конфіскації квартири чи житлового будинку без звернення уваги на його розмір та відсутність у засудженого іншого житла.

Троє дівчат-підлітків на кінцевій зупинці трамваю відбирали у своїх однопілітків золоті прикраси. Усі вони були засуджені одним із київських судів за ч. 5 ст. 186 КК до позбавлення волі з конфіскацією майна. Предметом конфіскації стали їхні частки у праві власності на приватизовані квартири. Цей приклад є додатковим підтвердженням необхідності нових підходів до проблем конфіскації взагалі і житла зокрема.

Перелік майна, яке може бути конфісковане, має бути вужчим, ніж перелік

майна, на яке може бути накладено стягнення за боргами власника.

Проблема дії принципу непорушності права власності набирає актуальності і у зв'язку з загрозою реприватизації великих промислових підприємств. Курс на масову реприватизацію, проголошений першим “помаранчевим” урядом України, завдав відчутної шкоди економіці, налякав інвесторів і врешті-решт був визнаний хибним.

Збитковість договору про придбання речі чи виконання роботи (коли ціна договору надто завищена або надто занижена на шкоду інтересам держави чи окремої особи) може бути підставою для визнання його недійсним лише тоді, коли сторона за договором відмовилася доплатити або повернути зайве.

5. Законодавче визнання договору регулятором цивільних відносин створило передумови для того, щоб назвати ці відносини сферою власного егоїзму.

Договір як право чи закон для двох розширяє можливості кожного завдяки тому, що одна сторона залучається до реалізації прав іншої сторони. В результаті такого поєднання волі та зусиль двох створюється нова якість, що стимулює інших партнерів до створення свого права для двох.

Суспільство живе завдяки тому, що такими законами для двох воно “дихає” вдень і вночі. Зупинення руху метро, трамваю, відключення електроенергії чи подачі води тому, що хтось знехтував своїми договірними обов'язками, неодмінно призведе до хаосу або принаймні до занепокоєння.

Що ж ховається за “солодким словом свобода” стосовно договору?

Свої міркування почну із основоположних, як на мене, дуже вартісних слів Іоана Павла II, сказаних ним у 2001 р. у Львові: “свобода вимоглива”, “свобода тяжча від неволі”

Про свободу можна говорити повною мірою лише тоді, коли особа має хоча б два варіанти для вибору. Якщо

раніше в магазині був лише один сорт хліба чи ковбаси, то свобода вибору зводилася лише до того, купувати те, що є, чи ні. Оскільки через певний час і цього могло не бути, доводилося купувати те, що є. Наче за своєю волею, адже ніхто сторонній не змушував цього робити.

В сучасних умовах свобода договору — це своєрідна поліфонія чи, більш буденно, багатогранник, кожна з граней якого наповнена своїм особливим змістом.

Порушенням свободи договору на стадії його укладення буде застосування до однієї із сторін насильства чи обману, використання її психічного нездоров'я.

Згідно зі статтею 6 ЦК сторони можуть укласти такий договір, який не передбачено у законі, чи відступити від трафарету договору, визначеного законом. Цією нормою закріплена автономія волі сторін: закон має дати їй дорогу, якщо його норми не є наказними, імперативними.

Але цей аспект свободи договору у реальному житті наштовхується на серйозні перешкоди. Так, на одній із зустрічей з нотаріусами на моє запитання, чи готові вони посвідчити договір довічного утримання, в якому моментом переходу права власності на будинок буде зазначено не день його нотаріального посвідчення (державної реєстрації), а день смерті відчужувача, усі одностайно відповіли “ні”.

Це і не дивно, адже вони, а заодно і працівники Міністерства юстиції України, надто довго виховувалися на ідеології фетишизації закону, на ідеології “не можна”. Не можна не тому, що це суперечить інтересам держави, не тому, що це нерозумно чи несправедливо, а тому, що безпосередньо не дозволено законом. Однак таке мислення не придатне в нову добу, осяячену духом верховенства права.

Вимогливість свободи договору означає необхідність, задля власного ж добра, прискіпливо ставитися до

вибору контрагента: чи не є фірма “одноденкою”, чи довіреність на продаж квартири дійсно видана її власником, чи не є продавець недієздатним або обмеженим у дієздатності. Інакше можна зазнати втрат.

Нааявність на ринку великої кількості продуктів харчування, ліків має стимулювати нас до вибору тих, котрі б не зашкодили здоров'ю.

Отже, свобода договору тісно пов'язана з ризиками вибору, що має стимулювати нас до обачності.

На стадії існування договірних відносин сторони вільні у внесенні до договору змін та доповнень. Порушення однією із сторін умов договору щодо предмета (якості), строків виконання може надавати іншій стороні право на односторонню, за власною лише волею відмову від договору.

Свобода договору надає, наприклад, покупцеві та продавцеві право домовитися про реституцію через десять чи навіть двадцять років після укладення договору купівлі-продажу.

Свобода кожної людини чи юридичної особи, їхній власний егоїзм має свою межу, за якою поле свободи іншого суб'єкта. Ця межа свободи встановлюється законом, а не обмежується ним. Свобода формувати правові відносини на ґрунті приватної автономії, — вважає Райнгольд Циппеліус, — повинна мати розумні межі [11].

Межі свободи договору не є однако-вими для всіх учасників цивільних відносин. Для одних сфера свободи договору є ширшою, для інших — вужчою. Остання ситуація спостерігається переважно тоді, коли цього вимагають суспільні інтереси. Йдеться про окремі види договорів, учасниками яких можуть бути не усі суб'єкти. Використання терміну “свобода договору” стосовно договору про приєднання має сенс лише у тому, що особа, наприклад пасажир, може на знак протесту проти встановленої без його участі провізної плати піти пішки.

Межею свободи учасників договірних відносин є сам договір. Жоден з них не може мати більше прав, ніж це визначено у ньому.

Проведення в Україні цілої системи заходів, спрямованих на посилення охорони прав та інтересів дітей, вимагає особливої пильності адвокатів, котрі надають правову допомогу, нотаріусів підчас посвідчення договорів про відчуження квартир, будинків, у яких мешкають неповнолітні чи непрацездатні діти, навіть якщо вони не є їхніми власниками. На виконання вимоги ч. 6 статті 203 ЦК нотаріуси мають право чи, точніше, зобов'язані відмовити у посвідченні договору, котрий намагаються укласти батьки чи усиновителі, якщо є підстави для висновку про те, що такий договір суперечить інтересам дітей.

Як зазначено у ч. 3 статті 13 ЦК, при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. Це загальне правило повторено стосовно здійснення права власності у ч. 2 статті 319 ЦК.

На підставі зазначених норм можна зробити висновок про те, що мораль також встановлює межу свободи договору. Неморально наживатися на скрутному становищі сусіда, виставляючи умовою позики грошей непомірно високий для нього процент. Неморально продавати подарований батьком будинок, у якому він мав намір разом з сином дожити віку. Неморально продавати свою кімнату у спільній квартирі тому, хто має психічну хворобу, зі “злим умислом” створити для інших співвласників неможливість спільного проживання. Таких прикладів, взятих із життя, коли умови договору суперечать нормам моралі, є чимало. Однак суди підчас розгляду вимог про визнання договорів недійсними не часто звертають увагу на порушення вимог моралі при їх укладенні.

6. Жити, склавши руки, — неприродно. Життя — це рух. Радість життя — у творенні. Для себе, для родини, для суспільства.

У радянський період нашої історії свобода творчості мала невелике поле дії, а приватне підприємництво тривалий час було кримінально караним.

У ст. 1 Закону України “Про підприємництво” першою ознакою підприємництва була названа “приватна ініціатива”. Чи дійсно таким був задум авторів проекту цього Закону, чи, можливо, справа у технічній помилці, — сказати важко. Але трактування підприємництва приватною ініціативою, відокремленою від “діяльності”, не було, на мій погляд, нерозумним.

У ст. 42 Господарського кодексу України підприємництво визначене як “самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність...”.

Включення “свободи підприємництва” до основних засад цивільного законодавства підкреслює цивілістичну, приватну суть підприємництва, хоча право на його здійснення обтяжене цілою низкою різноманітних обов’язків. Навіть за умови досконалості Господарського кодексу України такий висновок не міг би, на мою думку, мати серйозне заперечення. Адже підприємництво неможливо уявити поза відносинами власності, поза договірним процесом. Як би ми не називали договір будівельного підяду чи договір перевезення вантажу, чи кредитний договір — усі вони є договорами приватними, тобто цивільними. Термін “господарський договір” може бути лише додатковою ознакою терміну “цивільний”.

Кидаючи камінець на город сподвижників науки господарського права, хочу підкреслити, що бути дитиною великої матері цивілістики не є ганебним. Навіть якщо ця дитина має свої незаперечні особливості. З іншого боку, факт такого благородного походження, наявність великої кількості спільних родинних рис не можуть вважатися достатніми підставами для того, щоб цю науку, як колись нешлюбну дитину, не визнавати.

Проте її призначення не може полягати у винаходженні велосипеда, коли він уже стоїть поруч, “на відстані сльози”.

Свобода підприємництва, як і будь-яка інша свобода, має свою межу, але її обриси зараз далеко, вони ледь помітні.

Працюй, твори, утверджуй свою любов до себе та ближнього, свою потрібність людям — так можна було б патетично охарактеризувати зміст свободи підприємництва в Україні сьогодні. І для цього закон надає кожному бажаючому цілий арсенал юридичних механізмів: право бути засновником юридичної особи, право використовувати своє майно у підприємницькій діяльності (без загрози його вилучення як джерела одержання “нетрудових доходів”), право використовувати чужу працю (без загрози одержання клейма “експлуататор”, “глитай”), право укладати різноманітні договори, право привласнювати результати своєї підприємницької діяльності і вільно розпоряджатися ними.

7. Наступною засадою цивільного законодавства названо судовий захист цивільного права та інтересу.

Без органу, який забезпечував би можливість здійснення особою свого права, не обійтись. Найбільш авторитетним є чи, принаймні, має бути саме суд. Наявність у Цивільному кодексі цієї засади, як і зміст статті 16 “Захист цивільних прав та інтересів судом”, не є перехопленням чужої юридичної матерії. Їх присутність у Цивільному кодексі засвідчує нерозривну єдність прав особи та державних гарантій їх здійснення. Серед таких гарантій судовий захист займає одне з провідних місць.

Поширення юрисдикції судів на всі правовідносини в державі (стаття 124 Конституції України) означало припинення дії норм, що встановлювали обов’язкове дотримання досудової процедури врегулювання спору. Цим була надана можливість кожному, хто прагне якнайшвидшого і саме судового захисту, безперешкодно одержати його.

Оскільки Вищий арбітражний суд рішуче протестував проти скасування досудового розгляду як обов'язкової процедури, було вирішено зберегти її лише щодо спорів у відносинах з перевізниками та органами зв'язку. Це і було відображено у змінах до Арбітражного процесуального кодексу України, внесених Законом України від 17 травня 2001 р. Ця компромісна, хоча і дуже спірна норма була перенесена до статті 925 ЦК.

Рішенням Конституційного суду України від 9 липня 2002 р. (Цивільний кодекс, з урахуванням зауважень Президента було прийнято 16 січня 2003 р.) обов'язкова (претензійна) процедура була визнана неконституційною, тому норму статті 925 ЦК слід вважати не діючою від самого початку чинності цього кодексу.

Відповідно до ч. 1 статті 55 Конституції України суд захищає права і свободи людини та громадянина. За статтею 1 ЦПК суд здійснює захист порушених, невизнаних або оспорених прав, свобод чи інтересів. У п. 5 частини 1 статті 3 ЦК слово "свобода" відсутнє. Нема його й у статтях 15 та 16 ЦК.

Свобода чи право на свободу — це гарантована державою можливість діяти на власний розсуд, але у визначених чи не заборонених межах. Звідси можна зробити висновок про те, що відсутність у цих нормах слова "свобода" не може мати драматичних наслідків, водночас його наявність була б виправданою.

Право на судовий захист органічно поєднане із доступністю особи до суду. У цьому контексті не зникає проблема конституційності запровадження обов'язку особи, яка бажає звернутися до суду, сплатити судовий збір та витрати на технічне забезпечення судового процесу. Оскільки про такі фінансові передумови звернення до суду у Конституції України немає й згадки, є підстави для висновку про те, що вони є обмеженням конституційного права на судовий захист, а це,

як зазначено у статті 64 Конституції України, може бути зроблено лише самою Конституцією.

Оскільки цього у Конституції немає, то впливає висновок про те, що всі люди мають право на безперешкодний доступ до системи послуг держави (судових послуг), оплачених ними наперед своєю працею, податками, виконанням соціально важливих функцій, таких, наприклад, як народження та виховання дітей.

Захист цивільного права та інтересу може здійснюватися судом у різний спосіб. Одним із виявів демократизму Цивільного кодексу України є те, що, як записано у ч. 1 статті 16, спосіб захисту може бути визначений сторонами у договорі.

Розширює можливість судового захисту послаблення імперативності в інституті позовної давності: сторони можуть домовитися про збільшення тривалості позовної давності; застосування позовної давності у разі запізненого звернення з позовом перестало бути обов'язком суду.

Для реальності захисту права чи інтересу часто самого рішення суду про задоволення позову недостатньо. Потрібне його виконання. Та обставина, що, за офіційними даними, половина рішень суду не виконується, призводить до утвердження настроїв незахищеності та зневіри.

Заяви керівників держави про корупцію в системі судової влади, мовчазне сприйняття керівниками вищих судових органів таких заяв, поширеність фактів безпідставних відмов у правосудді — все це не лише дестабілізує суспільство, а й вибиває з-під ніг людей, чий права порушено, переконаність у перспективності звернення до суду.

Одним із засобів очищення судової влади має бути перехід від огульних заяв про корупцію усього суддівського корпусу до порушення кримінальних справ проти конкретних суддів. І цей процес, за логікою життя, не слід починати, як причищенні риби, з хвоста.

8. Як підсумковий акорд названа у системі загальних засад цивільного законодавства справедливість, добросовісність та розумність. Вони — це те сито, крізь яке мають бути “просіяні” усі акти цивільного законодавства, інші регулятори цивільних відносин.

Конституційний суд України у рішенні від 2 листопада 2004 р. назвав справедливість одним із загальнолюдських вимірів права, одночасно звернувши увагу на можливість існування несправедливого закону та несправедливого застосування норми закону.

У Цивільному кодексі України немає цілої низки норм, котрі були у Кодексі 1963 р. і трактувалися як об’єктивно несправедливі [5]. Йдеться, зокрема, про усунення різноправності фізичних та юридичних осіб там, де це не мало належного обґрунтування. Полегшено тягар санкцій за самовільне будівництво. Держава втратила можливість бути спадкоємцем за законом, натомість значно розширений перелік фізичних осіб, які одержали можливість стати спадкоємцями за законом. Тріумфом справедливості слід вважати покладення на державу цілої низки обов’язків щодо відшкодування шкоди, завданої фізичній особі.

Добросовісність — властивість чесно, старанно, сумлінно виконувати свої обов’язки [2]. До того ж, не лише ті, що записані у законі [1]. Закон не може покривати недобросовісності, байдужості і, тим паче, заохочувати їх.

У Цивільному кодексі 1963 р. були поодинокі норми, які не карали за недобросовісність, фактично сприяючи їй. Прикладом може бути названа стаття 557, за якою кредитор втрачав право вимоги до спадкоємця свого боржника, якщо не пред’явив до нього претензії протягом 6-ти місяців, навіть якщо він не знав про факт його смерті.

Було чимало випадків, коли керівник одного підприємства, повіривши запевненням іншого, що зобов’язання

от-от буде виконано, пропускав позовну давність і залишався ошуканим, оскільки за ст. 79 ЦК 1963 р. визнання боргу у відносинах між юридичними особами не переривало позовної давності.

Байдужість до чужої біди тривалий час утверджувалася відсутністю у законі правила про відшкодування шкоди, яку зазнала особа, рятуючи чуже життя.

У Цивільному кодексі України таких недоліків уже немає. Особа, яка готова кинутися на порятунок, одержала гарантію, що у разі каліцтва держава відшкодує їй завдану шкоду у повному обсязі. Є у ньому ціла низка інших нових норм, які утверджують добросовісність у цивільних відносинах.

Спонукають до обачності норми, за якими замовник відповідає перед потерпілим за шкоду, завдану йому підрядником (стаття 1172), а перевізник — за порушення строку доставлення пасажирів до пункту призначення (ч. 3 статті 922), а також норма, згідно з якою перевізник зобов’язаний забезпечити охорону речей пасажирів, які він перевозить у відведеному для цього місці (стаття 974).

До добросовісності боржника спонукає вся система санкцій, що є у Цивільному кодексі, яка засвідчує перехід від посиленої охорони інтересів боржника до посиленої охорони інтересів кредитора.

Не можна недооцінювати і роль різноманітних заохочень, зокрема тих, що містяться у Книзі “Спадкове право”.

Розумністю є властивість, що просякнута розумом. У сучасній українській мові є дуже багато означень слова “розум”. Стосовно правничої проблематики, “розум” може трактуватися як практичність, розсудливість, правильність, доцільність, сенс, здоровий глузд [2].

Можна беззастережно стверджувати, що правовий матеріал, котрий міститься у Цивільному кодексі, є, за поодинокими винятками, розумним.

Що ж це за винятки і як подолати їх нерозумність?

Список таких норм відкриває та, що міститься у частині 2 статті 81, згідно з якою юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного та публічного права. Очевидність помилки полягає у тому, що навіть за умови підтримання думки про практичну цінність такої класифікації її нерозумність засвідчується тим, що для виділення юридичних осіб публічного права самого факту створення їх органом державної влади недостатньо.

Немає розумності у ч.3 статті 244 ЦК, якою ускладнена можливість оформлення однієї довіреності від імені двох чи більше осіб. Так, дружина та чоловік, які бажають когось уповноважити на продаж будинку, що є їхньою спільною власністю, мають скласти не спільну, єдину довіреність, а кожен від себе.

Нерозумною слід вважати норму статті 261, за якою позовна давність починається “від дня” коли особа дізналася про порушення свого права. Здоровий глузд вимагає однакового підходу до початку усіх строків: “з наступного дня”, як це записано у статті 253 ЦК.

Відсутня розумність у понятті непереборної сили, яке міститься у ч. 1 статті 263 ЦК. Ознакою непереборної сили є поєднання надзвичайності та невідворотності, а не кожна з цих рис окремо взята.

“Передали куті меду”, — так можна сказати щодо ч. 4 статті 296 ЦК, за якою ім'я особи, яка затримана, підозрюється чи обвинувачується у вчиненні злочину, може бути оприлюднене лише у разі набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Цю заборону неможливо виконати хоча б через те, що кримінальні справи розглядає суд у відкритому засіданні. Її поява у Цивільному кодексі була викликана потребою охорони опозиції, і слід визнати те, що певним стримуючим засобом вона-таки була.

Важко знайти сенс у “агресії” проти усталеного поняття права власності. Йдеться про доповнення статті 316 ЦК

“Поняття права власності” частиною другою, за якою “довірча власність” визнана “особливим видом власності”. Це викликало цілий ряд запитань: чи тотожні поняття “види” та “форми” власності, чи поширюється на “довірчого власника” норма статті 317 ЦК, за якою власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном?

Багатьом завдала клопоту частина 3 статті 331 “Набуття права власності на новостворене майно”.

Відповідно до статті 423 ЦК, особистим немайновим є право перешкоджати будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця. З цим важко погодитися, адже творець повинен мати право на захист у всіх випадках, навіть тоді, коли посягання не зачіпає його честі та репутації.

Можна продовжити аналіз окремих норм Цивільного кодексу України щодо їхньої відповідності вимогам справедливості, добросовісності та розумності. Це не важко. Тяжкі думки з'являються тоді, коли під час розгляду конкретної справи виникає переконання у несправедливості (персональній, локальній) загалом справедливої норми закону чи у її нерозумності, або у несправедливості змісту договору.

Чи має право суд переступити через таку норму або оминати її? Чи може, наприклад, суд збільшити для “обов'язкового” спадкоємця розмір його частки у спадщині; чи може суд зменшити розмір плати за користування фізичною особою банківським кредитом; чи може суд визнати несправедливим позбавлення у заповіті одного із дітей права на спадкування? Ствердна відповідь на це питання відповідає вимогам сьогодення.

Суддя, — писав академік С. Дністрянський ще на початку 20-го століття, — стоїть на сторожі права навіть проти законів [4]. На думку С. Шев-

чука, фундаментальні принципи мають вищу юридичну силу, ніж звичайне законодавство [5].

Принцип верховенства права, як це записано у статті 8, визнається і діє в Україні. А це означає, що він розповсюджується на сферу повноважень усіх державних інституцій, посадових та службових осіб. Діяти за цим принципом — це не їхнє право, а обов'язок. Звідси

впливає, що діяти за принципом верховенства права — це обов'язок і суду, і прокуратури, і нотаріусів, і інших осіб, наділених владними повноваженнями. На жаль, утвердження принципу верховенства права ще довго відчуватиме кайдани минулого часу. Щоб скоротити перехідний до нового період, потрібен, насамперед, приклад верхів і велика просвітницька робота.

Список літератури:

1. Боднар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. — К., 2005. — С. 119.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Укл. і головн. ред. Т. Бусел. — К., 2001. — С. 230, 1079-80.
3. Грінченко Борис. Словар української мови: У 4-х т. — Т. 1. — К., 1996. — С. 10.
4. Дністрянський Станіслав. Загальна наука права і політики // Академічна думка / За ред Ю.С. Шемшученка. — К., 1998. — С. 233–234.
5. Паліюк В.П. Щодо справедливості, добросовісності та розумності в чинному законодавстві України // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. Науковий часопис. — 2002. — № 2. — С. 45–46.
6. Пахман С.В. Означенні личности в области гражданского права: В кн. Антологія української юридичної думки. Т.6. Цивільне право. / За ред. Ю.С. Шемшученка. — К., 2003. — С. 183.
7. Ромовська Зорислава. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс. — К., 2005. — С.89-90.
8. Цивільне право. Загальна частина. / За ред. О.А. Підпригори та Д.В. Бобрової. — К., 1995. — С. 11, 14.
9. Цивільне право України: Підручник. У 2 кн. Кн. 1. / За ред. О.В. Дзери та Н.С. Кузнецової. — К., 2004. — С. 28.
10. Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. Т. 1. / За ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої та В.Л. Яроцького. — К., 2004. — С. 10.
11. Циппеліус Райнгольд. Філософія права. — К., 2000. — С 226.
12. Шевчук Станіслав. Порівняльне прецедентне право з прав людини. — К, 2002. — С. 16–17.

РЕЗЮМЕ

В статті аналізуються принципи гражданского законодательства, закрепленные в ст. 3 Гражданского кодекса Украины.

SUMMARY

In the article the principles of the civil legislation are considered which are secured in the Art. 3 of the Civil Code of Ukraine.

Подано 11.12.05



С.Л. Лисенков,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Питання змісту і реалізації культурних прав і свобод у практиці Європейського суду з прав людини

Ключові слова: культурні права і свободи; Європейський Суд з прав людини; право на освіту; свобода виразу поглядів.

Частина четверта статті 55 Конституції України надає кожному право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Повною мірою ці положення розповсюджуються і на можливості захисту культурних прав і свобод. Для цієї групи прав і свобод притаманний високий рівень соціальної та особистісної цінності, що обумовлено їх значенням для формування і розвитку як кожної окремої особи, так і сучасного демократичного суспільства в цілому. Ця обставина обумовлює той факт, що у практиці Європейського Суду з прав людини помітна увага приділяється вирішенню проблем, що виникають у зв'язку з реалізацією варіантів можливої поведінки, що входять до змісту культурних прав і свобод.

Основним, визначальним культурним правом є право на освіту. Тому не дивно, що питання, пов'язані з цим правом, найчастіше, порівняно з іншими культурними правами, є предметом розгляду Європейського Суду з прав

людини і саме йому присвячена значна частина рішень Суду. При розгляді таких справ Суд виходить із положень статті 2 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та основних свобод (1950 р.), в якій право на освіту знайшло своє закріплення у такій формі: “Нікому не може бути відмовлено в праві на освіту. Держава при виконанні будь-яких функцій, узятих нею на себе в галузі освіти і навчання, поважає право батьків забезпечувати таку освіту і навчання відповідно до своїх релігійних і світоглядних переконань” [1].

Тлумачення Судом цього формулювання складається з трьох взаємопов'язаних елементів, а саме:

1. У першому реченні статті 2 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини передбачається, що держава не може нікому відмовити в праві на освіту.

Це означає, що держава, надавши індивідам певні можливості для одержання освіти, не може перешкоджати їм користуватися цими можливостями.

2. У другому реченні вказаної статті за державою визнається повноваження самій визначати обсяг і характер власної участі у забезпеченні права на освіту. Фактично це означає, що держава не має ніяких зобов'язань надавати певні можливості щодо отримання освіти чи гарантувати кожному можливість отримати ту

освіту, яку він забажає, за виключенням тих, що вона сама на себе покладає.

3. У другому реченні статті також визнається право батьків забезпечувати своїм дітям освіту і навчання відповідно до своїх релігійних і світоглядних переконань. Таким чином, визнається право батьків не лише визначати вид навчального закладу чи форму навчання дітей, а й, до певної міри, впливати на зміст навчання своїх дітей.

У справі К'ельдсен, Буск Модсен і Педерсен проти Данії (1976) Суд підкреслив важливу роль, яку освіта відіграє у демократичному суспільстві, звернувши увагу на те, що друге речення статті 2 Протоколу № 1 спрямоване, зокрема, на забезпечення можливості плюралізму в освіті. Ця можливість є життєво необхідною для збереження “демократичного суспільства” таким, яким воно представлено у Конвенції. Зважаючи на повноваження сучасної держави, цієї мети треба досягти передусім через державне навчання.

У процесі розгляду конкретних справ, що стосуються реалізації права на освіту, Суд завжди враховував і враховує вказані три складові елементи, що відображені у статті 2 Протоколу № 1, як окремо, так і у їх взаємному зв'язку. При цьому Суд має на увазі те, що на відміну від багатьох інших статей Конвенції, що гарантують захист основних прав, стаття 2 Протоколу № 1 застосовує негативне формулювання, відповідно до якого держава не може заборонити (але, у той же час, й не зобов'язана гарантувати) реалізацію права на освіту. Слід визнати, що таке формулювання ставить державу у вигідне становище і захищає від абсолютної більшості обвинувачень у порушення права на освіту. Адаже з цього формулювання виходить, що держава у сфері освіти повинна робити лише те, що вона сама визначить для себе за потрібне. З іншого боку, приватній особі важко зібрати, належним чином зафіксувати переконливі докази того, що держава активно відмо-

вляє їй у праві на освіту або свідомо та активно утруднює його реалізацію.

Мабуть, саме цим пояснюється те, що до сьогодні Суд лише один раз визнав достатність таких доказів (справа Кемпбелл і Казанс проти Сполученого Королівства, 1982). У цій справі матері скаржились на застосування в державних школах Шотландії, які відвідували їхні діти, тілесних покарань як дисциплінарного заходу щодо учнів. У спільних заявах стверджувалося, зокрема, що застосування тілесних покарань у школах порушувало права, які гарантуються у другому реченні статті 2 Протоколу № 1, у тій частині, що їх світоглядним переконанням не відповідає застосування тілесних покарань у процесі освіти і навчання їхніх дітей у школі. Окрім цього, одна із заявниць стверджувала, що виключення її сина зі школи порушило право на освіту, яке гарантується в першому реченні цієї статті.

Суд дійшов висновку, що у даних випадках порушення права на освіту мало місце.

Розглянувши доводи уряду Сполученого Королівства, згідно з якими функції, що пов'язані з внутрішнім управлінням школи, у тому числі підстави і порядок застосування тілесних покарань щодо учнів, не мають відношення до сфери “освіти” і “навчання” за змістом статті 2, Суд зазначив, що освіта дітей є багатокомпонентним процесом, під час якого у будь-якому суспільстві дорослі намагаються передати свої переконання, культуру та інші цінності молоді, у той час як навчання чи викладання спрямовані передусім на передачу знань та на інтелектуальний розвиток. Суд погодився з тим, що застосування тілесних покарань належить до внутрішнього шкільного адміністрування. Але, в той же час, Суд відзначив, що тілесні покарання становлять складову частину процесу, в ході якого школа намагається досягти тієї мети, заради якої її було створено, включаючи також розвиток і формування характеру та розумових

здібностей учнів, а тому їх застосування є порушенням права на освіту.

Далі Суд розглянув суть поняття “світоглядні переконання батьків”. З огляду на Конвенцію в цілому, вислів “світоглядні переконання” у даному контексті означає, на думку Суду, такі переконання, які заслуговують на повагу в “демократичному суспільстві” і не суперечать поняттю людської гідності. Крім того, ці переконання не повинні суперечити основному праву дитини на освіту, яке є домінуючим в першому реченні статті 2.

Погляди заявників стосуються важливих і серйозних аспектів людського життя та поведінки - недоторканність особи, законність або незаконність застосування тілесних покарань і недопущення страху або стресового стану, які можуть бути викликані таким покаранням, а тому відповідають всім викладеним вище критеріям.

Визнавши наявність порушення положень, що містяться у другому реченні статті 2 Протоколу № 1, Суд далі розглянув питання про те, чи є виключення дитини з державної школи порушенням її права на освіту згідно з першим реченням цієї статті. Суд визнав за необхідне розглянути його окремо.

Підставою як для першого, так і для другого посилань пані Козанс на статтю 2 було застосування тілесних покарань як дисциплінарного заходу в школі, яку відвідував її син, але між фактичними даними у кожного посилання, що розглядається, існує суттєва різниця. Якщо щодо другого речення заявниці оскаржувала відвідування навчального закладу, де мала місце подібна практика, то стосовно першого речення заявниці оскаржувала заборону відвідувати школу; ця остання ситуація спричинює значно серйозніші наслідки.

Суд роз’яснив, що стаття 2 є одним цілим, в якому домінує перше речення, а право, яке сформульоване у другому реченні, є похідним від основного права

на освіту. Нарешті, обидва посилання розрізняються за своєю правовою основою: одне стосується права батьків, а друге — права дитини.

Право на освіту, яке гарантується в першому реченні статті 2, за своїм характером потребує врегулювання з боку держави, але таке врегулювання ніколи не повинно наносити шкоду змісту цього права чи суперечити іншим правам, що проголошені у Конвенції або протоколах до неї.

Справа Кемпбелл і Козанс проти Сполученого Королівства становить єдиний до сьогодні прецедент, у якому Суд констатував порушення права на освіту згідно з першим реченням статті 2 Протоколу № 1.

Суд розглянув також кілька заяв з приводу того, що конкретна політика або практика держави становили *de facto* порушення права на освіту. Усі ці заяви були відхилені. У справі щодо окремих аспектів регламентування використання мов у навчальному процесі в Бельгії (Бельгійська мовна справа, 1968 р.) заявники — франкомовні бельгійці, що проживали у фламандській частині Бельгії — скаржилися на те, що відмова бельгійського уряду надавати їхнім дітям освіти французькою мовою порушувала їхні права згідно зі статтею 2 Протоколу № 1. У цьому зв’язку Суд визначив зміст і сферу застосування статті таким чином:

Негативне формулювання у Протоколі права на освіту вказує на те, що Договірні Сторони (держави-учасники Конвенції) не визнають такого права на освіту, яке вимагає від них організувати за рахунок держави або фінансувати освіту будь-якого типу чи рівня. Усі держави — члени Ради Європи мають загальну і офіційну систему освіти. Тому йдеться зовсім не про те, щоб зобов’язати державу створити таку систему, а лише про те, щоб гарантувати особам, які перебувають у межах юрисдикції Договірних Сторін, право на користування тими засобами

отримання освіти, які існують на даний момент.

Перше речення статті 2 Протоколу гарантує, відповідно, право на доступ до навчальних закладів, що існують у даний час, але такий доступ є тільки частиною права на освіту. Для того щоб “право на освіту” було реалізоване, потрібно також, щоб особа, яка користується цим правом, мала можливість отримувати користь з такої освіти, тобто, йдеться про право отримувати відповідно до діючих у кожній державі правил офіційне визнання — у тій чи іншій формі — здобутої освіти.

Суд визнав порушення права на освіту і у так званій Бельгійській мовній справі. Бельгійське законодавство дозволяло дітям, які розмовляли фламандською мовою і проживали у різних франкомовних регіонах, відвідувати школи з викладанням фламандською мовою в сусідніх районах, але не надавало відповідного права франкомовним дітям. Суд визнав, що це становить порушення положення про недискримінацію за статтею 14 Конвенції у поєднанні з порушенням статті 2 Протоколу № 1. Це порушення за висновком Суду полягало у тому, що доступ до існуючих у країні шкіл не був забезпечений кожному без будь-якої дискримінації, зокрема за ознакою мови.

У Бельгійській мовній справі розглядалося питання доступу до початкової освіти. У рішеннях по інших справах було зазначено, що держава може регулювати доступ до окремих видів освіти, не порушуючи при цьому статті 2 Протоколу № 1. Комісія уточнила, що стаття 2 Протоколу № 1 стосується, головним чином, початкової освіти, і тому держава зовсім не зобов'язана забезпечувати ув'язненим (Заява № 5962/72) або іноземцям (Заява № 7671/76 і чотирнадцять інших) можливість отримати вищу чи спеціальну освіту. Комісія також зауважила, що:

В разі коли доступ до вищої освіти передбачає якісь обмеження з боку де-

ржави, то, загалом, це не розглядається як порушення статті 2 Протоколу № 1 у вигляді обмеження доступу до вищої освіти тим особам, які вже досягли певного освітнього рівня.

Комісія також підкреслила, що право на початкову освіту за статтею 2 Протоколу № 1 не перешкоджає державі вводити систему обов'язкової початкової освіти, тобто запроваджувати обов'язкове навчання. У заяві № 10233/83 батьки чотирьох дітей, які страждали на дислексію (нездатність оволодіти навичками читання), вирішили навчати своїх дітей вдома, а не в державних школах, які не мали у достатній кількості засобів, необхідних для спеціального навчання дітей з таким захворюванням. Хоч подібне і було можливим, однак органи влади залишили за собою право контролювати успіхи дітей в оволодінні базовими знаннями. Батьки оскаржили це рішення, вважаючи його порушенням їхніх прав згідно зі статтею 2 Протоколу № 1. Комісія не погодилася з цим, зауваживши, що держава має право на законних підставах вимагати від батьків співпраці у процесі оцінювання знань, набутих їхніми дітьми, тому що початкова освіта є обов'язковою для всіх дітей.

Хоч Комісія в цілому підтвердила права батьків навчати дітей поза системою державної шкільної освіти, вона не зобов'язала відраховувати фінансові внески з державного бюджету для сприяння приватній освіті (Заяви № 6853/74 і № 7782/77).

У ряді справ розглядалися питання про забезпечення прав батьків під час навчання їхніх дітей. Принциповою у цьому відношенні стала справа К'ельдсен, Буск Мадсен і Педерсен проти Данії (1976), у якій кілька батьків протестували проти включення до датських програм шкільної освіти курсу статевої культури. Проблема ускладнювалася тим, що держава ввела елементи сексуального виховання до багатьох предметів і, таким чином, не мала можливості відразу ж заспокоїти

стурбованих батьків, дозволивши їм, наприклад, забирати дітей з тих конкретних уроків, які суперечили їхнім переконанням. Суд, роз'яснюючи положення про “забезпечення прав батьків”, указав, що будучи наділені природнім зобов'язанням стосовно своїх дітей, заявники-батьки мають пріоритет у забезпеченні їхньої освіти та навчання, вони можуть вимагати від держави поваги до своїх релігійних і світоглядних переконань, їхнє право поєднується з відповідальністю, яка тісно пов'язана зі здійсненням і використанням права на освіту.

Як далі роз'яснив Суд, друге речення статті 2 Протоколу № 1 вказує на те, що держава при виконанні функцій, покладених на неї у сфері освіти та навчання, повинна слідкувати за тим, щоб інформація та знання, які містяться в шкільних програмах, подавалися в об'єктивному, критичному та плюралістичному вигляді. Державі забороняється нав'язувати навчання, котре може розглядатись як таке, що суперечить релігійним і світоглядним переконанням батьків. Це є та межа, за яку не можна заступати.

Суд також ухвалив рішення про те, що визнання законності існування приватних шкіл не є адекватною відповіддю на стурбованість батьків, тому що це може призвести до неприйняттого результату, коли “дотримуватимуться” права тільки багатих батьків. Таким чином, хоч держава може дозволити учням не відвідувати заняття, які суперечать переконанням їхніх батьків, або ж, навпаки, дозволити відвідувати приватні школи, така можливість автоматично не звільняє державу від відповідальності виконувати обов'язки в рамках державної шкільної системи за статтею 2 Протоколу № 1. У названій вище справі Суд постановив, що хоч курс статевої культури міг донести до дітей окремі оціночні судження — а така практика могла порушити права батьків — однак у даному конкретному випадку дії датського уряду могли бути

визнані прийнятними, тому що їхньої метою було надання інформації, а не нав'язування поглядів.

Таким чином, Суд виходить з того, що організація і регламентація системи освіти належить до компетенції держави. Ця компетенція повинна здійснюватись відповідно до ст. 2 Протоколу 1, сфера застосування положень якої досить широка й охоплює:

- засоби освіти і навчання;
- методи передачі знань;
- організацію освіти;
- одержання освіти поза шкільними закладами.

У Бельгійській мовній справі (1968) Суд окреслив основні контурні принципи права на освіту. Він уточнив у цьому зв'язку, що перша фраза ст. 2 гарантує “право доступу до існуючих на даний момент шкільних закладів”, але сам цей доступ є лише однією зі складових права на освіту. Для того, щоб право на освіту спричинювало корисний ефект, потрібно також, щоб індивід мав можливість мати користь від освіти, яку він здобуває, у тому числі право на офіційне визнання відповідно до діючих нормативних правил здійсненого навчання, що може бути реалізоване шляхом видачі дипломів або посвідчень (Бельгійська мовна справа § 31-32, § 42).

Здійснення права на освіту передбачає також забезпечення державою його суб'єктам рівного доступу до засобів освіти і навчання, тобто недопущення дискримінації у реалізації цього права.

Слід враховувати, що сферою дії ст. 2 Протоколу 1 є, в основному, шкільна освіта. Проте Суд не виключає з її сфери застосування вищу і спеціалізовану освіту. Стосовно вищої освіти, Суд визнав виправданим встановлення квот (Скарга № 8844/80) і відсутність у цьому дискримінації. Крім того, держава уповноважена встановлювати правила вступу до навчального закладу і визначати максимальний термін університетської освіти (Скарга № 5492/72).

Згідно тлумачення, яке дає Суд ст. 2 Протоколу № 1, створення системи безкоштовної обов'язкової шкільної освіти не є обов'язком держав. Проте такий обов'язок держави стосовно початкової освіти випливає з інших міжнародних договорів (ст. 14 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права; ст. 28 Міжнародного пакту про права дитини).

Суд розглянув і ряд справ, що стосувались здійснення реалізації і захисту права на освіту за деяких особливих обставин.

Так, до суду надходили скарги від в'язнів, які доводили можливість надання їм права на складання екзаменів і видачі їм навчальних засобів у місцях позбавлення волі. У цьому зв'язку Суд роз'яснив, що ст. 2 Протоколу 1 не вимагає від держав забезпечення надання вищої або спеціалізованої освіти в'язням, оскільки її метою є насамперед захист права на початкову освіту. Більше того, відштовхуючись від ідеї, що "у в'язниці не вистачає необхідних засобів для надання технічної освіти", Суд вирішив, що держава не порушила своїх обов'язків (Скарга № 5962/72).

На ст. 2 Протоколу 1 посилалась група іноземних студентів, які бажали мати доступ до вузу, що знаходився в іншій країні. Спираючись на аргумент, що Конвенція не надає гарантій особі іноземного громадянства права на зарахування до навчального закладу або проживання в іноземній країні, Суд встановив, що держава не зобов'язана забезпечувати доступ іноземних студентів до вищої або технічної освіти (Скарга 7671/76).

Певне місце у практиці Європейського Суду з прав людини належить розгляд справ, пов'язаних з реалізацією свободи літературної і художньої творчості. При цьому прийнятому в українському конституційному і поточному законодавстві, наукових дослідженнях формулюванню "літературна і художня творчість" у

текстах європейських конвенцій, у правозастосовчій, у тому числі і судовій, практиці у більшості випадків відповідає формулювання „мистецька діяльність”.

Слід зазначити, що в європейській правовій доктрині і у практиці Європейського Суду з прав людини захист свободи мистецької діяльності розглядається у нерозривному зв'язку із захистом свободи виразу поглядів, тобто підпадає під контекст статті 10 Конвенції про захист прав людини 1950 р. (далі — Конвенція). У свою чергу, в поняття "свобода виразу поглядів" вкладається надзвичайно широкий зміст, який знаходить свій прояв у багатьох сферах суспільного життя.

У працях західноєвропейських дослідників свобода виразу поглядів розглядається як така, що містить у собі гарантію на "будь-яку творчу діяльність, якою б не була її форма, основа і ціль".[2] На цій основі мистецький твір як результат мистецької діяльності набуває якості засобу спілкування [3], а свобода мистецької діяльності розглядається як особлива форма свободи виразу поглядів [4]. Заслуговує на увагу той факт, що свобода митця на вираз своїх поглядів визнається у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (ст. 1992), а не у Пакті про економічні та культурні права, що свідчить, по-перше, про реальну рівноцінність прав і свобод людини, і, по-друге, про певну умовність їх класифікації.

У практиці Європейського Суду з прав людини можливості прояву свободи вираження поглядів у сфері мистецької діяльності вбачаються:

— у свободі створення твору мистецтва, яка розглядається як певна дія (дії) автора;

— у праві на повагу до створеного твору, яке передбачає необхідність певного відношення невизначеного кола суб'єктів до створеного твору мистецтва і прав на цей твір його автора.

Ці два прояви свободи виразу поглядів у сфері мистецької діяльності без-

посередньо підпадають під захист ст. 10 Конвенції.

Однак свобода виразу поглядів митця розглядається як така, що не є абсолютною і може бути обмежена легітимним шляхом. Вона, крім того, повинна узгоджуватись з іншими правами і свободами, що містяться у Конвенції.

Цікаво, що у сучасній західній правовій літературі визначення змісту поняття “мистецтво” є предметом досить жвавої полеміки. Разом з тим, деякі західні дослідники ставлять ряд питань, на які, на їх думку, важко або неможливо знайти вірну і вичерпну відповідь. Серед них питання: чи існує взагалі можливість визначення мистецтва і мистецького твору на базі теоретичних критеріїв об’єктивного виміру? [5] В цілому ж у європейській теорії і правозастосовчій практиці сформувалось розуміння мистецького твору як будь-якого результату свідомої діяльності людини, що спрямована на створення самобутнього, оригінального твору і задоволення естетичного ідеалу. При цьому відповідь на питання про те, чи було цього ідеалу досягнуто, не цікавить право, яке не ставить собі за мету оцінку естетичної вартості твору.

Усі види мистецтва: статичні (малювання, скульптура, архітектура, фотографія тощо), “живі” (музика, танець, кіно тощо), література відповідно до Конвенції повинні мати ідентичний рівень правового захисту [6].

У практиці Суду свобода творчості (мистецької діяльності) розглядається як процес, що починається з формування відповідної творчої ідеї, яку автор як носій такої ідеї шляхом здійснення певних дій втілює у витворі мистецтва (мистецькому творі). На цій підставі, як зазначалось вище, обґрунтовується розповсюдження Судом на свободу творчості положень ст. 10 Конвенції, відповідно до яких “кожен має право на свободу думки” і “кожен має право на свободу дотримуватись своїх поглядів”.

Для того, щоб ідея автора набула об’єктивності, вона повинна знайти свій вираз у певній зовнішній формі. Ця форма характеризується такими особливостями, що відрізняють її від інших мистецьких творів і надають їй статусу оригіналу. На цьому етапі свобода митця полягає у виборі та наданні твору, що створюється, форми, яка найкраще відповідає його естетичному ідеалу. Перешкоджання цьому процесу розцінюється як порушення положень ст. 10 Конвенції, яка потенційно захищає від втручання у творчий процес.

Однак свобода виразу поглядів митця не розглядається як безмежна. Визнається, що він, реалізуючи свою творчу уяву, повинен дотримуватись відповідності з певними цінностями та правами інших суб’єктів, не допускати їх порушень. Творчий процес передбачає оприлюднення його результатів, хоча митець може творити для себе і не доводити до відома інших своє творіння. У зв’язку з цим визнається, що вказані обмеження мають силу лише за умови оприлюднення мистецького твору. Якщо ж автор не оприлюднює своє творіння, його форма і зміст не можуть увійти у конфлікт з тими чи іншими соціальними уявленнями. Однак саме в оприлюдненні твору мистецтва свобода виразу поглядів, а значить, і свобода творчості, знаходять своє повне втілення і передбачають відповідний правовий захист.

Цей захист перешкоджає не лише знищенню або пошкодженню твору, але й внесенню змін, модифікацій, не передбачених автором скорочень. Досвід показує, що, наприклад, купюри з фільму, скорочення діалогів п’єси тощо можуть змінити твір до такої міри, що невірно буде представлена ідея автора і, таким чином, буде порушена свобода вираження його поглядів.

У справі Мюллер та інші проти Швейцарії (1988) Суд констатував, що ті, хто створюють, інтерпретують, поширюють або виставляють на загал

твір мистецтва, сприяють обміну ідей і думок, необхідному у демократичному суспільстві, але за умови, що митець і ті, хто бере участь у розповсюдженні твору, не уникають можливостей обмеження, передбаченого § 2 ст. 10 (§§ 33–34).

Ст. 10 § 2 Конвенції передбачає, що здійснення свободи вираження поглядів передбачає “обов’язки і відповідальність”. Саме тому ця ж стаття передбачає, що таке здійснення може підлягати певним “формальностям, умовам, обмеженням або санкціям.” Разом з тим, прийнятність втручання у здійснення свободи виразу поглядів передбачає односторонню відповідність 3-м умовам:

1. Передусім, будь-яке обмеження свободи виразу поглядів не може мати місця, якщо воно не передбачене законом.

2. Крім того, необхідно, щоб це обмеження переслідувало легітимну ціль, з огляду цінностей, вичерпно перерахованих у диспозиції ч. 2 ст. Конвенції.

3. І, нарешті, ціль, заради якої здійснюється обмеження свободи виразу поглядів, не повинна суперечити основним засадам демократичного суспільства.

Дослідження цієї останньої умови — вивчення необхідності обмежувального заходу — становить серцевину Європейського міжнародного судового контролю.

У справі Мюллер та інші проти Швейцарії (1988), в якій розглядалось питання про “охорону моралі”, заявники скаржились на те, що конфіскація урядом Швейцарії кількох картин відверто сексуального змісту і накладення на художників штрафу за опублікування непристойних матеріалів порушило статтю 10 Конвенції. Визнавши, що дії держави були узгоджені з пунктом другим, Суд ухвалив рішення про те, що держава має широкі межі розсуду при вирішенні питання стосовно того, що є дійсно “необхідним” для “охорони моралі”. Проте, ухвалюючи це рішення, Суд зазначив, що термін “вираз поглядів” за статтею

10 охоплює також і виявлення творчих поглядів, що “дає можливість брати участь у публічному обміні інформацією культурного, політичного і соціального змісту, а також різного виду ідеями”.

Суд також погодився з рішенням держави, коли йшлося про те, що релігійні почуття частини населення могли бути піддані нарузі в результаті здійснення свободи виразу мистецьких поглядів окремими особами. У справах Отто Премінгер інститут проти Австрії (1994) та Уінгроу проти Сполученого Королівства (1996) Суд не знайшов порушення статті 10 у випадках, коли уряди цих країн заборонили демонстрацію фільмів, у яких окремі особи та обряди християнської релігії були показані в такому вигляді, який свідчив про неповагу до них.

Результати розгляду цих трьох справ свідчать про те, що Суд не визнає за митцем необмеженої свободи виразу поглядів, коли в результаті цього можуть постраждати суспільно визнані моральні цінності. Рідше свобода виразу поглядів митця входить у конфлікт з іншими цінностями і правами, що не мають морального контексту. Тут доречно згадати справу про малюнки, здійснені фарбуючим аерозолем на стіні будинку (Н. проти Швейцарії, 1983), яка була розглянута, з одного боку, з точки зору права власності власника будинку і, з іншого — з точки зору свободи виразу поглядів автора цих малюнків. І хоча останній вважав, що його малюнки завдяки їх мистецькій цінності послужили для блага оточуючих, Суд вирішив справу на користь власника будинку.

У результаті розгляду іншої справи (Г. і К. проти Сполученого Королівства, 1983) було визначено, що обмеження, накладені в ім’я захисту суспільного порядку на вуличних музикантів англійським законодавством, що забороняло їм вільно займатися їх мистецтвом, не становило в даному випадку істотного обмеження свободи виразу їхніх поглядів.

Суд вбачає, що не лише ст. 10 Конвенції є засобом захисту мистецьких творів. Інші її статті також надають таку можливість, хоча це й непрямий правовий захист.

Суд констатував порушення ст. 11 (свобода зібрань та об'єднання) у справі Сідіропулос проти Греції (1988), де йшлося про відмову грецьких посадових осіб зареєструвати організацію “Дім македонської цивілізації”, яка ставила за мету заохочення місцевих ініціатив у галузі мистецької діяльності.

У справі Ятрідіс проти Греції (1999) стаття 1 Протоколу № 1 (захист права власності) непрямим шляхом захищає і мистецтво. У цій справі йшлося про “відверто незаконне” позбавлення позивача права власності на кінозал, який він утримував протягом 11 років.

Порівнюючи практику, рішення і висновки Європейського Суду з прав людини, що стосуються визначення змісту, умов і меж реалізації права на освіту, з відповідними положеннями конституційного і поточного законодавства України, можна дійти ряду висновків:

1. Чинна Конституція України і поточне законодавство не суперечать положенням статті 2 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини (1950) і відповідній практиці Європейського Суду з прав людини. Більше того, у деяких випадках Конституція України (частина третя ст. 53), встановлюючи обов'язок держави забезпечувати доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної і вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах, створила більше умов для реалізації права на освіту, ніж це встановлюється статтею 2 Протоколу 1.

2. Суд визначив, що право на освіту визнається реальним за умови отримання особою користі від одержаної освіти, під якою розуміє офіційне визнання здобутої освіти відповідно до діючих у державі правил. З цих позицій функціонування

в Україні навчальних закладів, що за підсумками навчання в них видають своїм випускникам так званий диплом недержавного зразка, тобто диплом, який офіційно не визнається державою, є порушенням права на освіту. Таким чином, постає питання про можливість існування вказаних навчальних закладів, оскільки їх функціонування, з точки зору Європейського Суду з прав людини, призводить до порушення права на освіту.

3. Українське законодавство (наприклад частина 1 ст. 29 Закону України “Про загальну середню освіту”) надає батькам або особам, які їх замінують, певні права, що стосуються реалізації їхніми дітьми права на освіту. Однак ці права не передбачають повноважень, які могли б вплинути на зміст освіти і навчання їхніх дітей. Разом з тим, положення другого речення статті 2 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав і основних свобод людини встановлюють право батьків забезпечувати своїм дітям таку освіту і навчання, які за своїм змістом відповідають їхнім релігійним і світоглядним переконанням. У цьому зв'язку вбачається доцільним усунути вказану невідповідність шляхом внесення у національне законодавство положень, що надають батькам право (можливість) впливати не лише на вибір навчального закладу і форми навчання їх дітей, а й на зміст їхньої освіти.

4. На відміну від наукової доктрини і практики Європейського Суду з прав людини, у вітчизняній правовій теорії і правозастосовчій практиці не вбачається нерозривного зв'язку між змістом і процесом реалізації передбаченої частиною першою ст. 54 Конституції України свободи літературної, художньої, наукової і технічної творчості та змістом і процесом реалізації закріпленої у частині першій ст. 34 Конституції України права на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Ця невідповідність, з огляду на курс України до європейської інтеграції, повинна бути усунена.

Список літератури:

1. Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст. — К.: “ВІПОЛ”, 2004, — С. 936.
2. G. Cohen-Jonatan “Article 10” // Convention europeenne des droits de l’hommt. Commetaire. Paris. Economica. 1999. p. 107.
3. J. Velaers, De beperking van de vrijheid van meningsuiting, Antwerpen, Apeldoorn, 1991, p.61.
4. P. Ceysens “Kunst, volgens de regels van het recht; R.W. 1990–1991, p.1181.
5. L. Rszzero “Le sens du Beau et les perspektives de l’art dans le monde premodere”, Louvan, juin 1999, p. 15.
6. Див.: Mark Verdussen. Les de l’homme et la creation artistsgue // Les droits de l’homme au seil du troisieme mille’naire. Bruylant, Bruselles, 2000, p. 1001–1016.

РЕЗЮМЕ

Рассматривается практика Европейского суда по правам человека по определению содержания обеспечения реализации культурных прав и свобод, а также некоторые вопросы соответствия ей действующего законодательства Украины.

SUMMARY

The article deals with the practice of the European Court of Human Rights on defining the matter of providing the realization of the culture rights and freedoms, as much as certain issues of corresponding of the current Ukrainian legislation to this practice.

*Рекомендовано кафедрою
теорії та історії
держави і права*

Отримано 16.11.05



О.С. Захарова,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

Представництво у цивільному судочинстві

Ключові слова: *представник; представництво; особи, що можуть бути представниками; особи, що не можуть бути представниками*

У теорії цивільного процесуального права питання про представництво завжди було дискусійним. Серед науковців немає єдності щодо визначення процесуального представництва, розуміння його змісту, суб'єктного складу, обсягу повноважень представника тощо. З набуттям чинності новим Цивільним процесуальним кодексом України (далі — ЦПК) [1] інтерес до цих питань ще більше зростає, адже є потреба проаналізувати, чи змінилося нормативне регулювання цього правового інституту, як і наскільки ефективно він буде працювати.

Основні положення про представництво регламентуються ст.ст. 38 — 44 Глави 4 Розділу I ЦПК. Одразу звертаємо увагу, що законодавець, на відміну від ЦПК 1963 р., в якому “Представництво” [2] регламентувалося окремою главою, відносить представників до учасників процесу, що, в свою чергу, безпосередньо впливає на їх процесуальне становище. Таким чином, вирішено одне з дискусійних питань про те, чи належать представники до осіб, що беруть участь у розгляді справи. Більшість науковців-процесуалістів вважали, що представни-

ки є особами, що беруть участь у розгляді справи [3], оскільки процесуальним представникам властива наявність юридичної заінтересованості в результатах розгляду справи. Найбільш яскраво, вважає І.А. Павлунік, характер такої заінтересованості проявляється при здійсненні батьками законного представництва в інтересах своїх неповнолітніх дітей [4] і та обставина, що інтерес процесуального представника носить особливий (похідний) характер від інтересу сторін, третіх осіб та інших учасників процесу, не дає підстав для виключення представників із числа осіб, які беруть участь у справі. Кардинально протилежний підхід закладено в Цивільному процесуальному кодексі Російської Федерації, зокрема, представники не належать до осіб, що беруть участь у справі [5].

Згідно зі ст. 55 Конституції України [6] кожному гарантується право на оскарження в суді рішення, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Це правило більш детально розкривається у ст. 3 ЦПК, відповідно до якої кожна особа має право в порядку, встановленому ЦПК, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Ст. 38 ЦПК України надає право особі вести свої справи в суді особисто

або через представника. Отже, процесуальним засобом реалізації права на судовий захист є інститут представництва.

Представництво в цивільному процесі можливе у будь-якій цивільній справі на будь-якій стадії його розвитку — від порушення цивільної справи в суді до виконання судового рішення.

Представник в цивільному процесі є самостійним суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин. Він діє від імені і в інтересах іншої особи. Необхідність представництва обумовлена такими ознаками: по-перше, залучення до участі в справі представника забезпечує професійний захист особи; по-друге, юридичні особи повинні бути представлені в процесі конкретними особами; по-третє, в разі відсутності в особи повної цивільної дієздатності виникає законне (обов'язкове) представництво.

Слід зазначити, що нормативного визначення представництва немає. В теорії цивільного процесуального права представництво визначається як юридичні відносини, за якими одна особа — представник — виконує на підставі повноваження, наданого йому законом, статутом, положенням або договором, процесуальні дії у цивільному судочинстві на захист прав та інтересів іншої особи, що охороняються законом, державних і громадських інтересів [7]. Аналізуючи наведене визначення, можна зробити висновок, що сутність інституту представництва полягає в наступному: по-перше, представник виступає від імені і в інтересах особи, яку він представляє; по-друге, представник здійснює права й обов'язки особи, яку він представляє; по-третє, вчинені дії представником є обов'язковими для особи, яку він представляє; по-четверте, представник діє в межах наданих йому повноважень і може бути обмежений у здійсненні деяких із них.

Представник у цивільному судочинстві покликаний виконувати дві функції:

1) захищати права та інтереси осіб, які беруть участь у справі;

2) представляти таких осіб, бути їх повіреними.

При процесуальному представництві виникає два види правовідносин. З одного боку, матеріально-правові — між представником і особою, яку він представляє, які регулюються нормами цивільного законодавства; з другого боку, процесуальні, які виникають між представником і судовими органами або державним виконавцем і які регулюються нормами цивільного процесуального законодавства. Слід зазначити, що процесуальні правовідносини між представником і особою, яку він представляє, ніколи не виникають.

Хто ж може діяти в процесі через представника? Відповідь на це питання дається в ч. 1 ст. 38 ЦПК — сторона, третя особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, а також заявники та інші заінтересовані особи в справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника. Юридичних осіб представляють їхні органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням, або їх представники. Державу представляють відповідні органи державної влади в межах їх компетенції через свого представника. Відсутність застережень у даній нормі можливості діяти через представника в наказному провадженні зовсім не позбавляє особу такого права. Зокрема у ст. 98 ЦПК зазначено, що заява про видачу судового наказу може подаватися особисто заявником або його представником з належно оформленими повноваженнями. Що ж стосується справ про усиновлення, то особиста участь у справі заявника є обов'язковою, але це не позбавляє його права отримувати правову допомогу.

Представниками можуть бути (ст. 40 ЦПК):

- 1) адвокати;
- 2) інша особа, яка досягла вісімнадцяти років.

цяти років, має цивільну процесуальну дієздатність і належно посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді.

Особливу увагу хочеться звернути на виконання представницьких повноважень адвокатом, адже це буде сприяти більш якійсній підготовці цивільних справ до судового розгляду та чіткому і швидкому провадженню в справах. Оскільки за ст. 6 Закону України “Про адвокатуру” адвокат має право не тільки представляти і захищати права та інтереси громадян і юридичних осіб за їх дорученням в усіх органах, підприємствах, установах і організаціях, до компетенції яких входить вирішення відповідних питань, а й має право збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази в цивільних справах; запитувати і отримувати документи або їх копії від підприємств, установ, організацій, об’єднань, а від громадян — за їх згодою; ознайомлюватися на підприємствах, в установах і організаціях з необхідними для виконання доручення документами і матеріалами, за винятком тих, таємниця яких охороняється законом; отримувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань, тощо. З обговорюваного питання і шляхів вдосконалення інституту представництва вельми симптоматичним є Указ Президента України від 30 вересня 1999 року. З метою посилення гарантій конституційних прав громадян на правову допомогу та захист від обвинувачення, підвищення якості правової допомоги Президентом України було видано Указ “Про деякі заходи щодо підвищення рівня роботи адвокатури”, згідно з яким органам виконавчої влади та органам місцевого самоврядування, керівникам підприємств, установ і організацій сприяти реалізації права адвокатів збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази в цивільних, господарських, кримінальних справах і справах про адміністративні правопорушення, надавати

безоплатно відповідні відомості та копії документів за запитами адвокатів та адвокатських об’єднань у справах, що перебувають у їх провадженні.

Правова визначеність взаємовідносин між адвокатом і довірительом має базуватися, в першу чергу, на встановленому законом процесуальному становищі першого в справі. З одного боку, і суд і довіритель будуть впевнені, що правову допомогу особі надає юрист-професіонал, який доклав максимальних зусиль для підготовки справи до своєчасного і об’єктивного розгляду, з іншого — довіритель впевнений у тому, що адвокат буде нести відповідальність за несумлінне ведення справи. Згідно зі ст. 16 Закону України “Про адвокатуру” щодо адвоката можуть бути застосовані такі дисциплінарні стягнення, як: попередження; зупинення дії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю на строк до одного року; анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. Крім того, адвокат зобов’язаний зберігати адвокатську таємницю, предметом якої будуть питання, з яких громадянин або юридична особа звертаються до адвоката, суть консультацій, порад, роз’яснень та інших відомостей, одержаних адвокатом при здійсненні своїх професійних обов’язків (ст. 9 Закону України “Про адвокатуру”).

Беззаперечно, що на рівні закону мають бути закріплені гарантії доступності правової допомоги і належного її професійного рівня. Загальновідомо, що юридична практика — це і слідча, і судова, і юрисконсультська та інша діяльність. Тому надання юридичної допомоги необхідно здійснювати на підставі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, як це відбувається в більшості країн Європи. Випереджаючи зауваження опонентів про начебто заангажованість авторки щодо лобіювання монополії правників-адвокатів, мушу нагадати, що монополія колегій адвокатів, певною

мірою гальмувавши розвиток адвокатури, скасована після набрання чинності Закону України “Про адвокатуру”, і на сьогодні допуск до професії адвоката здійснюється виключно на підставі відповідного свідоцтва, яке надається громадянам України з відповідним освітнім рівнем і виключно за результатами позитивного складання кваліфікаційного екзамену.

У ЦПК України встановлені обмеження щодо осіб, які не можуть бути представниками. Так, зокрема, не можуть бути представниками в суді особи, які діють у цьому процесі як секретар судового засідання, перекладач, експерт, спеціаліст, свідок. Крім цього, встановлені спеціальні обмеження щодо виконання представницьких функцій судьями, слідчими, прокурорами, за виключенням, коли вони діють як представники відповідного органу, що є стороною або третьою особою в справі, чи як законні представники. Це правило закріплене в ст. 41 ЦПК.

Питання про допуск представника до участі в процесі вирішує суддя або суд. На нашу думку, ця процесуальна дія повинна фіксуватися в ухвалі суду. Наприклад, в ухвалі про відкриття провадження у справі можуть бути визначені вже два критерії, за якими суд або відкриває провадження у справі, або залишає заяву без руху, це: 1) наявність дієздатності; 2) належним чином оформлені повноваження на ведення справи. В подальшому, вже при відкритті судового засідання, суд повинен роз’яснити представнику неможливість виконання ними у цьому ж процесі функцій секретаря судового засідання, перекладача, експерта, спеціаліста, свідка, а також те, що він не може одночасно представляти інтереси протилежних сторін, і з’ясувати,

чи немає перешкод у виконанні обов’язку представника стосовно його професійної діяльності за межами судового органу. Все це повинно фіксуватися в журналі судового засідання. Чому ми так прискіпливо ставимося до належного процесуального фіксування питання про допуск представника у справу. Відповідь проста і полягає вона у настанні юридичних наслідків, а саме — можливості закриття провадження у справі або — залишення заяви без розгляду як при розгляді справи в суді першої інстанції, так і в судах апеляційної та касаційної інстанції.

Не менш цікавим є питання про множинність представників на боці однієї особи. Довіритель повинен чітко визначити коло повноважень кожного із них. Такі представники повинні погоджувати свою правову позицію у справі і між ними не повинно виникати протиріч під час розгляду справи. Процесуальні дії, вчинені одним із представників в межах наданих йому стороною повноважень, мають розглядатися як такі, що вчиняються за згодою інших представників, які виступають на боці цієї ж сторони.

Дискусійним залишається питання про статус у цивільному процесі прокурора. Конституцією України (п. 2 ст. 121) та ЦПК (п. 2 ст. 45) встановлено, що прокурор здійснює у суді “представництво” інтересів громадянина або держави. Разом з тим, в п. 2 ст. 41 ЦПК міститься пряма заборона на виконання функцій “представництва” прокурором. Отже, участь прокурора у цивільному процесі не є різновидом ні загального, ні процесуального представництва (8). Правовий статус прокурора в цивільному процесі слід розглядати в контексті функцій і завдань, покладених на прокуратуру в цілому як орган державної влади.

Список літератури:

1. Цивільний процесуальний кодекс України // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2004 — №: Цивільне процесуальне законодавство України. — 544 с.

2. Цивільний процесуальний кодекс України // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2004 — №: Цивільне процесуальне законодавство України. — С.16-21; 169-172.

3. Штефан М.Й., Дріжчана О.Г. Цивільне процесуальне право України. — К., 1994. — С. 86; Юрков Б.М. Представництво в суді // Цивільне процесуальне право України. — Харків, 1992. — С. 110.; Ильинская И.М., Лесницкая Л.Ф. Судебное представительство в гражданском процессе. — М., 1964. — С. 23 та інші.

4. Павлунік І.А. Представництво в цивільному процесі України. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — С. 10.

5. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. первого заместителя Председателя Верховного Суда РФ В.И.Радченко. — М.: Норма, 2004. — С. 77, 109.

6. Конституція України // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1996. — № 30. — Ст. 141 із подальшими змінами.

7. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс / Підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. — К.: Ін Юре, 2005. — С. 157.

8. Павлунік І.А. Представництво в цивільному процесі України. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — С. 10.

РЕЗЮМЕ.

В статті розкриваються проблеми регулювання інститута представництва по законодавству України. Проведен аналіз норм гражданского процессуального кодекса Украины в отношении лиц, которые могут или не могут быть представителями в процессе.

SUMMARY

The article deals with the problems of the representatives institute regulation according to the legislation of Ukraine. The analysis of norms of the Civil Procedural Code of Ukraine is conducted here regarding persons who may or may not be representatives in the lawsuit.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 28.11.05



О.З. Хотинська
(Академія адвокатури України)

Преюдиціальність як прояв обов'язковості судових рішень

Ключові слова: *судове рішення, вирок, суд, обов'язковість судових рішень, преюдиціальність, внутрішнє переконання суддів.*

Судове рішення як результат діяльності суду зі з'ясування фактичних обставин і вирішення спору по суті є актом, що забезпечує переведення прав і обов'язків у реальну поведінку суб'єктів. Рішення, як акт, що фіксує результат примусового застосування права, само наділяється силою закону, тобто за певних умов набуває якостей, властивих закону. Ці якості надаються рішенню суду лише тому, що його зміст відображає силу і характер впливу норм права на суспільні відносини. Однією із таких властивостей судового рішення виступає обов'язковість.

Проблема правового регулювання обов'язковості судових рішень має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки вона безпосередньо пов'язана з належним і своєчасним захистом суб'єктивних цивільних прав, забезпеченням реалізації правовідносин, з яких судовим рішенням знято спірність та невизначеність. Оскільки в сучасній науці у висновках з окремих аспектів проблеми не існує єдності, деякі питання розуміння обов'язковості судового рішення і практики застосування судами правових норм, які цього стосуються, потребують додаткового аналізу та розгляду.

Дослідження окресленої тематики частково відображено у працях вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема М.Г. Авдюкова, О.І. Бережного, А.А. Добровольського, Ю.М. Грошевого, М.А. Гурвіча, О.С. Захарової, Л.Н. Завадської, Н.Б. Зейдера, Є.В. Клінова, П.Я. Трубнікова, Н.А. Чечіної.

Згідно зі ст. 124 та ст. 129 Конституції України, а також окремими положеннями чинних процесуальних кодексів, судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян. Це означає, що судові рішення є обов'язковими, в тому числі й для судів.

Метою даної статті є дослідження проблеми обов'язковості судових рішень для судів загальної юрисдикції України.

Прояв обов'язковості судових рішень для суду є багатоаспектним. Безумовно, це пов'язано з тим, що судове рішення, яке набрало законної сили, є обов'язковим як для суду, який його прийняв, так і для інших судів. У першому випадку, вже з моменту проголошення рішення судом, останній не має права його відмінити чи змінити, не може вносити будь-які зміни, які роблять рішення іншим по суті, не може змінювати наведене викладення обставин та мотивів.

Обов'язковість судового рішення для інших судів законодавчо закріплена

у процесуальних нормах відповідних кодексів.

Так, вирок, що набрав законної сили, є обов'язковим для суду, який розглядає іншу кримінальну справу. Він не може розглядати справу щодо особи, стосовно якої вже є вирок суду, що набрав законної сили, за тим же обвинуваченням, або ухвала чи постанова суду про закриття справи за тим же обвинуваченням (п. 9 ч. 1 ст. 6 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК України)). Згідно зі ст. 61 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України) вирок суду у кримінальній справі, який набрав законної сили, або постанова суду у справі про адміністративне правопорушення є обов'язковими і для суду, що розглядає справу про цивільно-правові наслідки дій особи, стосовно якої ухвалено вирок або постанову суду, у питаннях, чи мали місце ці дії та чи вчинені вони даною особою. Саме ці дві обставини, викладені у вироку, є обов'язковими для суду і належать до преюдиціальних незалежно від того, чи містяться вони в обвинувальному чи виправдувальному вироку, тому що винесення виправдувального вироку свідчить про відсутність у діях особи складу злочину, але ці дії можуть мати протиправний характер з точки зору цивільного права. Також обов'язковим для суду є судові рішення, що набрало законної сили, в іншій цивільній, господарській або адміністративній справі, в якій брали участь ті ж самі особи. Але, на відміну від вироку, таке рішення суду є обов'язковим за всіма обставинами. Так, О. звернулася з позовом до А. та Т. про визнання договору дарування квартири недійсним та поділ спільно нажитого майна. Шевченківським районним судом м. Києва у задоволенні позовних вимог було відмовлено, оскільки рішенням Святошинського районного суду м. Києва у справі за позовом А. до Т. та О. про визнання права власності за А. було визнано право власності на квартиру, яка була предметом спору [1].

Аналогічне положення закріплюється ст. 72 Кодексу адміністративного судочинства України (далі — КАС України), відповідно до якої для адміністративного суду є обов'язковими вирок суду в кримінальній справі або постанова суду у справі про адміністративний проступок, які набрали законної сили, якщо той розглядає справу про правові наслідки дій чи бездіяльності особи, щодо якої ухвалений вирок або постанова суду лише в питаннях, чи мало місце діяння та чи вчинене воно цією особою. Судове ж рішення в адміністративній, цивільній, господарській справі, що набрало законної сили, є обов'язковим для адміністративного суду, який розглядає іншу справу за обставинами, що були встановлені стосовно особи, яка бере участь у справі.

Вищевикладені норми відображені і в Господарському процесуальному кодексі України (далі — ГПК України). Відповідно до положень ст. 35 ГПК України, вирок суду з кримінальної справи, що набрав законної сили, є обов'язковим для господарського суду при вирішенні спору з питань, чи мали місце певні дії та ким вони вчинені. Так само є обов'язковим для господарського суду судові рішення з цивільної справи, що набрало законної сили, щодо фактів, які встановлені судом і мають значення для вирішення спору. Проте з цього приводу існує практика неоднозначного застосування даних положень законодавства. Так, страхова компанія звернулася до Господарського суду м. Києва з позовом до акціонерного товариства про стягнення 31 399,30 грн. у порядку регресу. Позовні вимоги страхова компанія мотивувала тим, що на виконання вимог полісу добровільного страхування транспортного засобу вона виплатила страхувальнику — гр. П. — суму страхової виплати за шкоду, завдану йому внаслідок дорожньо-транспортної пригоди, скоєної з вини водія акціонерного товариства — гр. М. Рішенням Господарського суду м. Києва в задоволенні

позовних вимог було відмовлено з тієї причини, що постановою Дарницького районного суду м. Києва винним у скоєнні дорожньо-транспортної пригоди був визнаний гр. П. Проте з такою позицією не погодився Київський апеляційний господарський суд, скасувавши рішення першої інстанції і задовольнивши частково позовні вимоги. Свою позицію апеляційна інстанція мотивувала тим, що вивчення матеріалів справи та адміністративних матеріалів дозволило їй дійти висновку про наявність вини обох водіїв: ступінь вини гр. П. складає 30%, а гр. М. — 70%. Зважаючи на це, апеляційний господарський суд порахував, що страхова компанія має право на відшкодування шкоди у розмірі 70% від суми спричиненої шкоди [2, 18]. Як бачимо, внаслідок ігнорування господарським апеляційним судом рішення суду загальної юрисдикції, а отже — порушення принципу обов'язковості судових рішень, одним і тим же обставинам дається інша правова оцінка, що призводить до появи двох судових рішень, що суперечать по своїй суті одне одному.

Вищезазначене доводить, що обов'язковість рішення суду для інших судів виявляється в такій характерній властивості судового рішення, як преюдиціальність.

Як бачимо, названі норми процесуальних кодексів свідчать про те, що зв'язок преюдицій рішень, постановлених у кримінальному, цивільному, адміністративному та господарському судочинстві, не є взаємним.

Вирок суду є обов'язковим для господарського суду, адміністративного та для суду, що розглядає цивільну справу (за участю особи, стосовно якої постановлений вирок) з питань, чи мали місце певні дії (об'єктивна сторона злочину) та ким вони вчинені (суб'єкт злочину). В літературі була висловлена думка про те, що преюдиціальна сила вироку суду не розповсюджується на питання про вину засудженого [3, 163].

Таке бачення було піддане критиці М. Алієскеровим, який зазначив, що у нормі закону маються на увазі дії, що містять або не містять визначеного складу злочину, а отже, преюдиціальне значення повинно надаватися і висновкам суду з питань вини особи, стосовно якої винесено вирок [4, 56]. Вказані висновки суду, що містяться у вирокі, не можуть спростовуватися в межах цивільного та господарського судочинства. Суд, приймаючи рішення за позовом, що витікає з кримінальної справи, не може обговорювати питання вини відповідача, а може лише вирішувати питання про розмір відшкодування. Інша справа, що ці висновки можуть не мати вирішального значення, наприклад, у цивільній справі, оскільки існують суттєві відмінності між правовими підставами та умовами кримінальної і цивільно-правової відповідальності. Водій автотранспорту, виправданий у зв'язку з відсутністю вини в наїзді на пішохода, може бути притягнений до цивільно-правової відповідальності за завдану шкоду як власник джерела підвищеної небезпеки, оскільки така відповідальність настає незалежно від вини. В такому випадку висновок суду з цивільної справи не вступає у протиріччя із преюдиціальними висновками щодо вини засудженого чи виправданого, які містяться у вирокі.

На особливу увагу заслуговує той факт, що за чинним законодавством України відсутній зворотний зв'язок між преюдиціальністю рішення в цивільній справі та вирокі суду, так само, як і преюдиціальності рішення господарського суду чи адміністративного суду з вирокі суду у кримінальній справі. Чинний КПК України не містить норм, які встановлювали б обов'язковість рішення в цивільній справі або рішення господарського чи адміністративного суду, що набрало законної сили.

На наш погляд, між преюдиціальністю судових рішень (незалежно від виду судочинства) повинен існувати

взаємозв'язок. Тобто, рішення суду, що вступило в законну силу з цивільної (господарської чи адміністративної) справи, повинно також бути обов'язковим для суду, який розглядає кримінальну справу. Звичайно, дія такої преюдиції повинна бути обмежена і не виходити за межі встановлення фактів щодо конкретної особи, які мають значення при винесенні вироку і жодним чином не впливати на вирішення питання про винуватість особи. Адже ніхто не може бути визнаний винуватим, окрім як за вироком суду (ст. 62 Конституції України). Визначене нами положення впливає з того, що встановлення фактичних обставин справи складає єдине завдання як для суду, що розглядає кримінальну справу, так і для суду, що розглядає цивільну справу та господарського чи адміністративного суду. Останні наділені усіма засобами для достовірного встановлення юридично значимих фактів. Тому, якщо рішенням суду, постановленим у цивільній справі, підтверджується наявність певного юридичного факту, дії чи події, їх існування повинно братися до уваги судом, який розглядає кримінальну справу, без доказування. Це жодним чином не обмежить суддю в прийнятті рішення за власним переконанням, а лише виключить непотрібне дублювання у доказуванні, повторному з'ясуванні фактів, достовірність яких підтверджена при розгляді цивільної, адміністративної чи господарської справи.

Лише за такої взаємодії можливо розглядати преюдиціальність як властивість, притаманну судовому рішення у широкому розумінні, незалежно від виду судочинства, в якій знаходить свій прояв обов'язковість судових рішень.

Врахування преюдиціальних обставин має важливе практичне значення, оскільки нерідко сторони в межах спору, що виникає з інших правовідносин, намагаються завуальовано спростувати у новій справі раніше встановлені судом факти з метою наступного пред'явлення

в суді вищої інстанції нового судового рішення з іншими висновками про факти, що мали значення у першій справі.

Властивість преюдиціальності ґрунтується на тому, що процесуальні правила доказування, визначені законом, є єдиними, а тому не має жодних підстав вважати, що висновки іншого суду стосовно фактів, які були уже предметом судового розгляду, мають більшу перевагу, є більш правильними. Якщо рішення суду є законним і обґрунтованим, якщо воно не скасоване судами апеляційної чи касаційної інстанції, то "чому, власне кажучи, більш пізні рішення, яке суперечить першому, має більше даних для визнання його істинним", як зазначає В.І. Каменська [5, 128].

Обов'язковість у преюдиціях полягає в тому, що преюдиціальні обставини є для суду обов'язковими, кладуться в основу рішення без доказування.

У зв'язку з тим, що така точка зору поділяється не всіма, науковцями піднімається проблема співвідношення преюдиціальності судового рішення, яке набрало законної сили та принципу оцінки доказів за внутрішнім переконанням суддів. Як зазначає Ю.М. Грошевой, "правила преюдиції вносять упорядкованість в судові пізнання і завжди повинні співвідноситися з вимогами, які витікають з оцінки доказів та прийняття рішення за переконанням судді" [6, 12].

На думку Г. Резніка, суд за наявності сумнівів у достовірності преюдиціальних фактів має право знову їх дослідити, і якщо ці факти, за переконанням суду, встановлені неправильно, то він повинен призупинити провадження по справі і внести подання про скасування раніше винесеного вироку в порядку нагляду або в зв'язку з нововиявленими обставинами [7, 11]. Така позиція була піддана критиці зі сторони П.Я. Трубнікова, який слушно зауважив, що висновки суду, які містяться у вироку, не можуть бути проігноровані будь-ким, тим паче судом. Закон надає їм силу уже безспірно встановлених обста-

вин і суд зобов'язаний вирішити справу з урахуванням вказаних преюдиціальних фактів [8, 46].

І.Л. Петрухін запропонував, щоб у подібній ситуації суд виносив вирок за своїм переконанням, але цей вирок, оскільки ним відхилена преюдиція, не вступає в законну силу до того часу, поки вищестоящий суд не перевірить обидва вирок (або вирок та рішення з цивільної справи) і не вирішить, який із них правосудний [9, 360]. Це положення отримало підтримку у працях Ю.М. Грошевого [10] та було розвинене О.І. Бережним, який відзначив, що перевірка вироку, що набрав законної сили, можлива в порядку касаційного провадження у випадках передбачених ч. 2 ст. 383 КПК України та в порядку виключного провадження. Перевірка ж вироку, що не набрав законної сили, можлива в порядку апеляційного провадження, а тому, на його думку, існує необхідність розширити повноваження апеляційної інстанції щодо перевірки подібних вироків [11, 10].

Але ми з таким баченням погодитися не можемо, оскільки, це, перш за все, суперечить чинному законодавству і ставить у залежність вступ судового рішення в законну силу від перевірки вищестоящими судами рішення, яке має преюдиціальне значення стосовно постановленого і перегляд якого не ініціювався суб'єктами оскарження.

У цьому контексті Є.А. Матвієнко зазначає, що наявність преюдиціального взаємозв'язку судових рішень не передба-

чає нав'язування суду певних висновків, які не відповідають його переконанням. У кожній кримінальній справі суд має право і зобов'язаний дослідити всі обставини, оцінити їх. Так, якщо з кримінальної справи про навмисне вбивство були виділені матеріали стосовно одного із співучасників, то при новому розгляді справи суд ретельно з'ясує, чи винуватий підсудний у скоєнні злочину, яка ступінь його вини та відповідальності. При цьому суд може визнати недоказаною участь підсудного у скоєнні злочину, виправдати його. Але суд не має права прийняти рішення про відсутність події чи складу злочину або засудити за співучасть у необережному вбивстві, тоді як співучасники підсудного були визнані винними в навмисному вбивстві. Це призвело б до того, що з приводу одних і тих же фактів було б винесено два вирок, які суперечать один одному, що є недопустимим. Не брати до уваги цей вирок, розглядати його як формальний документ, який не має обов'язкової сили, - значить підривати ті основи, на яких ґрунтується наше правосуддя [12, 40].

Саме позиція Є.А. Матвієнко вбачається нам найбільш послідовною і правильною. Суд не може просто відкидати преюдиціальнозначиме судове рішення, не брати його до уваги. В протилежному випадку це буде безпосереднім порушенням обов'язковості судових рішень як конституційної засади судочинства України.

Список літератури:

1. Справа № 246/03 // Архів Шевченківського районного суду м. Києва.
2. *Графский М.* Хозяйственный суд может оценить всё! // Юридическая практика. — 2005. — № 26.
3. *Викут М.А., Зайцев И.М.* Гражданский процесс России: Учебник. — М.: Юристъ, 1999. — 384 с.
4. *Алискеров М.* Преюдиция в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. — 2005. — № 1–2. — С. 55–57.
5. *Каминская В.И.* Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе / Отв. ред. Н. Н. Полянский; Академия наук СССР. Институт права. — М.— Л.: Изд-во АН СССР, 1948. — 132 с.

6. *Грошевой Ю.М.* Правові властивості вироку — акту правосуддя: Навч. посібник. — Х.: УкрЮА, 1994. — 48 с.
7. *Резник Г.* Внутреннее судебное убеждение и преюдиция // Советская юстиция. — 1971. — № 7. — С. 10–12.
8. *Трубников П.Я.* Обязательность судебного решения в законодательстве и судебной практике // Советское государство и право. — 1974. — № 2. — С. 38–46.
9. Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин. — М.: Юрид. лит., 1973. — 736 с.
10. *Грошевой Ю.М.* Проблемы формирования судебного убеждения в уголовном судопроизводстве. — Х.: Вища школа. Узд-во при Харьк. Ун-те, 1975. — 144 с.; *Грошевой Ю.М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. — Х.: Вища школа. Узд-во при Харьк. Ун-те, 1979. — 144 с.; *Грошевой Ю.М.* Правові властивості вироку — акту правосуддя: Навч. посібник. — Х.: УкрЮА, 1994. — 48 с.
11. *Бережний О.І.* Преюдиціальність судових рішень у кримінальних справах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2003. — 20 с.
12. *Матвиенко Е.А., Бибило В.Н.* Уголовное судопроизводство по исполнению приговора. — Минск: Узд-во БГУ им. В.И. Ленина, 1982. — 206 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена некоторым вопросам проявления такого свойства судебного решения, как обязательность. В публикации рассматриваются аспекты обязательности судебных решений для судов. Автор делает вывод о том, что обязательность судебных решений для судов выражается в свойстве преюдициальности. В связи с этим отдельное внимание уделяется пониманию преюдиций в процессуальном праве, их взаимосвязи, а также их соотношению с принципом оценки доказательств по внутреннему усмотрению судей.

SUMMARY

The article deals with to certain aspects of display of such a quality of the court decision as the obligation. The aspects of the obligation of court decisions for courts are considered in this work. The author comes to the conclusion that the obligation of court decisions for courts is expressed through the quality of collateral estoppel. Regarding this, the particular attention is paid to the interpretation of the collateral estoppels in the procedural law, their interdependence as much as to their correlation with the principle of evidence estimation at the inner discretion of judges.

*Рекомендовано кафедрой
цивільного, господарського
права та процесу*

Отримано 24.11.05



Л.А. Музыка,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Територіальні громади як суб'єкти цивільного права і суб'єкти цивільних правовідносин

Ключові слова: суб'єкт цивільного права, суб'єкт цивільних правовідносин, територіальна громада.

Територіальним громадам сіл, селищ, міст, районів у містах належить право комунальної власності. Органи місцевого самоврядування від імені та в інтересах територіальних громад відповідно до закону здійснюють правомочності щодо володіння, користування та розпорядження об'єктами права комунальної власності. Водночас постає запитання: хто конкретно може бути членом відповідної територіальної громади?

Дослідженням окресленої проблеми присвячені праці вітчизняних і зарубіжних вчених, зокрема В.І. Борисової, О.В. Батанова, О.В. Дзери, І.М. Кучеренко, О.О. Первомайського, Р.Й. Халфіної.

Метою даного дослідження є з'ясування сутності правового статусу територіальних громад як суб'єктів цивільного права і суб'єктів цивільних правовідносин.

Варто зазначити, що, на відміну від ч. 1 ст. 140 Конституції України, ст. 3 Європейської хартії місцевого самоврядування основним елементом місцевого самоврядування визнає органи, а не територіальні громади [1]. І це цілком закономірно, адже багатолітня історія самоврядування доводить, що державні

та місцеві справи на місцях спроможні здійснювати відповідні органи, які, на відміну від громади, працюють постійно, кваліфіковано та повинні нести відповідальність за свою діяльність, що не властиво територіальній громаді.

Принагідно проаналізуємо поняття територіальної громади, яке пропонується у п. 1 ст. 1 Закону “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. [2]. Під територіальною громадою розуміють жителів, об'єднаних постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр. Виходячи з положень Закону, залишається невизначеним строк “проживання” на території самостійної адміністративно-територіальної одиниці, що надав би право особі визнаватися такою, яка постійно проживає на відповідній території*. Насправді ситуація є такою, що особи, які постійно проживають на певній території, не завжди визнаються членами територіальної громади. Не зрозуміло також, що містить у собі поняття “жителі”? Закономірною буде відповідь: всі жителі зазначених

* На нашу думку, критерієм постійного проживання може бути, наприклад, той, який використовується в податковому законодавстві України. За Законом України від 22 травня 2003 р. “Про податок з доходів фізичних осіб” постійне проживання в Україні має бути не меншим 183 днів у календарному році.

територій, а, відповідно, і малолітні та неповнолітні діти, особи, визнані судом недієздатними, тощо. Звідси випливає, що і в здійсненні таких прав територіальної громади, як місцеві референдуми, місцеві ініціативи тощо будуть брати участь і малолітні, і неповнолітні діти, і особи, визнані судом недієздатними, що суперечить здоровому глузду та законодавству про вибори. Так само гострою залишається і проблема із обсягом прав і обов'язків таких членів територіальних громад, як іноземні громадяни та особи без громадянства.

Однією із форм участі членів територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах у вирішенні окремих питань місцевого значення є створення органів самоорганізації населення. Такими органами відповідно до ст. 14 Закону “Про місцеве самоврядування в Україні” та норм Закону від 11 липня 2001 р. “Про органи самоорганізації населення” [3] є будинкові, вуличні, квартальні комітети, комітети мікрорайонів, комітети районів у містах, сільські, селищні комітети. Відповідно до ст. 6 Закону “Про органи самоорганізації населення” обирати та бути обраними до органів самоорганізації можуть жителі, які на законних підставах проживають на відповідній території. Забороняється будь-яке обмеження права цих жителів на участь у відповідному органі самоорганізації населення залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, мовних або інших ознак. Закон оперує поняттям “жителі”, і хоча у значеній статті не згадується про належність жителів до громадянства України, однак і перелік обмежувальних ознак не є вичерпним. Це, в свою чергу, дає нам право стверджувати, що наведені права поширюються і на не громадян України — іноземців (громадян іноземних держав та осіб без громадянства). Підтвердженням можливості участі іноземців у таких

об'єднаннях є ст. 16 Закону від 4 лютого 1994 р. “Про правовий статус іноземців” [4], де, зокрема, йдеться про те, що іноземці, які постійно проживають в Україні, мають право вступати на загальних з громадянами України підставах до легалізованих об'єднань громадян, якщо інше не передбачено законами України і якщо це передбачено статутами цих об'єднань. Доречно зазначити, що органи самоорганізації населення входять до системи органів місцевого самоврядування України (ст. 5 Закону “Про місцеве самоврядування в Україні”). Тому можна зробити висновок, що іноземці можуть брати участь у місцевому самоврядуванні, а отже, і бути членами територіальних громад як первинних суб'єктів місцевого самоврядування.

Громадяни України здійснюють своє право на місцеве самоврядування як безпосередньо, так і через представницькі органи. При цьому, відповідно до ст. 23 Закону “Про правовий статус іноземців”, іноземці не можуть обирати і бути обраними до органів державної влади та самоврядування, а також брати участь у референдумах. Тобто іноземці можуть здійснювати свої права на місцеве самоврядування лише безпосередньо, що у зв'язку із попередніми зауваженнями стосовно реальної діяльності територіальних громад є досить проблематичним. У розв'язанні цього питання корисним, на нашу думку, може бути зарубіжний досвід. Так, у Німеччині існує розподіл членів громади на “жителів” і “громадян” громади, тобто осіб, які проживають у громаді, та осіб, що мають виборче право. До першої групи належать, зокрема, іноземці, разом з тим, до неї можуть входити також особи, діяльність яких лише частково пов'язана з громадою [5].

Отже, де-факто іноземці та особи без громадянства можуть бути членами територіальної громади за умови постійного проживання на відповідній території, хоча де-юре це питання залишається

невирішеним*. Оскільки іноземці мають право лише на безпосереднє місцеве самоврядування, то органи місцевого самоврядування не можуть використовувати кошти місцевих бюджетів в їхніх інтересах, а тому вести мову про бюджети територіальних громад не можна визнати коректним.

Статтю 8 Закону “Про органи самоорганізації населення” визначається порядок ініціювання створення органу самоорганізації населення. А саме: “з ініціативою про створення органу самоорганізації населення до сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі їх створення) ради можуть звернутися збори (конференція) жителів за місцем проживання за умови, якщо в них брало участь (було представлено) не менше половини жителів відповідної території, які мають право голосу”. Наведена норма, на жаль, не дає відповіді на запитання про долю тих мешканців відповідної території, які не висловили згоди чи бажання на створення відповідного органу самоорганізації населення. Адже об’єднуватися чи ні — їхнє право, а не обов’язок. Тоді у разі створення, наприклад, будинкового комітету буде існувати цей комітет і його “опозиція”? Не зрозуміло також, яким буде розподіл повноважень між членами та не членами комітету в наведеному нами випадку.

Свого часу відомим одеським юристом О.Г. Мучніком був підготовлений проект статуту територіальної громади м. Одеси, який отримав назву “Хартія міста Одеси” [6]. Торкаючись питання створення органів самоорганізації населення, він запропонував побудувати їх структуру за принципом “матрьошки”: одесити, які мешкають в одному будинку,

мають право створити орган самоорганізації населення мешканців цього будинку. Більшість органів самоорганізації населення мешканців будинків, розташованих на одній вулиці (кварталі), мають право створити орган самоорганізації населення мешканців вулиці (кварталу) Одеси, а потім — об’єднатися у межах району. Не виключається можливість створення й інших подібних органів. Однак запропоновані положення суперечать нормам Конституції та Закону “Про місцеве самоврядування в Україні”, де не передбачено, що створення органу самоорганізації населення більш високого рівня залежить від створення відповідних органів на базовому рівні (будинків, вулиць, кварталів).

Ми підтримуємо точку зору тих науковців, які наголошують на необхідності прийняття Закону “Про статус територіальної громади”, в якому чітко і повно мають бути визначені правовий статус територіальної громади, її види, ознаки, роль та значення в життєдіяльності муніципального організму, в тому числі й щодо повноважень власника комунального майна [7].

Відповідно до чинного законодавства територіальні громади та органи місцевого самоврядування мають подвійний статус: з одного боку, вони є носіями владних повноважень та учасниками публічно-правових відносин, з іншого — рівними учасниками цивільно-правових відносин. В юридичній літературі немає єдиної точки зору щодо питання, чи є територіальна громада юридичною особою. Закон “Про місцеве самоврядування в Україні” відповіді на зазначене питання не містить, новий Цивільний кодекс України (далі — ЦК України) також не розв’язав цю дилему. Деякі автори вважають, що громада є юридичною особою [8], інші доводять, що подібні територіальні утворення не можуть мати статусу юридичної особи [9]. Існує також точка зору, що територіальні громади повинні визначатися юридичними осо-

* Ст. 3 Закону “Про місцеве самоврядування в Україні” має назву “Право громадян на участь у місцевому самоврядуванні” (у даному випадку під громадянином можна розуміти особу, яка у встановленому порядку набула громадянства будь-якої держави), зі змісту статті випливає, що цим правом наділені лише громадяни України. Проте аналіз інших законів доводить протилежне).

бами, але із деякою специфікою [10]. Такий підхід щодо статусу територіальної громади передбачає і проект Закону “Про територіальну громаду” [11]. У статті 3 цього проекту зазначається, що територіальна громада набуває статусу юридичної особи після її реєстрації.

Дійсно, економіку XXI століття прийнято називати економікою юридичних осіб [12]. Інститут юридичної особи є традиційним інститутом цивільного права. Проте ми поділяємо точку зору тих вчених, які вважають недоцільним наділяти територіальні громади статусом юридичної особи [13]. Цілком достатнім, на нашу думку, було б законодавчо закріпити за територіальною громадою статус суб’єкта цивільного права, а не суб’єкта цивільних правовідносин, як це передбачено ст. 169 ЦК України. Для залучення таких публічно-правових утворень, якими є територіальні громади, до участі у цивільному обороті можуть бути застосовані й інші моделі (форми), ніж створення юридичної особи, наприклад представництво [14].

Принагідно відмітимо деякі недоліки окремих статей нового ЦК України, що визначають правосуб’єктність територіальних громад. Так, наведена вище ст. 169 ЦК України наділяє територіальні громади рівними правами щодо всіх учасників цивільних відносин. Проте ст. 172 передбачено, що цивільні права і обов’язки територіальні громади набувають та здійснюють не безпосередньо, а лише (виділено нами — Л.М.) через органи місцевого самоврядування. Яким же чином територіальній громаді здійснювати права учасника цивільних відносин, цим Кодексом не передбачено. Водночас цікавим є рішення у Кодексі питання

відповідальності за зобов’язаннями територіальних громад: вони відповідають за своїми зобов’язаннями своїм майном, крім майна, на яке відповідно до закону не може бути звернене стягнення (ст. 175).

Цікаво, що законодавство РФ визначає муніципальні утворення “особливими суб’єктами права”. Такі суб’єкти беруть участь у цивільних правовідносинах нарівні із громадянами та юридичними особами за правилами, що встановлені для юридичних осіб [15].

У правовій літературі проблема щодо того, хто є суб’єктом правовідносин, вирішується неоднозначно. Більшість вчених притримується тієї точки зору, що суб’єкт є поняттям, яким мають визначатися реальні учасники конкретних правовідносин. Таким чином, розрізняються поняття “суб’єкт права” і “суб’єкт правовідносин”. Особи, які наділені правосуб’єктністю, тобто мають потенційну можливість бути учасниками конкретних правовідносин, визначаються як суб’єкти права.

Отже, територіальні громади є суб’єктами публічного права, що не позбавляє їх можливості бути суб’єктами цивільного (приватного) права. Натомість безпосередня участь територіальних громад видається неможливою і недоцільною. Тому пропонується внести певні корективи до чинного законодавства (Конституції України, ЦК України, інших нормативно-правових актів) і передбачити, що територіальні громади є суб’єктами цивільного права, а у конкретних цивільних правовідносинах їх представляють відповідні органи місцевого самоврядування чи інші уповноважені органи.

Список літератури:

1. Европейська хартія місцевого самоуправління // *Сидорчук В.К.* Організація місцевого самоуправління. — Мн.: Амалфея, 2002. — С. 257–265.
2. Закон України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 р. // ВВР. — 1997. — № 24. — Ст. 170.

3. Закон України “Про органи самоорганізації населення” від 11 липня 2001 р. // ВВР. — 2001. — № 48. — Ст. 254.
4. Закон України “Про правовий статус іноземців” від 4 лютого 1994 р. // ВВР. — 1994. — № 23. — Ст. 161.
5. *Жалинский А., Рёрихт А.* Введение в немецкое право. — М.: Спарк, 2001. — С. 203.
6. *Мучник О.Г.* Хартія міста Одеси. Проект. — Одеса, 1999. — 48 с.
7. *Прісикіна О.В.* Правове регулювання безпосередньої демократії в місцевому самоврядуванні України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого. — Х., 2003. — 20 с.
8. *Первомайський О.О.* Окремі питання участі територіальної громади у цивільних правовідносинах // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. — 2002. — № 2. — С. 69–71.
9. *Берг О.Б.* Участие органов местного самоуправления и органов государственной власти в гражданско-правовых и процессуальных отношениях // Местное право. — 2001. — № 6. — С. 11.
10. *Батанов О.В.* Територіальна громада — основа місцевого самоврядування в Україні: Монографія. — К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. — С. 69; *Пастернак Е.К.* До питання правосуб’єктності територіальної громади // Право України. — 2003. — № 3. — С. 89.
11. Проект Закону України “Про територіальну громаду” від 11 квітня 2001 р. // Законодавча база “ЛІГА”. Законопроекти і коментарі. Файл: j721800A.LHT.
12. *Борисова В.* Про залежність юридичних осіб // Вісник Академії правових наук України. — 2000. — № 3 (22). — С. 102.
13. *Волков В., Москаленко О.* Територіальна громада та органи місцевого самоврядування як суб’єкти цивільно-правових відносин // Правничий часопис Донецького університету. — 2003. — №1 (9). — С. 11.
14. *Борисова В.І.* До проблеми сутності юридичної особи // Методологія приватного права: Зб. наук. пр. (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / Редкол.: О.Д. Крупчан (голова) та ін. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 224.
15. *Коршикова Е.В.* Формы использования муниципального имущества для осуществления предпринимательской деятельности: Дисс. ... канд. юрид. наук 12.00.03. — Волгоград: Самарский государственный университет, 2001. — С. 183.

РЕЗЮМЕ

Представленная статья содержит комплекс теоретических и практических вопросов, которые касаются правовой природы территориальной общины. Автор анализирует украинское и международное законодательство в данной сфере и предлагает внести определённые изменения в действующее гражданское законодательство Украины относительно регулирования права коммунальной (муниципальной) собственности.

SUMMARY

In this article, the author raises a number of theoretical and practical questions about the legal nature of community entity. The author analyses Ukrainian and international legislation in this field and proposes to amend the existing Ukrainian civil legislation concerning regulation in the field of communal (municipal) property.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

Отрmano 22.11.05



Ю.В. Черняк
(Академія адвокатури України)

Міжнародний цивільний процес: проблеми правового регулювання в Україні

Ключові слова: міжнародний цивільний процес, провадження за участю іноземних осіб, міжнародні договори, Закон України “Про міжнародне приватне право”.

В Україні джерелами правового регулювання міжнародних цивільних процесуальних відносин є ратифіковані нашою державою міжнародні договори та акти її внутрішнього законодавства. У роботах вітчизняних правознавців радянського періоду традиційно підкреслювалося, що більша частина норм інститутів міжнародного цивільного процесу міститься саме у внутрішньому законодавстві кожної держави. Сьогодні норми внутрішнього законодавства України продовжують відігравати важливу роль у регулюванні процесуальних відносин за участю іноземних осіб. Найчастіше ці норми застосовуються тоді, коли певне питання міжнародного цивільного процесу не врегульовано в міжнародних договорах за участю України — наприклад, коли іноземний елемент у певній цивільній справі походить з тієї держави, з якою Україна не уклала міжнародного договору.

До набрання чинності Законом України від 23 червня 2005 р. “Про міжнародне приватне право” [1] актуальним залишалося питання про місцезнаходження

систематизованих правил внутрішнього законодавства з питань міжнародного цивільного процесу.

У радянській та українській правовій літературі висловлювалися думки про доцільність прийняття окремого закону про міжнародне приватне право, який би містив також і норми про міжнародний цивільний процес. Але оскільки законотворчий процес розвивався в Україні таким чином, що після проголошення незалежності на вимогу часу постало питання про розробку нового Цивільного кодексу (тоді як проект закону про міжнародне приватне право так і не було розглянуто Верховною Радою України), то необхідно було узгодити кодифікацію цивільного законодавства та законодавства про міжнародне приватне право [2]. Робочу групу з розробки нового Цивільного кодексу України було утворено за розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24.03.92 р. Логічним завершенням проекту Цивільного кодексу України від 25 серпня 1996 р. стала Книга 8 “Міжнародне приватне право”, другий розділ якої закріплював правила міжнародного цивільного процесу. Однак остаточна редакція нового Цивільного кодексу України, прийнятого 16 січня 2003 р., не містила положень про міжнародне приватне право і, відповідно, про міжнародний цивільний процес. Таким чином, у внутрішньому законодавстві

України утворилася прогалина в регулюванні міжнародних приватних відносин, яку було усунуто лише після набрання чинності Законом України “Про міжнародне приватне право”.

На нашу думку, закріплення норм інститутів міжнародного цивільного процесу в окремому нормативному акті про міжнародне приватне права є оптимальним варіантом вирішення проблеми систематизації цих норм. Ця думка ґрунтується на наступних міркуваннях.

По-перше, прийняття окремих комплексних законів, які містять положення щодо регулювання всіх питань міжнародного приватного права, в тому числі, питань міжнародного цивільного процесу, є основною тенденцією сучасного розвитку законодавчого регулювання міжнародних приватних відносин у більшості держав світу, особливо тих, чії правові традиції справляли, а подекуди — й досі справляють, вплив на формування української правової системи [3].

По-друге, закріплення Законом України “Про міжнародне приватне право” єдиних правил міжнародного цивільного процесу, які поширюють свою дію на всю систему судів України — і судів загальної юрисдикції, і господарських судів, має усунути ті колізії, що досить часто виникали між нормами цивільного процесуального законодавства України та нормами господарського процесуального законодавства України. Наприклад, з огляду на розбіжності у правовому врегулюванні Цивільним процесуальним кодексом України 1963 р. і Господарським процесуальним кодексом України 1991 р. міжнародної підсудності гостро поставала проблема підвідомчості, розмежування компетенції з вирішення цивільних справ з іноземним елементом між судами загальної юрисдикції та господарськими судами. У судовій практиці є приклади, коли господарські суди відмовляли у порушенні провадження у справі за тієї підстави, що спір підлягає вирішенню в судах загальної юрисдикції, а останні, в

свою чергу, також відмовляли у розгляді цієї справи, посилаючись на її підвідомчість господарському суду. Необґрунтована відмова у порушенні провадження у справі та помилки позивача при визначенні підсудності призводили до небажаних наслідків. Так, позивач був вимушений або подавати позов повторно, проте вже у компетентний суд України, або оскаржувати незаконні рішення суду. Як наслідок, збільшувалася сума витрат, які мав сплатити позивач, збільшувалося навантаження на суди, знижувалися оперативність і ефективність судового захисту. Найбільшою мірою від цього потерпали через віддаленість свого місця проживання (місцезнаходження) та тривалого строку доставки судових документів іноземні особи, які звертались до українських судів за захистом своїх прав.

Однією з найважливіших ознак Закону України “Про міжнародне приватне право” є відмова від врегулювання питань міжнародного цивільного процесу шляхом застосування такого законодавчого прийому, як аналогія закону (як це було передбачено, зокрема, у ЦПК України 1963 р., ГПК України 1991 р. та частково збережено у ЦПК України 2004 р.) і закріплення у розділах 11-13 спеціальних правил щодо процесуальної правоздатності та дієздатності іноземних осіб в Україні, визначення компетенції судів та інших органів України щодо розгляду справ з іноземним елементом, судового імунітету деяких категорій іноземних осіб, звернення до іноземних судів з дорученнями про вручення документів та виконання окремих процесуальних дій і виконання доручень іноземних судів, визнання і примусового виконання іноземних судових рішень.

Законом України “Про міжнародне приватне право” передбачено багато нововведень щодо регулювання процесуальних відносин за участю іноземців та іноземних юридичних осіб і, оцінюючи його норми в цілому, варто відзначити

прогресивність та істотну відмінність цього правового акта від попередніх актів внутрішнього законодавства України.

Враховуючи специфіку відносин у сфері міжнародного цивільного процесу, особливе значення має міжнародно-правове регулювання, яке здійснюється за допомогою норм багатосторонніх міжнародних договорів, а також двосторонніх договорів про правову допомогу.

Основним видом міжнародних договорів, які регулюють в Україні питання міжнародного цивільного процесу, є двосторонні договори про правову допомогу і правові відносини з цивільних справ. Слід зазначити, що в державах Європи, на відміну від України, двосторонні договори посідають незначне місце в системі правових актів, за допомогою яких здійснюється врегулювання міжнародних цивільних процесуальних відносин, як правило, такі договори діють лише у відносинах з державами Східної Європи та державами — колишніми колоніями, — провідна роль в регулюванні процесуальних відносин за участю іноземних осіб належить все ж багатостороннім міжнародним договорам.

Що стосується України, то тут двосторонні договірні відносини в галузі міжнародної правової допомоги з кожним роком набувають все більшого поширення і у найближчому майбутньому саме двосторонні договори про правову допомогу і правові відносини у цивільних справах будуть продовжувати відігравати важливу роль в регулюванні багатьох питань міжнародного цивільного процесу.

Однак є декілька причин, з огляду на які саме ці договори не можуть бути пріоритетним джерелом міжнародного цивільного процесу. Перш за все, тому, що поширеною є ситуація, коли “іноземний елемент” у певній цивільній справі має походження з тієї країни, з якою Україна не уклала договір про правову допомогу. Наприклад, Україна не має

договорів про правову допомогу з Великобританією, Швейцарією, Японією, Ізраїлем, з багатьма державами Латинської Америки, хоча на практиці часто виникає необхідність взаємодії у цій сфері міжнародних відносин.

У зв'язку з цим, вбачається за необхідне приєднання України до багатосторонніх міжнародних конвенцій з питань цивільного процесу, а також активна участь України в роботі Гаазької конференції з міжнародного приватного права. Правовою основою участі нашої держави в роботі цієї міжнародної міжурядової організації є Закон України від 15 травня 2003 р., відповідно до якого Україна прийняла Статут Гаазької конференції з міжнародного приватного права [4]. Національним органом України, який забезпечує контакти з цією міжнародною організацією, є Міністерство юстиції України [5].

Гаазька конференція з міжнародного приватного права є однією з найстаріших міжнародних міжурядових організацій і її мета полягає у сприянні “поступовій уніфікації норм міжнародного приватного права”. Велика частка багатосторонніх конвенцій, які розробляються у рамках цієї конференції, — це договори, що стосуються сфери міжнародного цивільного процесу.

Приєднання України до низки Гаазьких конвенцій, наприклад до Конвенції про вручення за кордоном судових і несудових документів з цивільних і торговельних справ 1965 р., Конвенції про одержання за кордоном доказів у цивільних і торговельних справах 1970 р., Конвенції про міжнародний доступ до правосуддя 1980 р., істотно покращило б правове положення за кордоном українських громадян, оскільки, порівняно з Гаазькою Конвенцією з питань цивільного процесу 1954 р. (Україна як правонаступник СРСР є учасником цього міжнародно-правового документа), в них передбачено більше пільг для громадян договірних сторін. Полегшення доступу

громадян України та українських юридичних осіб до судів держав-учасниць конвенцій має сприяти успішному ве-

денню ними судових справ щодо захисту своїх прав за кордоном і одержанню звітти відповідних грошових сум.

Список літератури:

1. Закон України від 23 червня 2005 р. “Про міжнародне приватне право” // УК № 163 від 31.08.2005 р.
2. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 292.
3. Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації. — К.: Україна, 2000 р. — С. 346; Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми / За ред. проф. Довгерта А.С. — К.: Український центр правничих студій. — 2001. — С. 60.
4. Закон України від 15 травня 2003 р. “Про прийняття Статуту Гаазької конференції з міжнародного приватного права” // УК № 110 від 18.06.2003 р.
5. Указ Президента України від 16.07 2004 р. “Про Національний орган України для сприяння контактам з Постійним бюро Гаазької конференції з міжнародного приватного права” // УК № 141 від 29.07.2004 р.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена анализу современного положения в сфере правового регулирования в Украине международных гражданских процессуальных отношений. Аргументируется необходимость усовершенствования правового регулирования этих отношений на уровне внутреннего законодательства и международных договоров.

SUMMARY

The article presents the analysis of modern situation in Ukraine with legal regulation of international civil procedural relationships. Legal measures to the improvement of regulation of this relationships on the level of internal legislation and international agreements are proposed.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 08.11.05



*І.В. Булгакова,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)*

Статут автомобільного транспорту УРСР: проблеми застосування

Ключові слова: *статут автомобільного транспорту, перевезення, організація перевезень, договір перевезення.*

Автомобільний транспорт є одним із важливих у галузі народного господарства. Практично не існує жодного підприємства, установи, організації або громадянина, які не користувалися б послугами автомобільного транспорту. Велика його роль і в задоволенні культурних та матеріальних потреб населення України.

Автомобільний транспорт можна визначити як наймобільніший вид транспорту. За його допомогою здійснюється повсякденний транспортний зв'язок між підприємствами, установами, організаціями. Саме тому наявність відповідного законодавства, яке регулює питання організації і діяльності цього виду транспорту та враховує сучасні умови господарювання, є важливим елементом належного функціонування автомобільного транспорту.

На жаль, на сьогодні питанням організації та діяльності автомобільного транспорту не приділяється належної уваги як з боку законодавця, так і з боку вчених-юристів. Саме тому залишаються невирішеними важливі питання в цій галузі, зокрема ті, що стосуються застосу-

вання в Україні Статуту автомобільного транспорту УРСР.

Статут автомобільного транспорту УРСР був затверджений постановою Ради Міністрів Української РСР 27 червня 1969 року № 401 (далі — Статут автомобільного транспорту) [11] і діє на сьогодні зі змінами від 2 липня 1981 року на підставі постанови Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року “Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР” [7].

Законом України “Про автомобільний транспорт” від 5 квітня 2001 року [4] в п. 3 Прикінцевих положень визначається, що до приведення законодавства у відповідність із Законом України “Про автомобільний транспорт” закони та інші нормативно-правові акти застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону.

Таким чином, Статут автомобільного транспорту діє тільки тому, що він не суперечить Закону України “Про автомобільний транспорт”. Але при цьому деякі його норми входять у протидію із нормами інших нормативно-правових актів.

Так, більшість статей глави 64 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року (далі — ЦК України) [3], які регулюють відносини, пов'язані із перевезенням, зокрема ст. 908-912, 918-926

містять відсилочні норми до відповідних транспортних статутів і кодексів. Подібна ситуація прослідковується і в главі 32 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 року (далі — ГК України) [2], присвяченій правовому регулюванню перевезення вантажів, статті 306-307, 309, 312-315 якого також мають посилання на відповідні транспортні статuti та транспортні кодекси.

Отже, приймаючи Цивільний та Господарський кодекси України, законодавець керувався тим, що транспортні статuti і кодекси, в тому числі Статут автомобільного транспорту, будуть приведені у відповідність з діючим законодавством України.

Статут автомобільного транспорту, що розглядається, був прийнятий у період дії Цивільного кодексу Української РСР 1964 року, ст. 1 якого закріплювала соціалістичну систему господарства в якості основи майнових відносин і передбачала виконання державних планів економічного і соціального розвитку як основні напрямки господарської діяльності. Стаття 359 цього Кодексу встановлювала, що договір перевезення вантажів укладається на підставі плану перевезень, обов'язкового для обох сторін.

Статут автомобільного транспорту визначає виконання планів перевезень, які затверджуються відповідними органами виконавчої влади, як основну мету діяльності автотранспортних підприємств. Крім того, в ст. 2 Статуту закріплено, що даним актом регламентується порядок складання і виконання плану автомобільних перевезень. Тобто, можна говорити про те, що зміст всього Статуту автомобільного транспорту ґрунтується на вказаних постулатах.

Таким чином, Статут автомобільного транспорту повною мірою відповідав вимогам законодавства, яке діяло на момент його прийняття, і реаліям того періоду часу, в першу чергу, — принципам діяльності в умовах планового господарства, коли саме зобов'язання

щодо подачі транспортних засобів і пред'явлення вантажів до перевезення виникало безпосередньо на підставі державного планування перевезень.

Виконання плану перевезень розглядалося і на сьогодні розглядається Статутом автомобільного транспорту в якості обов'язку вантажовідправника та перевізника перед державою.

Подібна схема, безумовно, жодним чином не відображає сучасну систему господарювання.

На сьогодні ст. 42 Конституції України [1] закріплюється принцип свободи підприємницької діяльності, підтримка конкуренції в якості економічних засад конституційного ладу. Підтримка добросовісної конкуренції гарантується також нормами Закону України “Про захист економічної конкуренції” від 11 січня 2001 року [5]. Даним законом забороняється органам влади, органам місцевого самоврядування, органам адміністративно-господарського управління та контролю приймати будь-які акти (рішення, накази, розпорядження, постанови тощо), давати письмові чи усні вказівки, укладати угоди або здійснювати будь-які інші дії, які призвели або можуть призвести до недопущення, усунення чи спотворення конкуренції.

В сучасний період відносини між вантажовідправником і перевізником будуються на підставі приватноправових відносин, в основі яких лежать найважливіші принципи сучасного цивільного законодавства: юридична рівність учасників цивільних правовідносин, що полягає в недопущенні наділення одного із учасників цивільних правовідносин владними повноваженнями; вільне волевиявлення, що складається з волі фізичних і юридичних осіб на здійснення правомірних юридичних дій, в тому числі на свободу договору (ст. 1 ЦК України).

Таким чином, будь-яке державне планування перевезень є недопустимим.

Відповідно до Указу Президента України від 27 серпня 2004 року “Про

Положення про Міністерство транспорту та зв'язку України” [8], Міністерство транспорту та зв'язку України визнано головним (провідним) органом у системі центральних органів виконавчої влади, основною функцією якого є забезпечення впровадження державної політики в галузі автомобільного, залізничного, морського і річкового транспорту. Проте, зазначеним Положенням до функцій цього органу не віднесено організацію і планування перевезень, в тому числі і автомобільним транспортом.

Таким чином, всі положення Статуту автомобільного транспорту, що стосуються державного планування організації перевезень вантажів, пасажирів, багажу тощо, суперечать діючому законодавству України, а саме — ст. 42 Конституції України, ст. 1 ЦК України та Закону України “Про захист економічної конкуренції”, і не можуть застосовуватися.

Слід зазначити, що Статут автомобільного транспорту закріплює відповідні повноваження в галузі регулювання питань автомобільного транспорту різних органів виконавчої влади: Ради Міністрів УРСР, Держплану УРСР, Міністерства автомобільного транспорту УРСР, Міністерства будівництва і експлуатації автомобільних шляхів УРСР тощо.

Однак, як відомо, з моменту прийняття Статуту автомобільного транспорту повністю змінилася система державного устрою і, відповідно, система органів виконавчої влади, яка на сьогодні визначається указами Президента України від 15 грудня 1999 року “Про систему центральних органів виконавчої влади” [9] та “Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади” [10].

Відповідно до цих указів центральним органом виконавчої влади, який проводить державну політику і здійснює управління в галузі транспортного комплексу України (крім повітряного транспорту), є Міністерство транспорту та

зв'язку України, яке, як вже зазначалося вище, діє на підставі Положення, затвердженого Указом Президента України від 27 серпня 2004 року [8].

Тобто, в чинній редакції Статут автомобільного транспорту абсолютно не відповідає вказаним нормативно-правовим актам і, відповідно, виконуватися не може.

Аналізуючи розділ 3 Статуту автомобільного транспорту щодо організації перевезення вантажів, можна зазначити наступне. Так, ст. 34 Статуту встановлює, що автотранспортні підприємства укладають з вантажовідправниками або вантажоодержувачами річні договори на перевезення вантажів автомобільним транспортом.

Згідно зі ст. 914 ЦК України договори щодо організації перевезення вантажів дійсно носять довгостроковий характер і укладаються за необхідності здійснення систематичних перевезень. Проте, обмеження терміну даного договору Статутом автомобільного транспорту вважається нераціональним з урахуванням діючого принципу свободи договірних відносин, виходячи з якого сторони повинні мати можливість укласти договори даного виду на будь-який термін.

Положення ст. 34 Статуту автомобільного транспорту про те, що перелік випадків, коли річні договори на перевезення вантажів автотранспортом укладаються автотранспортними підприємствами або організаціями з вантажоодержувачами, з постачальницько-збутовими або іншими організаціями, що не є вантажовідправниками або вантажоодержувачами, встановлюються Правилами, також суперечить ст. 1 та 627 ЦК України, а саме — принципу свободи договору в частині вибору контрагентів з договором.

Розділ 6 Статуту автомобільного транспорту “Тарифи і розрахунки за перевезення” повністю не підлягає застосуванню у зв'язку із визначенням у ньому функцій неіснуючих органів виконавчої влади Союзу РСР.

Розділ 7 Статуту автомобільного транспорту “Пряме змішане сполучення з участю інших видів транспорту” також побудований за принципами планової системи господарювання. Так, відповідно до ч. 2 ст. 913 ЦК України відносини організацій, підприємств транспорту, що здійснюють перевезення у прямому змішаному сполученні, визначаються за домовленістю між ними. Частиною 3 ст. 312 ГК України визначається, що відносини перевізників під час перевезення вантажів у прямому змішаному сполученні та умови роботи перевалочних пунктів регулюються вузловими угодами. Порядок укладання вузлових угод встановлюється транспортними кодексами та статутами. Проте Статут автомобільного транспорту не містить такого Порядку. Тобто, необхідно внести зміни до даного розділу, встановивши в ньому інший порядок організації перевезень, закріпивши, що він визначається укладеними відповідно до чинного законодавства України угодами між організаціями відповідних видів транспорту.

Правила перевезень вантажів у прямому змішаному сполученні повинні розроблятися і затверджуватися Міністерством транспорту та зв'язку України, що і закріплено в інших транспортних статутах і кодексах. Так, наприклад, наказом Міністерства транспорту України від 28 травня 2002 року затверджені “Правила перевезення вантажів у прямому змішаному залізнично-водному сполученні” [12].

Розглядаючи розділ 9 Статуту автомобільного транспорту, можна зауважити, що ст. 149 передбачає безспірне списання через кредитні установи штрафних санкцій за деякими зобов'язаннями, що впливають з транспортних відносин.

Проте відповідно до ст. 42 Конституції України [1] кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю; ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Крім того, ст. 1071 ЦК України наго-

лошується, що грошові кошти можуть бути списані з рахунка клієнта без його розпорядження на підставі рішення суду, а також у випадках, встановлених договором між банком і клієнтом.

Таким чином, безспірне стягнення штрафних санкцій без згоди особи, з рахунку якої списуються грошові кошти, є недопустимим, ст. 148 Статуту автомобільного транспорту суперечить ст. 42 Конституції України та ст. 1071 ЦК України і не підлягає застосуванню.

Стаття 159 Статуту автомобільного транспорту містить загальне правило, згідно з яким до пред'явлення вантажовідправником або вантажоодержувачем автотранспортному підприємству або організації позову, який випливає з цього Статуту, обов'язкове пред'явлення претензій до них. Проте дане положення Статуту не може застосовуватися з огляду на наступне. По-перше, відповідно до рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2002 року за справою № 1-2/2002 [13] обов'язкове досудове врегулювання спорів, яке виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду і здійснення за нею правосуддя, порушує право особи на судовий захист. У цьому ж рішенні зазначається, що право особи на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежене законом, іншими нормативно-правовими актами.

По-друге, Законом України від 23 червня 2005 року “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів” [6] були внесені зміни до Господарського процесуального кодексу України, Господарського та Цивільного кодексів України, Кодексу торговельного мореплавства України тощо, якими обов'язковий порядок досудового врегулювання спору було скасовано.

Статут автомобільного транспорту в ст. 162 встановлює заборону на пред'явлення вимог вантажовідправників (вантажоодержувачів) і автотранспортних підприємств та організацій на

суму менше 10 карбованців за кожним товарно-транспортним документом. Безумовно, дане положення суперечить нормам Цивільного кодексу України, в ст. 22 якого визначено, що особа, якій завдано збитків в результаті порушення її цивільного права, має право на їх відшкодування. Статтею 623 цього ж Кодексу передбачено, що боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторowi завдані цим збитки.

Таким чином, положення ст. 162 Статуту автомобільного транспорту щодо недопустимості пред'явлення вимог вантажовідправників (вантажоодержувачів) та автотранспортних підприємств і організацій на суму менше 10 карбованців вважаються незаконними.

Відповідно до ст. 163 Статуту автомобільного транспорту передача іншим організаціям або громадянам права на пред'явлення претензій та позовів не допускається, за винятком випадків передачі такого права вантажовідправником вантажоодержувачу або вантажоодержувачем вантажовідправнику, а також передачі права вантажовідправником або вантажоодержувачем вищестоящій організації або транспортно-експедиційній організації.

Дане положення суперечить главі 47 ЦК України і зокрема ст. 515, згідно з якою заміна кредитора не допускається в зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних з особою кредитора, зокрема у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю.

Статті 167 і 168 Статуту автомобільного транспорту передбачають строк позовної давності для звернення з позовом

до автотранспортного підприємства або організації, а також до вантажовідправників, вантажоодержувачів і пасажирів відповідно два місяці від дня одержання відповіді на претензію і 6 місяців. Проте, дане положення суперечить п. 6 ч. 2 ст. 258 ЦК України, згідно з яким строк позовної давності до вимог, які виникають у зв'язку з перевезенням вантажу, встановлюється в один рік.

Таким чином, строки позовної давності, передбачені ст. 167, 168 Статуту автомобільного транспорту, не можуть застосовуватися як такі, що суперечать діючому законодавству України.

Отже, Статут автомобільного транспорту УРСР загалом не відповідає чинному законодавству України та сучасним вимогам і реаліям економічного розвитку країни. Крім того, в частині, що не суперечить чинному законодавству України, Статут автомобільного транспорту УРСР є важкодоступним для правозастосування.

Слід зауважити, що за останні роки в Україні прийнято ряд законодавчих актів, що регулюють діяльність автомобільного транспорту, серед яких — Закон України “Про автомобільний транспорт”, Правила перевезення вантажів автомобільним транспортом тощо. Проте залишається незрозумілим, чому законодавець і досі не звернув увагу на такий важливий нормативно-правовий акт у галузі автомобільного транспорту, як Статут автомобільного транспорту. Враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок про необхідність нагального прийняття Статуту автомобільного транспорту України.

Список література:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // ВВР України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Голос України. — 2003. — 14 березня.

3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // *Голос України*. — 2003. — 12–13 березня.
4. Закон України “Про автомобільний транспорт” від 5 квітня 2001 року // *Офіційний вісник України*. — 2001. — № 17. — Ст. 719.
5. Закон України “Про захист економічної конкуренції” від 11 січня 2001 року // *ВВР України*. — 2001. — № 12. — Ст. 64
6. Закон України від 23 червня 2005 року “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо досудового врегулювання спорів” // *ВВР України*. — 2005. — № 33. — Ст. 427.
7. Постанова Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року “Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР” // *ВВР України*. — 1991. — № 46. — Ст. 621.
8. Указ Президента України від 27 серпня 2004 року “Про Положення про Міністерство транспорту та зв’язку України” // *Офіційний вісник України*. — 2004. — № 35. — Ст. 2333.
9. Указ Президента України від 15 грудня 1999 року “Про систему центральних органів виконавчої влади” // *Офіційний вісник України*. — 1999. — № 5. — Ст. 2435.
10. Указ Президента України від 15 грудня 1999 року “Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади” // *Офіційний вісник України*. — 1999. — № 5. — Ст. 2435.
11. Постанова Ради Міністрів УРСР від 27 червня 1969 року “Про Статут автомобільного транспорту УРСР” // *ЗП УРСР*. — 1969. — № 7. — Ст. 89.
12. Наказ Міністерства транспорту України від 28 травня 2002 року “Про затвердження Правил перевезення вантажів у прямому змішаному залізнично-водному сполученні” // *Офіційний вісник України*. — 2002. — № 28. — Ст. 1344.
13. Рішення Конституційного Суду України “У справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю “Торговий Дім “Кампус Коттон клуб” щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів)” від 9 липня 2002 року № 15-рп/2002 // *Офіційний вісник України*. — 2002. — № 28. — Ст. 1333

РЕЗЮМЕ

В статье освещаются основные проблемы применения в Украине Устава автомобильного транспорта УССР. Автор, на основе анализа положений Устава автомобильного транспорта УССР приходит к выводу, что в целом он не подлежит применению, поскольку вступает в противоречие с действующим законодательством Украины. В статье приводятся указанные противоречия и предлагаются способы их устранения.

SUMMARY

The article deals with the basic problems of application of the Motor Transport Charter of the Ukrainian Soviet Socialist Republic in contemporary Ukraine. Basing on the analysis of the provisions of the Motor Transport Charter of the Ukrainian Soviet Socialist Republic, the author comes to the conclusion that in the whole it is impossible to imply as it contravenes with the current Ukrainian legislation. The examples of the contradictions pointed out are given, and the author proposes ways to remove them.

*Рекомендовано до друку
кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 20.11.05



О.Ю. Кашинцева,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)

Проблеми правового регулювання пренатальних генетичних обстежень в Україні

Ключова термінологія: *пренатальний генетичний скрінінг, пренатальна генетична діагностика, генетична консультація, генетичні дані людини.*

Національні інтереси України в цілому і вступ України до Європейського Союзу, зокрема, вимагають приведення у відповідність з міжнародними принципами та стандартами національного законодавства у сфері біотехнологій. Проте серед таких прав *tabula rasa* українського законодавства — це проблеми захисту прав людини щодо отримання, використання і зберігання її генетичних даних.

У другій половині ХХ століття відбулася концептуальна революція у розумінні профілактики захворювань, остання стала розглядатися з позиції біохімії та можливостей генної інженерії.

1 вересня 1992 року Світовою медичною асоціацією було проголошено Декларацію про проект “Геном людини”. Цей проект було розроблено з метою організації проведення пренатальної діагностики генетичних захворювань в якомога більшій кількості країн.

Проте існує чимало важливих етичних проблем щодо можливостей отримання генетичної інформації людини, і пов’язані вони не з технологією отримання таких даних, а, в першу чергу,

— з використанням такої інформації. І тут очевидним є конфлікт між захистом приватної сфери життя людини, недоторканності її біологічної цілісності та інтересами суспільства і науки.

Аргументи опонентів будь-якої генетичної діагностики починаються від радикально клірекальних — щодо перебирання сучасної медицини на себе «ролі Бога», втручання в закони природи — і закінчуються застереженнями правозахисників, що, керуючись основними постулатами еugenіки про те, що гени мають вирішальне значення для формування людини як біологічного індивіда і як особистості, легко можна дійти до антигуманних програм «покращення раси», що розшифрування генома може призвести до стигматизації і соціальної дискримінації “населення групи ризику” і перетворити її у “дефективне населення” [4, 5].

Проте намагання зупинити розвиток науки шляхом морального засудження чи заборони на законодавчому рівні нагадує часи середньовіччя. Суспільству треба навчитися жити з новими знаннями і можливостями, які відкриває гена інженерія, закладаючи правові підвалини унеможливлення будь-якої дискримінації особистості на підставі генетичних даних.

Такі основні принципи закладені у Міжнародній декларації про генетичні

дані людини, прийнятій на 32-й сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО в Парижі 17 жовтня 2003 року. В основу цього документа було покладено, зокрема, такі міжнародні акти: Загальну декларацію прав людини 1948 року, Міжнародну конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 року, Конвенцію ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок 1979 року, Конвенцію ООН про права дитини 1989 року, Загальну декларацію про геном людини та права людини 1997 року, Загальну декларацію ЮНЕСКО про культурне різноманіття 2001 року та ін. [1]. Україні як члену ООН, а також як країні, яка прагне найближчим часом увійти до Європейського Союзу, не можна залишатись осторонь. Керуючись основними принципами міжнародної доктрини захисту біологічної недоторканності і цілісності людини, національне законодавство повинно бути приведено у відповідність. Проблеми пренатальних генетичних обстежень — це лише одна із прогалин, яка потребує правового регулювання на рівні національного законодавства, зокрема Закону “Про пренатальний генетичний скрінінг, пренатальну генетичну діагностику”.

Відповідно до ст. 5 Загальної Декларації про геном людини і права людини 1997 року [2] обстеження, лікування і діагностика, пов’язані з геномом людини, можуть здійснюватися лише після попереднього співвідношення потенційної небезпеки і переваг для здоров’я та 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 та увібрати в себе основні принципи отримання, використання і зберігання генетичних даних людини, закладених в нормах міжнародного права.

Відповідно до норм міжнародного права пренатальний генетичний скрінінг — це тестування, які проводяться з метою виявлення на рівні популяції практично здорових осіб, тих, для кого існує певний ризик передачі генетичних спадкових захворювань своїм нащадкам. Пренатальний генетичний скрінінг передбачає тестування як жінок під час вагітності, так і жінок та чоловіків до запліднення. Пренатальна генетична діагностика — це заходи, що проводяться з метою з’ясування можливих спадкових захворювань ембріона.

Законодавчо повинно бути закріплено, що пренатальний генетичний скрінінг і пренатальні генетичні обстеження можуть проводитися лише за умови дотримання нижчевикладених принципів.

Пренатальний генетичний скрінінг чи пренатальна генетична діагностика можуть проводитися лише за умови, якщо надалі є можливість генетичних консультацій [3].

Тести пренатального генетичного скрінінгу і пренатальної генетичної діагностики, які проводяться для виявлення загрози здоров’ю ненародженої дитини, повинні бути націлені лише на виявлення особливо небезпечних для життя дитини захворювань. Морально-етичні проблеми загострюються за згоди батьків на проведення пренатальної генетичної діагностики, оскільки на цей момент дитина вже існує. Проте виявлення багатьох спадкових хвороб плоду можливе лише з 24 тижня вагітності.

Пренатальний генетичний скрінінг і пренатальна генетична діагностика повинні проводитися лише в медичних закладах, які мають ліцензію на проведення таких досліджень.

Генетичні консультації як до, так і після проведення пренатального генетичного скрінінгу чи пренатальної генетичної діагностики не можуть мати директивний характер, і за жодних умов консультант не повинен нав’язувати

особам, які беруть участь у таких обстеженнях, свою думку з приводу висновків таких обстежень. Ст. 5 Загальної Декларації про геном людини і права людини 1997 р. проголошує принцип вільного вибору особи: бути чи не бути поінформованим щодо результатів таких обстежень.

Пренатальний генетичний скрінінг може здійснюватися лише у разі вільного волевиявлення людини, а у разі проведення пренатальної діагностики вже існуючого плоду — необхідна згода обох батьків. У разі відсутності батька чи неможливості встановлення його особи необхідна лише згода матері майбутньої дитини.

У Рекомендаціях Комітету міністрів держав-членів Ради Європи щодо пренатального генетичного скрінінгу і пренатальної генетичної діагностики і пов'язаного із цим консультування* інформація, яка надається під час консультації до проведення пренатального генетичного скрінінгу і пренатального генетичного обстеження, повинна бути надана у такій формі, яка є прийнятною для кожної окремої особи, — з урахуванням її освітнього рівня, релігійних переконань, психічного та фізичного здоров'я. Інформація повинна бути достатньою для прийняття особою рішення щодо проходження таких обстежень чи відмови від них. Особа повинна бути поінформована про мету проведення таких обстежень, їх характер та можливу небезпеку для її психічної рівноваги в разі отримання результатів, що можуть викликати душевне хвилювання.

Список літератури:

1. Міжнародна декларація про генетичні дані людини // www.rada.gov.ua
2. Загальна Декларація про геном людини і права людини 1997 р. // www.un.org/english/document/convent/chronkom.htm

**Рекомендація Комітету міністрів держав-членів Ради Європи щодо пренатального генетичного скрінінгу і пренатальної генетичної діагностики і пов'язаного із цим консультування № R (90)13, прийнята Комітетом міністрів 21 червня 1990 року.*

За жодних обставин національне законодавство не може примушувати жінку проходити такі обстеження. Зокрема, право на медичне чи будь-яке інше страхування жінки (в тому числі і під час вагітності) не може залежати від проходження нею чи відмови в проходженні пренатального генетичного скрінінгу чи пренатальної генетичної діагностики.

У разі якщо існує підвищений ризик передачі важких генетичних захворювань, держава повинна забезпечувати таким особам доступ до всіх можливих медичних установ, що можуть надати належну медичну допомогу такій особі.

Всі генетичні дані, отримані в результаті проведення пренатального генетичного скрінінгу і пренатальної генетичної діагностики, висновки і зміст проведених консультацій не повинні підлягати розголошенню. Право доступу до особистих даних, отриманих в результаті пренатального генетичного скрінінгу і пренатальної генетичної діагностики, можуть надаватися лише особі, якій вони належать. Генетичні дані, що стосуються одного із партнерів, не повинні надаватися іншому без згоди особи, якій вони належать.

Щодо зберігання таких даних, то відповідно до ст. 14 Міжнародної декларації про генетичні дані людини, генетичні та протеомні дані людини не повинні зберігатися в формі, яка дозволяє суб'єкту даних бути ідентифікованим впродовж часу більшого, ніж той, що потрібен для проведення таких досліджень із відповідно визначеною метою, для якої такі дані були отримані.

3. Постанова Кабінету Міністрів України „Про затвердження міжгалузевої комплексної програми “Здоров’я нації” від 16 січня 2002 року № 67 <http://zakon.rada.gov.ua>
4. В. Chyrowicz. Біоетика і ризико. — Lublin, 2000.
5. А. Wnukiewicz-Koiovska. Eksperyment medyczny. — Dom wydawniczy ABC. — 2004.

РЕЗЮМЕ

Представленная статья касается проблем украинского законодательства в сфере генетических данных человека, полученных в результате пренатальных генетических обследований. Автор анализирует международное законодательство и вносятся предложения в национальное законодательство в данной сфере.

RESUME

This article is about the main problems in the Ukrainian legislation in the field of obtaining, using and saving the genetic information of individuals obtained in prenatal diagnostic. The author analyses the international legislation in the field of genetics and submits suggestions to the national legislation in the mentioned field.

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського
права та процесу*

Отримано 02.11.05



П.М. Коробчук
(МВС України)

Роль дозвільної системи в забезпеченні громадського порядку та громадської безпеки

Ключові слова: *дозвільна система, громадський порядок, громадська безпека, дозвіл, зброя, полювання.*

На сучасному етапі інститут, що регулює суспільні відносини та регламентує певний вид діяльності, на який необхідно отримати відповідну згоду, дозвіл, має поняття “дозвільна система”.

Дозвільна система — це сукупність правових норм, які встановлюють правила та порядок надання державними органами влади юридичним та фізичним особам права на здійснення певних видів діяльності, а також здійснення контролю з метою забезпечення інтересів держави, громадян, громадського порядку та безпеки громадян.

Діяльність дозвільної системи розповсюджується на широкий спектр суспільних відносин, які являють собою багатогранну діяльність суспільства в усіх сферах життя і обумовлені відповідно матеріальними, соціальними, духовними факторами, в тому числі вольовими. Оскільки суспільні відносини характеризуються складністю та багатогранністю, то й громадський порядок містить у собі такі складові частини, як: виробничий порядок, майновий порядок, політичний порядок, правовий порядок, державний порядок, громадський порядок (у вузькому значенні). Кожне із цих понять охоп-

лює визначене коло відносин і зв'язків і характеризує одну із сторін громадського порядку в широкому розумінні.

Відносини, що потребують дозвільного впорядкування, належать до різних сфер діяльності. Узагальнення чи розмежування їх визначаються об'єктом регулювання і суб'єктом управління. Але в основі визначення структури дозвільної системи знаходяться такі критерії, як забезпечення інтересів громадян та держави, громадського порядку та громадської безпеки. Із встановленням головної мети дозвільної системи визначаються межі її діяльності. Останні, в свою чергу, будуть залежати від загального стану в державі, економічного розвитку та правової культури суспільства.

Категорії “громадський порядок” та “громадська безпека” посідають важливе місце в правовій науці та знаходять своє широке застосування в практичній діяльності правоохоронних органів. До цих понять зверталися історики, філософи, правознавці та інші науковці з метою дати характеристику суспільному ладу стосовно визначеної епохи чи держави. При цьому суспільний лад розглядається з точки зору існуючих у ньому переплетінь економічних, політичних, трудових, сімейних та інших відносин. На думку Епікура, головна мета державної влади і підґрунтя політичного спілкування полягають у забезпеченні взаємної

безпеки людей, подоланні їх взаємного страху, незаподіянні ними один одному шкоди [1].

На сьогодні громадський порядок правознавцями розглядається як система економічних, ідеологічних відносин та зв'язків визначеної історичної епохи, держави, що регулюються соціальними нормами (правові норми і норми моралі, звичаї, правила культури поведінки) в інтересах суспільства. Мета встановлення і підтримка громадського порядку полягає в створенні сприятливих умов для нормального функціонування державних і громадських організацій, праці і відпочинку громадян, в забезпеченні громадського спокою, поваги до суспільства і суспільної моралі, честі і достоїнства особистості [2].

Громадська безпека трактується ними як система зв'язків і відносин, що складаються при дотриманні техніко-юридичних норм, спрямованих на запобігання й усунення небезпечних ситуацій і загрози життю та здоров'ю людей, їхньому майну. Ці ситуації можуть виникати в результаті порушення технічних норм, правил використання техніки, предметів, приладів. Засобами забезпечення та регулювання громадської безпеки є технічні вимоги, що визначають певні правила виробництва, поводження з відповідними предметами, матеріалами, речовинами. Вони враховують технічний стан приміщень, сейфів, оптимальну кількість предметів, які можуть одноразово зберігатися на об'єктах чи у суб'єктів підприємницької діяльності, заходи щодо реалізації, зберігання та обігу зброї, функціонування тирів, штемпельно-граверних майстерень тощо.

Держава надає їм обов'язкового характеру, встановлює через правові норми порядок здійснення конкретних дій стосовно визначених предметів та підтримує їх в безпечному для людей стані. Ці норми повною мірою зберігають свій технічний зміст, набувають одночасно

якостей юридичних норм, стають техніко-юридичними нормами.

Особливості методів забезпечення громадської безпеки обумовлені її специфікою. Велике значення надається організаційній роботі щодо суворого дотримання норм, спрямованих на забезпечення громадської безпеки, нагляду за їх виконанням, своєчасному *запобігання відступам від них*, проведенню профілактичних заходів.

Виходячи із визначення понять "громадський порядок" і "громадська безпека" у сфері відносин, що регулюються дозвільною системою, проаналізуємо фактори та події, що можуть на них впливати як негативно, так і позитивно, визначимо засоби і методи, за допомогою яких можна уникнути *настання негативних подій* і встановлення факторів, які визначають непорушність та стабільність громадського порядку і громадської безпеки.

Одним із напрямків діяльності дозвільної системи є надання дозволів підприємствам, організаціям та громадянами на виробництво, придбання, перевезення, зберігання зброї та боєприпасів, вибухових матеріалів, відкриття та функціонування штемпельно-граверних майстерень, тирів, а також здійснення контролю за ними.

Нині в Україні зброя видається громадянам для заняття спортом, любительського полювання, колекціонування та захисту життя, здоров'я, житла і майна. Для захисту громадяни можуть використовувати зброю, яку вони придбали для полювання, тобто мисливську нарізну та гладкоствольну, і тільки за місцем проживання. Також громадянам надається право на придбання для самозахисту газової зброї, яку можна не лише зберігати і використовувати за місцем проживання, а й носити при собі. Короткоствольна зброя для самозахисту не видається.

Згідно із статистикою підприємства, організації та інші юридичні особи, які

знаходяться під юрисдикцією органів внутрішніх справ, суворо дотримуються вимог законодавства щодо виготовлення, придбання, зберігання та використання зброї. Втрата, викрадення зброї є надзвичайною подією і трапляється рідко. Інша справа з фізичними особами. Незважаючи на той фактор, що людина має доступ до зброї з моменту її винаходу, проблеми, що пов'язанні з її володінням, переслідують власників і сьогодні. Трапляється багато випадків, коли зброя виходить з-під контролю власників, і однією з причин цього є порушення вимог законодавства. Це й недотримання умов зберігання зброї за постійним чи тимчасовим (в дачних будинках) місцем проживання, відсутність у квартирах сигналізації (за наявності трьох і більше одиниць), сейфів, їх несправність та невідповідність стандартам, зберігання зброї в *неустановлених місцях* (в автомобілях, гаражах...). Нерідко трапляються випадки порушень правил перевезень зброї в громадському транспорті, коли власники забувають або залишають зброю без нагляду; також досить часто зброю втрачають чи топлять під час полювання. Ці ситуації вдало використовують злочинці, які заволодівають зброєю і, як правило, використовують її у злочинних цілях.

Так, співробітниками міліції було затримано трьох професійних кілерів, причетних до замаху на вбивство сина розстріляного в 1996 році народного депутата України Євгена Щербаня. При обшуку у них вилучено два карабіни "Вулкан", обріз, перероблений для здійснення автоматичних пострілів, пістолет-ручку, помпову рушницю, дві гранати Ф-1, 460 одиниць боеприпасів [3].

Яскравим прикладом настання негативних наслідків у результаті недотримання відповідних правил зберігання зброї може бути подія, що трапилася в Черкаській області. Двоє громадян, які раніше були засуджені, вночі обікрали аптеку в Олександріївському районі

та два магазини в селі Верещаки. Крім продуктів харчування та промислових товарів, злочинці викрали дві мисливські рушниці (малокаліберну та пневматичну). Вирішили денний час перечекати в лісосмузі. Щоб згаяти час, затіяли стрілянину по мішені, в якості якої використали пляшку. На сусідньому з лісосмугою полі працювали селяни. *Під час цього заняття* одна із куль влучила у механізатора, смертельно поранивши його. За умов виконання вимог законодавства щодо обов'язкового зберігання громадянами зброї за фактичним місцем проживання у металевих сейфах даного викрадення не сталося б і зброя не потрапила б до рук злочинців, і не було б трагічних наслідків [4].

Вдосконалюючи законодавство в галузі регулювання дозвільної системи доцільно врахувати досвід зарубіжних країн. Заслуговує на увагу вирішення питання щодо умов зберігання зброї у Великобританії. Громадянин, який одержав право на придбання, зберігання вогнепальної зброї та боеприпасів, зобов'язаний зберігати її в сейфі у розібраному вигляді в спеціальному приміщенні, доступ до якого має тільки він. Параметри цього приміщення визначає поліцейський офіцер, який займається розглядом заяви. Існують визначені стандарти безпеки: розміри, товщина стін, система замків тощо [5].

Багато ситуацій з трагічними наслідками виникає під час полювання. Причинами їх можуть бути порушення правил полювання та вживання спиртних напоїв.

Так, 14 серпня поточного року до Рівненської лікарні був доставлений дванадцятирічний хлопчик, якому під час полювання, через необережне поводження з мисливською рушницею, батько прострелив руку [6].

Також нерідко трапляються подібні ситуації і в побуті, коли несанкціоноване використання мисливської зброї стає причиною трагедії.

Лісник держлісгоспу в Івано-Франківській області, перебуваючи в нетверезому стані, під час сварки з тещею застрелив її з мисливської рушниці [7]. А 10 травня цього року в с. Миронівка, Київської області між подружжям спалахнула сварка, під час якої чоловік застрелив із мисливської рушниці дружину і сина, двох інших синів поранив [8].

У вирішенні питання щодо надання тому чи іншому громадянину зброї також доцільно звернутись до досвіду Великобританії, де розвинений інститут консигнаторства (*поручительства*). Для одержання сертифіката на право володіння вогнепальною зброєю за заявника повинна поручитись людина, яка знає його не менше п'яти років. Консигнатор повинен, як мінімум, бути державною посадовою особою (банк'єр, радник, юрист, військовий або поліцейський офіцер) [9].

Розпад СРСР призвів до трансформації економічної, політичної та соціальної сфер.

В економіці відбувся перерозподіл власності (денаціоналізація). Почали утворюватись приватні підприємства, фермерські господарства, які потребують відповідного регулювання, в т.ч. й захисту.

На свій розсуд підійшов до вирішення власної проблеми 47-річний фермер селища Сенкевичівка Волинської області Михайло Галяс. Роздратований відключенням від енергопостачання свого кооперативу, опівночі він з'явився на подвір'ї головного інженера ЗАТ "Волинсьобленерго" Леоніда Голюка з вимогою ввімкнути електроенергію. Коли ж той відмовився — "гість" двічі вистрелив у бідолаху [10]. А в с. Гірчична Дунаєвського району Хмельницької області розігралася трагедія між орендарями ставка В. Ситником, Н. Матвієвим та мисливцем із м. Дунаївці С. Ганевичем. Маючи всі необхідні документи на право полювання та зброю, мисливець прийшов на ставок, але орендарі заборонили йому полювати.

Конфлікт переріс у бійку, під час якої Ганевич наніс вогнепальні поранення різного ступеня тяжкості кривдникам [11].

Особливу тривогу в суспільстві викликає злочинність із застосуванням вогнепальної зброї.

Прикладом може бути подія, що трапилася 29 червня 2005 р. Невідомий здійснив замах на життя Черкаського віце-губернатора, важко поранивши його пострілом із обріза [12].

А 12 травня поточного року в м. Києві кримінальний авторитет Віктор Рибалко був розстріляний кілерами 20-ма пострілами [13].

За кордоном застосування вогнепальної зброї зі злочинною метою завдає населенню не менше проблем.

Так, у травні 1998 р. в м. Стринхель 15-річний хлопець зайшов у шкільну їдальню з гвинтівкою і застрелив двох учнів, ще 20-х поранив, перед цим вбивши своїх батьків. У квітні 1999 р. в містечку Колумбіна два школярі зайшли до бібліотеки і вбили 12 учнів і вчителя, після чого наклали на себе руки [14]. У жовтні 2000 р. у Вашингтоні двоє чоловіків методично та холодно кровно вбивали випадкових перехожих зі снайперської гвинтівки [15]. У квітні 2002 р. в одному німецькому місті учень, якого виключили зі школи, повернувся туди зі зброєю і вбив 13 вчителів, двох студентів і одного поліцейського, а потім і себе. 13 березня 1996 року у Великобританії сталась надзвичайна подія: Томас Гамільтон вбив із зареєстрованого пістолета армійського зразка Люгер калібру 9 мм 16 семи-восьмирічних школярів та вчительку [16].

Незважаючи на прагнення європейських держав до лібералізації законодавства щодо обігу зброї та приведення його до єдиного зразка у зв'язку з процесом об'єднання Європи, ці та інші аналогічні події змусили уряди ФРН та Великобританії піти на обмежувальні заходи у цій сфері.

У більшості наведених прикладів злочини скоювалися із викраденої зброї.

Нині є багато злочинних угруповань, які мають у користуванні незареєстровану зброю. Про це свідчить затримання в поточному році співробітниками відділу ДСБЕЗ групи, яка незаконно відкачувала нафту. Під час обшуку у злочинців було вилучено мисливську рушницю, карабін, снайперську гвинтівку, автомат “Сайга”, понад 300 одиниць мисливських, гумових, газових та бойових набоїв, пістолет “Шмайсер”, прилад нічного бачення, дві радіостанції [17].

Нині у суспільстві та у Верховній Раді України точаться дискусії з приводу доцільності надання громадянам права на користування короткоствольною зброєю, у тому числі пристроїв для відстрілу патронів з гумовими кулями з метою забезпечення їх особистої безпеки. Конституцією України передбачено таке право. У частині II ст. 27 записано: “Громадянам надається право захищати своє життя і здоров’я, життя і здоров’я інших людей від протиправних посягань” [18].

Однак існує небезпека можливості виходу зброї із-під контролю державних органів і ще більшого розгулу злочинності. На телебаченні і в пресі постійно висвітлюються події незаконного застосування того чи іншого виду зброї.

Так, 27 вересня 2005 р. на території центральної лікарні в Дніпропетровську сталася трагедія в результаті застосування зброї. Невідомий чоловік (як пізніше встановлено, капітан УСБУ) намагався заїхати на особистому автотранспорті у двір лікарні. Оскільки на територію дозволявся в’їзд тільки службовому автотранспорту та медперсоналу лікарні, то йому запропонували поставити автомобіль на безкоштовну стоянку, розташовану поруч. Чоловік брутальною лайкою обізвав охоронницю і залишив машину

на проїжджій частині, перегородивши в’їзд. Працівники лікарні з осудом прийняли таку поведінку, вимагали звільнити проїзд. Серед них був лікар-уролог А. Ганжа. Після того, як чоловікові не вдалося відштовхнути від себе лікаря, він дістав з автомобіля пістолет і вистрелив з нього в упор. Потерпілого колеги віднесли до реанімаційного відділення, де йому було зроблено операцію [19].

Життя лікаря А. Ганжі, а також інших громадян, які знаходились поруч, опинилось під загрозою через те, що співробітник СБУ мав при собі зброю і використав її не за призначенням. Беручи до уваги його поведінку, здоровий глузд підказує, що така людина не повинна була б володіти зброєю, а тим паче, служити в силових структурах. Отже, якщо трапляються подібні випадки з працівниками, які проходять спеціальний відбір, медкомісії і спецпідготовку, то що тоді казати про цивільних громадян?!

Тому у разі прийняття рішення про необхідність реалізації конституційних прав із забезпечення особистої безпеки самими громадянами шляхом надання їм права на придбання короткоствольної зброї необхідно розробити такі закони, які унеможливили б утворення негативних факторів, подій у суспільстві, погіршення громадського порядку та особистої безпеки громадян.

На сьогодні в Україні держава повинна взяти на себе гарантування безпеки громадян, приділяючи більше уваги їх духовному стану, формуванню високomorальних принципів особистості та виховуванню почуття патріотизму. Лише тоді буде реалізовано положення Конституції України про те, що утвердження і забезпечення прав і свобод людини є основним обов’язком держави.

Список літератури:

1. *Нерсесянц В.С.* Історія політичних і правових вчень. — М.: Норма-Інфра, 2001. — С. 64.
2. *Попов Л.Л.* Адміністративна діяльність ОВС. — М., 1987. — С. 20–25, 30–33.

3. “Раскрыто покушение на сына Щербаня” / Сегодня. 28.05.2005, с.2.
4. “Змагались злодії у влучності” // Іменем Закону. — 2003. — № 39. — С. 2.
5. Біленчук П.Д., Кофанов А.В., Сулява О.Ф. / Зброєзнавство:Правові основи обігу вогнестрільної зброї. Київ, Міжнародна агенція “Вее Zone”, 2004. — С. 120-121.
6. Що головне на полюванні? / Іменем Закону. №№ 36(5474). 9.09.05 р. — С. 7.
7. Що головне на полюванні? / Іменем Закону. — №№ 36(5474). — 9.09.05 р. — С. 7.
8. Надія Кутова. “В Київській області 37-річний чоловік розстріляв із рушниці всю свою сім'ю — жінку і трьох її дітей — після чого намагався покінчити із собою” / Факти. — 12.05.2005 р. — С. 3.
9. Біленчук П.Д., Кофанов А.В., Сулява О.Ф. / Зброєзнавство:Правові основи обігу вогнестрільної зброї. Київ, Міжнародна агенція “Вее Zone”. 2004 р. — С. 120–121.
10. Сінчук І. “Розстріл за ...комунальний борг”. / Іменем Закону. — № 36(5474). — 5.09.05 р. — С. 15.
11. Що головне на полюванні? / Іменем Закону. — № 36(5474). — 9.09.05 р. — С. 7.
12. Оноприенко І. “Велосипедист вистрелив в Черкаського вице-губернатора” / Сегодня. — 29.06.05 г. — С. 5.
13. Ильченко А. “Рыбка” погиб под градом пуль” / Сегодня. — 14.05.05 г. — С. 2.
14. Інформаційне повідомлення щодо злочинного використання вогнепальної зброї. / Телевізійна передача “Я так думаю”, лютий місяць 2004.
15. Інформаційне повідомлення щодо злочинного використання вогнепальної зброї. / Телевізійна передача “Я так думаю”, лютий місяць 2004.
16. В. Волга. Україна — Європейський закон про зброю. — К.: Нора-Друк, 2003. — С. 46.
17. А. Рева. Війна “кандьорщикам” / Іменем Закону. — № 36(5474). — 9.09.05 р. — С. 12.
18. Конституція України.
19. Н. Гармаш. “Кровавая дорожка тянулась от ворот больницы до третьего этажа, где коллеги оперировали раненого врача уролога” / Факты. — № 180. — С. 11.

РЕЗЮМЕ

В статье раскрывается понятие разрешительной системы на современном этапе развития общества, ее влияние на обеспечение гражданского порядка и гражданской безопасности. Приводится сравнительный анализ состояния дел в области разрешительной системы в развитых странах, описываются факторы, влияющие на гражданский порядок и гражданскую безопасность.

SUMMARY

In the article the notion of the resolving system at the actual stage of the society development is described and its influence to ensuring civil order and civil security. The comparative analysis of the state of matters in the resolving system field in developed countries is showed and there are factors analyzed influencing civil order and civil security.

Рекомендовано кафедрою
кримінального та адміністративного права

Отримано 30.11.05



В.С. Ковальський,
кандидат юридичних наук
(президент видавничої організації
“Юрінком Інтер”)

Конституційні засади визначення принципів кримінального права

Ключові слова: *принципи кримінального права, функції кримінального права, верховенство права, гуманність кримінального права, справедливість справедливості кримінального права, єдність принципів кримінального права і принципів кримінального судочинства.*

Визначення принципів цілої галузі права є досить складною проблемою, оскільки зміст цих принципів позначається на її функціях кримінального права, механізмі реалізації кримінально-правових вимог. Вирішення даної проблеми впливатиме на ефективність застосування кримінально-правових норм, їх відповідності міжнародно-правовим стандартам захисту прав людини. Події, що відбулися під час президентських перегонів, зокрема, вимагали негайної юридичної оцінки дій вповноважених органів, які порушили низку кримінальних справ, особливо не переймаючись соціально-правовими наслідками їх розслідування, глибоко не вникаючи у складність правової матерії, якою на сьогодні є кримінальне право України [1]. На кримінально-правову політику української держави, яка має опиратися на конституційні засади (принципи), впливають протилежні суспільні тенденції. По-перше, глобалізація значення права стосується й галузі кримінального

права, оскільки його вплив на суспільні процеси, на інші сфери буття (економіку, політику, соціальну сферу тощо) має публічно-правовий характер. По-друге, наслідком проведення активної кодифікації законодавства стало створення не тільки досконалого Кримінального кодексу України (далі — КК України), але й більш складного за змістом і технікою нормативно-правового акта. По-третє, спостерігається недостатня ефективність правових регуляційних процедур, “слабкість” тих, хто правовим шляхом будує свій бізнес, політику, виконання правових зобов’язань. Стало “нормальним” не повертати борги, бо повернення боргів — то є справа слабкого. “Сильні люди” боргів не повертають, їх право ніби не стосується. Повсякденним стало невиконання правових зобов’язань, що є приводом розгляду в українських судах близько мільйона справ щорічно. Застосування ж кримінально-правових норм до правопорушників, наприклад ст.ст. 355, 356 КК України або інших норм, які межують із цивільно-правовими відносинами, практично нічого не дає в оздоровленні суспільних відносин.

Українській правовій традиції завжди було притаманним визначення у кодифікованому акті галузевих принципів. Нові українські кодекси містять принципи правового регулювання. Наприклад,

у нових Цивільному (ст. 3 — Загальні засади цивільного законодавства), Господарському (ст. 6 — Загальні принципи господарювання), Сімейному (ст. 7 — Загальні засади регулювання сімейних відносин) кодексах принципи викладені за конституційною традицією як загальні засади, що мають посилювати єдність нормативно-правового матеріалу як у самих кодексах, так і їх зв'язок з іншими нормативно-правовими актами, окремими законами. Проте в чинному КК України такі принципи не визначені.

У теорії права під принципами розуміють вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю, суттєвістю положень права. При цьому призначення правових принципів полягає в тому, що вони здійснюють універсальне й узагальнене закріплення основ суспільного ладу, закріплюють однакове формулювання норм права та їх вплив на суспільні відносини у формі правового регулювання та інших видів правового впливу [2]. Щодо принципів окремої галузі, зокрема кримінального права, то правомірним, напевно, є розуміння принципів як глибинних відносин, що визначають єдність предмета, метода та механізму правового регулювання й охорони конкретних або однорідних правових відносин. Тут йдеться про такі властивості кримінально-правових відносин, як законність, справедливість, гуманність, винність. При застосуванні кримінального закону важливе значення мають принципи верховенства права, рівності громадян перед законом та судом, індивідуалізації покарання, заперечення аналогії, об'єктивного ставлення у вину.

Верховенство права визначає невичерпну роль права, пряму дію норм Конституції, які існують паралельно із державою і її органами, та “зв'язує” їхню діяльність. Так, для правоохоронної діяльності, змістом якої є покладення краю порушенню права, відновлення права, охорона безпеки та правового по-

рядку, суттєвим має бути зміст ст. 3 Конституції України, згідно з якою людина має бути найвищою соціальною і правовою цінністю, а її конституційні права та свободи — безпосередньо діючими, вони й визначають зміст і цілі застосування законів та інших нормативно-правових актів за правилом: дозволено усе те, що не є забороненим. у зв'язку з цим для кримінального права характерним є зміна балансу дозволів та заборон на користь гарантованого захисту людини від свавілля та обвинувального ухилу правоохоронних та судових органів, презумпція невинуватості людини за відсутністю доказів її вини та причетності до правопорушення.

На відміну від принципу верховенства права, принцип законності реалізується як вимога юрисдикційним органам діяти в межах конституційних норм та у спосіб, визначений у конституції та законах. Це означає, що до відповідальності людину може притягнути лише спеціально уповноважений орган (посадова особа цього органу) за чітко встановленими підставами, строками та процедурами. Будь-які спрощення при цьому є порушенням принципу законності. Саме спрощення процесуальних процедур, провадження кримінальних справ так званими “трійками” тощо у 30-х роках минулого сторіччя було характерним для масових репресій на теренах України [3].

Прийняття сьомою сесією Верховної Ради України 5 квітня 2001 року нового Кримінального кодексу сприяло активному розвитку галузі кримінального права. Зазнали нової редакції багато статей кримінального закону, з'явилися суттєві зміни, новації, яких суспільство й держава взагалі не знали. Зокрема, у кримінальному праві з'явився активний носій кримінально-правових відносин — потерпілий, а отже, деяка частина кримінально-правових відносин, що знаходиться у галузі публічного права, набуває приватно-правового значення. Так, наприклад, виконання вимог

звільнення від відповідальності за умови примирення з потерпілим (ст. 46 Кримінального кодексу України) фактично призведе до появи окремого виду угод про примирення, чого у кримінальному праві й у кримінальному процесі не передбачалося, а отже, виходило за межі публічної охорони суспільних відносин. Застосування можливості призначати більш м'яке покарання, ніж передбачено законом за особливо тяжкий або тяжкий злочин (ст. 69 КК України), взагалі не вписувалося у принципи кримінального права, що існували раніше.

Сучасний Кримінальний кодекс значною мірою є похідним продуктом політики декриміналізації суспільно-небезпечних діянь. Із прийняттям нової Конституції декриміналізація як складова кримінально-правової політики держави набуває особливого значення. Практика декриміналізації впливає на інші галузі права, оскільки при цьому лишається незмінним предмет правового регулювання, а особливого значення набуває метод правового регулювання, який трансформується у принципах кримінального закону. Проте при розробці Кримінального кодексу, як зазначалося раніше, принципів кримінального закону визначено не було. Задекларованим є лише ґрунтування Кримінального кодексу на Конституції України та загальновизначених принципах і нормах міжнародного права (ст. 3 КК України). На відміну від вітчизняної правотворчої практики, в інших країнах, наприклад в Росії і Білорусі, принципи кримінального законодавства складають окрему галузеву систему кримінального права. Так, у Кримінальному кодексі Російської Федерації (далі — КК РФ) за принципом законності визначається злочинність діяння, його караність, інші кримінально-правові наслідки та забороняється аналогія у застосуванні кримінального закону (ст. 3 КК РФ). Згідно із принципом рівності громадян перед законом підлягають кримінальній

відповідальності особи, що вчинили злочин незалежно від статі, раси, національності, мови, походження, майнового і службового стану, місця проживання, ставлення до релігії, переконань, належності до громадських об'єднань та інших обставин (ст. 4 КК РФ). За принципом вини особа підлягає кримінальній відповідальності виключно за суспільно небезпечні дії (бездіяльність) і суспільно небезпечні наслідки, що настали і по відношенню до яких встановлена вина особи. Об'єктивне ставлення (кримінальна відповідальність за безвинне спричинення шкоди) не є припустимим (ст. 5 КК РФ). Принцип справедливості (ст. 6 КК РФ) стверджує те, що покарання та інші засоби кримінально-правового характеру повинні бути справедливими, а отже — відповідати характеру і ступеню суспільної небезпеки злочину, обставинам його вчинення й особі винного. Особливо підкреслено те, що ніхто не може двічі підлягати кримінальній відповідальності за один і той же злочин. Згідно з принципом гуманізму (ст. 7 КК РФ) кримінальне законодавство забезпечує безпеку людини, й тому покарання і інші засоби кримінально-правового характеру, які застосовуються до особи, що вчинила злочин, не можуть мати на меті спричинення фізичних страждань або приниження людської гідності.

Отже, в зв'язку з цим постає питання єдності принципів конституційного та кримінального права, яке має кілька важливих аспектів. По-перше, саме в Конституції можна віднайти сформульовані принципи, що є характерними для кримінального права, як-от: верховенство права (ст. 8), законність (статті 19, 119, 129), принцип державної та індивідуальної безпеки (ст. 3, 16, 17, 18, 32, 34, 36, 37, 39, 44, 92, 106, 107, 116, 126, 128), принципи гуманізму та пріоритету й незворотності прав людини (ст. 3, розділ II), принцип винної відповідальності (ст. 62). По-друге, саме в Конституції ми знаходимо визначення об'єктів криміналь-

но-правової охорони (інститути влади, державна безпека та її окремі різновиди — інформаційна, економічна, екологічна, інститути власності, прав людини тощо). По-третє, на відміну від конституційного закріплення, у нормах кримінального права правове забезпечення кримінально-правової охорони характеризується певною одноманітністю. Але це тільки на перший погляд. Система охорони Конституції, що закладена у кримінальному законі є досить розвиненою й ретельно виписаною. Так, знайшли певне забезпечення відносини приватної сфери. Наприклад, за заподіяння тілесних ушкоджень передбачена відповідальність у тридцять одній статті; за різного роду примушування можна карати за одинадцятьма статтями; за різні погрози відповідальність встановлена у тридцяти п'яти статтях. За делікти у сфері публічних відносин, наприклад за різного роду зловживання, передбачена відповідальність в одинадцяти статтях; за посягання проти безпеки — у двадцяти двох статтях; проти влади — у сімнадцяти статтях; проти власності — у сімнадцяти статтях; за дії, що створили небезпеку для інших осіб — у вісімнадцяти статтях; за порушення різного роду правил - у тридцяти семи статтях; за порушення службового обов'язку — у сімнадцяти статтях; за розголошення відомостей — у дванадцяти статтях; за порушення, пов'язані з використанням інформації, — у дев'ятнадцяти статтях; за поведження із речовинами або матеріалами, що може тягнути кримінальну відповідальність, — у вісімнадцяти статтях тощо. Норми про кримінальну відповідальність містять різноманітні диспозиції і санкції, які мають бути адекватними суспільній небезпеці кримінальної протиправності злочину. Але при цьому у кримінальному законі спостерігається певна непослідовність у встановленні санкцій. За нашими спостереженнями, до злочинів різного ступеня тяжкості мають застосовуватися однакові санкції, оскільки до одного

класу посягань потрапили досить різні за суспільною небезпекою злочини, наприклад, ті, що передбачені ч. 2 ст. 122 і ч. 2 ст. 157 тощо. Отже, питання про взаємовплив конституційного й кримінального права є досить важливим. Зокрема, нас цікавить, а чи існує органічний зв'язок між принципами, викладеними у вищому законі нашої держави, й принципами кримінального закону. Від розкриття цього зв'язку залежить багато інших складових, оскільки констатація залежності між різними галузями права мало що дає. Потрібно, на нашу думку виходити із єдності дії норм кримінального права та кримінального судочинства, що забезпечує систему реалізації охоронної й регулятивної функцій. Із прийняттям Конституції України та ряду інших законів українська держава певною мірою наблизилася до міжнародних стандартів захисту людини. Зокрема, ст. 129 Конституції визначає основні конституційні засади судочинства. Деякі з них взагалі не передбачалися. Це — змагальність сторін та свобода в наданні ними судових доказів, доведення перед судом їх переконливості, повне фіксування судового процесу технічними засобами, забезпечення апеляційного оскарження рішення суду та інші. Детальне визначення у Конституції розділу прав і свобод людини значно полегшило їх кримінально-правове забезпечення. Так, згідно зі ст. 28 Конституції ніхто не може бути підданий катуванню; жорстокому, нелюдському, або такому, що принижує гідність, поведженню чи покаранню; жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідом. Відповідно до цього конституційного положення у статтях 126, 127, 137, 142, 143, а також у розділі третьому Особливої частини (Злочини проти волі, честі та гідності особи) Кримінального кодексу передбачено відповідальність за катування, жорстоке поведження, різного роду досліди над людиною, за неналежне виконання обов'язків щодо

охорони життя та здоров'я дітей тощо. Стаття 29 Конституції передбачає, що ніхто не може бути заарештованим або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставі та в порядку, встановленим законом. У зв'язку з цим, у КК визначаються як кримінально-протиправні дії завідомо незаконне затримання, привід або арешт (ст. 371), притягнення завідомо невинуватого до кримінальної відповідальності (ст. 372), постановлення суддею завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (ст. 375), втручання у діяльність судових органів (ст. 376), невиконання судового рішення (ст. 382). В порядку кримінально-правового забезпечення права на недоторканність житла (ст. 30 Конституції), на недоторканність особистого й сімейного життя (ст. 32 Конституції) передбачено цілий комплекс охоронних норм, зокрема ст. 387, у якій забороняється розголошувати дані досудового слідства або дізнання тощо. Отже, у всіх перерахованих випадках, а також в інших випадках, передбачених статтями 32, 61, 62, 63 Конституції, поряд із регуляційними нормами існують норми охоронні (заборона на збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, передбачених законом; заборона двічі притягати до відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення; заборона використовувати при здійсненні правосуддя доказів, одержаних незаконним шляхом, будувати обвинувачення за припущеннями; заборона вимагати свідчення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів), маємо багаторівневий системний комплекс із норм, якими передбачено певні процедури здійснення окремих примусових, правовстановлюючих, поперед-

жувальних дій, які власне утворюють охоронну функцію кримінального права. Проте така функція не є й не може змістовно бути складовою охоронної функції конституційного права, оскільки існує особливе опосередкування (трансформаційний, а не ретрансляційний зв'язок) між інститутами публічного права, які належать до різних галузей. Таке опосередкування відбувається, зокрема, у вигляді конкретизації конституційних охоронних норм в інститутах кримінального права. Як відомо, криміналізація протиправних вчинків є прерогативою вищого законодавчого органу держави. Тому не слід поняття криміналізації змішувати із поняттям кримінальної відповідальності, суб'єктом якої ніби є Верховна Рада. Дійсно, тільки вона визначає діяння, які є злочинами, та відповідальність за них (п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції). При цьому йдеться про обмеження прав і свобод людини, визначення кола осіб, що мають відповідати за здійснення певного злочину, за який вже існує чи існувала кримінальна відповідальність тощо. Але в даному разі йдеться про правотворчу діяльність, що будується за відповідними політичними принципами, які є більш універсальними і більш узагальненими, ніж принципи кримінального права. Принципи кримінального права мають реалізуватися у фундаментальних інститутах цієї галузі, зокрема в інституті кримінальної відповідальності, що акумулює охоронну функцію кримінального права. Принципи кримінального права мають спрямовувати дію кримінального закону з тим, щоб він не перетворився у сліпу гармату. Вони мають своє значення як для реалізації кримінального закону, його вдосконалення, так і для гуманізації кримінальної політики української держави.

Список літератури:

1. Див. *Андрушко П., Ковальський В.* Акції протесту з позиції кримінального закону. // Юридичний вісник України. — 2004. — № 49.

2. Див. Теорія держави і права. Підручник / За ред. С.Л. Лисенкова. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — С. 165–167.

3. Див. Реабілітація репресованих: законодавство та судова практика / За ред. В.Т. Маляренка. — К.: Верховний Суд України — Юрінком, 1997. — С. 5–19.

РЕЗЮМЕ

В статье раскрываются вопросы взаимодействия принципов конституционного права и уголовного права, их взаимная связь и трансформация конституционных предписаний в охранительные нормы уголовной ответственности.

SUMMARY

In the article the issues of interaction of principles of the constitutional law and the criminal law are described, their interdependence is shown and transformation of the constitutional provisions into conservative norms of criminal responsibility.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального та адміністративного
права*

Отримано 10.11.05



Б.М. Грек
(Вищий господарський суд України)

Вдосконалення інституту кримінально-правової відповідальності за фіктивне банкрутство та доведення до банкрутства — нагальна потреба сьогодення

Ключові слова: банкрут, юридична відповідальність, кримінальне право, покарання, фіктивне банкрутство.

Одними із найбільш важливих гарантій існування правової держави є інститут державного примусу та інститут юридичної зокрема, кримінально-правової, відповідальності. За їх допомогою вирішуються завдання забезпечення соціальної стабільності, охорони суспільства від злочинних посягань та інших правопорушень, захисту прав і свобод громадян, розвитку й забезпечення незалежності та демократії.

Державний примус у сфері дії інституту банкрутства — це система встановлених законодавством України заходів попередження, припинення та відновлення, які застосовуються до суб'єктів банкрутства, а у випадках вчинення правопорушень — застосування до них заходів юридичної відповідальності (кримінальної, цивільно-правової).

У контексті порушеної проблематики заходи попередження застосовуються з метою запобігання правопорушенням, пов'язаним із банкрутством. Наприклад, до них належить: право арбітражного керуючого скликати збори і комітет кредиторів та брати в них участь із

правом дорадчого голосу, звертатися до господарського суду; залучати для забезпечення виконання своїх повноважень на договірних засадах інших осіб та спеціалізовані організації з оплатою їх діяльності за рахунок боржника, якщо інше не встановлено законом чи угодою з кредиторами; запитувати та отримувати документи або їх копії від підприємств, установ, організацій, об'єднань, а від громадян — за їх згодою; отримувати з державного реєстру застав інформацію про майно боржника, яке є предметом застави (ст. 31 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” [1]) тощо.

Визначальною ознакою заходу припинення є безпосередній юридично-владний вплив органів, що здійснюють процедуру банкрутства, зокрема, визнання господарським судом боржника банкрутом. Ці заходи застосовуються, якщо необхідно у примусовому порядку припинити протиправні дії і не допустити настання негативних для суспільства і держави наслідків. Заходи припинення виконують також функцію процесуального забезпечення, тобто гарантують притягнення у майбутньому правопорушника (за умови достатнього обсягу доказів) до одного з видів юридичної відповідальності.

Заходи відновлення застосовуються з метою відшкодування завданих збитків, поновлення справедливого (попереднього) правового становища. Заходи попередження і припинення, які застосовуються до суб'єктів банкрутства, як правило, випереджають здійснення заходів кримінально-правової відповідальності.

Темі юридичної відповідальності у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі присвячено чимало робіт. Питання про поняття та сутність юридичної відповідальності розглядалися у працях Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, О.С. Іоффе, М.Й. Коржанського, В.М. Кудрявцева, О.Е. Лейста, Н.С. Малєїна, М.І. Мельника, М.І. Панова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація та інших правознавців. Проте в умовах формування громадського суспільства і правової держави поняття “юридична відповідальність” вимагає загальнотеоретичного переосмислення. В сучасному правознавстві відсутнє єдине визначення поняття юридичної відповідальності. У зв'язку з чим слова І. Канта про те, що юристи все ще у пошуку визначення поняття права, можна з упевненістю віднести й до проблеми тлумачення юридичної відповідальності. Юридичну відповідальність як правовий інститут необхідно розглядати комплексно, з різних кутів зору: як різновид соціальної відповідальності, правову категорію, правовідносини, регулятор поведінки суб'єктів, ціннісне явище тощо. Саме тому різноманітними можуть бути й визначення юридичної відповідальності.

У сучасному українському правознавстві розуміння юридичної відповідальності містить два аспекти: ретроспективний і перспективний. Ретроспективна відповідальність — це відповідальність за вже скоєне протиправне діяння і тому носить реальний характер. Перспективна ж відповідальність передбачає свідоме, відповідальне ставлення індивідів до власних вчинків, людей, роботи. Тобто,

це основа поведінки суб'єктів, що виключає порушення правових приписів.

Переважає більшість вчених розглядає юридичну відповідальність як реакцію держави на правопорушення (як санкцію за вчинене протиправне діяння, як покарання порушника правових приписів, як примушення особи, яка порушила правову норму, тощо). Проте ці визначення не охоплюють перспективної відповідальності.

Широко розповсюджені й інші визначення, суть яких полягає у тому, що юридична відповідальність — це правовідносини, що виникають між державою і правопорушником, відповідно до яких на останнього покладається обов'язок нести несприятливі наслідки свого діяння. Вважаємо, що дане визначення являється більш точним, оскільки охоплює і перспективну, і ретроспективну відповідальність (відповідно, як загальні чи конкретні правовідносини). Проте, як у цьому, так і в іншому випадках, держава розглядається лише як правоповноважений суб'єкт, який реалізує відповідальність.

У злочинах, передбачених статтями 218 та 219 Кримінального кодексу (далі КК України) [2], крім кредитора, суб'єктом суспільних відносин виступає держава. Отже, у даному випадку, від імені держави виступають органи стягнення податків, зборів та інших обов'язкових платежів. Внаслідок подання звітних документів, що свідчать про фінансову неспроможність суб'єкта господарювання, може йти мова про надання відомостей про його майновий і фінансовий стан без відображення фінансово-господарської діяльності (при фіктивному банкрутстві). Така інформація може бути підставою для здійснення перевірки податковим органом, під час якої можливе виявлення невідповідності між зазначеними у звітних документах даними і дійсним господарським і фінансовим станом суб'єкта господарської діяльності. У зв'язку з цим доходимо

висновку, що в даному випадку мають місце ознаки декількох злочинних дій, які потребують самостійної кримінально-правової оцінки. З одного боку, це надання податковому органу недостовірної інформації, що складає об'єктивну сторону фіктивного банкрутства (ст. 218), а з іншого боку — ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, що є об'єктивною стороною злочину, передбаченого ст. 212 КК України. Тому можлива ідеальна сукупність злочинів, за яких однією дією особи вчинюються два різних злочини, за які встановлено кримінальну відповідальність.

Отже, традиційно юридична відповідальність розцінюється лише як відповідальність громадян, посадових осіб і організацій перед державою. Про відповідальність же держави практично не згадується. Проте докорінні зміни, що відбулися у нашій державі, у відносинах держави та особи (визнання державною владою пріоритету права над державою, проголошення людини вищою цінністю, законодавче закріплення пріоритетності міжнародно-правових принципів і норм тощо), дозволяють розширити коло суб'єктів юридичної відповідальності. Вважаємо, що завдання щодо становлення громадянського суспільства і правової держави вимагають встановлення взаємної відповідальності держави й особи, посилення відповідальності саме органів державної влади перед громадянами. Таку принципово важливу тенденцію закріплено у ст. 56 Конституції України: “Кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень” [3].

У контексті дослідження проблематики відповідальності за фіктивне банкрутство та доведення до банкрутства

законодавець не передбачив відповідальності, наприклад, якщо суб'єкта доведено до банкрутства діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами. Більше того, держава не гарантує суб'єктам господарювання однакових “правил гри”, чим також створює умови для банкрутства окремих суб'єктів.

Резюмуючи вищевикладене, необхідно зазначити, що у сучасному суспільстві проблема юридичної відповідальності набуває іншої ролі, іншого соціального значення: інститут юридичної відповідальності необхідно розглядати з позиції природних прав людини, завдання формування громадянського суспільства і правової держави. У процесі складного перехідного періоду від одного стану економіки, бюджетної системи і процесу, політики і права до іншого як ніколи збільшується відповідальність саме держави перед суспільством за становлення і розвиток нової Української державності. Встановлення норм про відповідальність держави перед громадянином характеризує визнання державою пріоритету прав людини і громадянина над іншими цінностями в суспільстві.

Таким чином, враховуючи всі названі аспекти, юридичну відповідальність необхідно визначити як правовідносини між державою й іншими суб'єктами права, що виникають на підставі їх взаємних обов'язків, нести несприятливі наслідки за порушення правової норми. А, відповідно, кримінально-правова відповідальність за порушення законодавства України про банкрутство — це правовідносини між суб'єктами права, що виникають на підставі їх взаємних обов'язків нести несприятливі наслідки за порушення норм кримінального законодавства України.

Визначаючи кримінальну відповідальність, слід виходити з того, що вона є одним із видів юридичної відповідальності. І хоча юридична відповідальність у

правознавстві визначається не однаково, у вузькому спеціально-правовому значенні вона трактується як відповідальність ретроспективна, тобто як відповідна реакція держави за вчинене в минулому правопорушення [4].

У науці кримінального права немає однозначності в розумінні кримінальної відповідальності: одні автори ототожують її з кримінальним покаранням; інші характеризують кримінальну відповідальність як певного роду обов'язок; треті — як конкретні кримінально-правові відносини; четверті — як реалізацію санкції кримінально-правової норми; п'яті — винесення винному обвинувального вироку суду за вчинений злочин, із призначенням покарання або без нього, тощо.

У нормах кримінального закону сформульовано підстави і принципи кримінальної відповідальності. Згідно з чинним КК України, кримінальній відповідальності і покаранню підлягає лише особа, винувата у вчиненні злочину, тобто така, що умисно або через необережність вчинила передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне діяння. У цьому положенні закону міститься відповідь на питання: за що і за яких підстав особа підлягає кримінальній відповідальності? Очевидно, що вона підлягає кримінальній відповідальності за таке діяння, яке має ознаки злочину, передбаченого кримінальним законом. Тому і говорять, що підставою для кримінальної відповідальності є встановлення в діях особи складу злочину. Або, інакше кажучи, склад злочину — це єдина підстава для кримінальної відповідальності.

Поняття кримінальної відповідальності має відповідати родовим рисам юридичної відповідальності і, разом із тим, характеризуватися своїми видовими, відмінними ознаками, а саме:

— кримінальна відповідальність являє собою реальну соціальну взаємодію спеціальних органів держави та особи, яка визнана винною у вчиненні злочину,

внаслідок чого ця особа підлягає певним обмеженням;

— обов'язковою ознакою кримінальної відповідальності є державний примус, який знаходить своє вираження, передусім, у засудженні злочинця і його діяння обвинувальним вирокком суду, а також у покладенні на винуватого додаткових позбавлень та обмежень;

— вид і міру позбавлень особистого (наприклад позбавлення волі), майнового (конфіскація майна або штраф) або іншого характеру (позбавлення права займати певні посади) визначено тільки у кримінальному законі, передусім у санкціях статей КК України, яка передбачають відповідальність за вчинені злочини;

— на відміну, наприклад, від цивільно-правової відповідальності, де іноді можливе добровільне виконання особою позбавлень майнового характеру, при кримінальній відповідальності подібні заходи завжди носять примусовий характер, оскільки вони пов'язані з діяльністю спеціально уповноважених органів держави;

— кримінальна відповідальність можлива лише за вчинення злочину, який виступає як підстава для такої відповідальності [5].

Таким чином, кримінальна відповідальність — це вимушене понесення особою, що вчинила злочин, державного покарання, а також позбавлення особистого, майнового або іншого характеру, які передбачені кримінальним законом і покладаються на винного спеціальними органами держави.

Наведена вище характеристика кримінальної відповідальності не “заважає” дискусіям у теорії кримінального права з приводу основного змісту даного поняття. Найбільш поширеними з огляду на це точками зору є такі [6]:

1. Визначення кримінальної відповідальності як обов'язку відповісти за вчинення забороненого кримінальним законодавством суспільно небезпечного

діяння і стерпіти обмеження морального, матеріального та фізичного характеру.

2. Розуміння кримінальної відповідальності як реального застосування до особи, що вчинила злочин, передбачених кримінальним законом і конкретизованих вироком суду заходів державного осуду та примусу.

3. Ототожнення кримінальної відповідальності та покарання, зведення кримінальної відповідальності до застосування санкцій.

4. Розгляд кримінальної відповідальності як специфічних кримінально-правових відносин або як сукупності кримінально-правових, кримінально-процесуальних і кримінально-виконавчих відносин.

Враховуючи наведене, слушною видається та точка зору, що розглядає кримінальну відповідальність як реальне застосування до особи, яка вчинила злочин, передбачених кримінальним законом і конкретизованих вироком суду заходів державного осуду і примусу. Єдине уточнення, яке потрібно зробити: в окремих випадках кримінальна відповідальність може зводитися лише до державного осуду особи, яка вчинила злочин [7].

Інші точки зору, як виявляється, тією чи іншою мірою не відповідають основним юридичним ознакам кримінальної відповідальності. Так, обов'язок особи відповісти за вчинення злочину і стерпіти передбачені кримінальним законом обмеження не є реакцією держави на вчинений злочин. З огляду на це, сам по собі обов'язок не може бути кримінальною відповідальністю.

Очевидно, що поняття “кримінальна відповідальність” відбиває факт реальної взаємодії особи, яка вчинила злочин, і спеціальних органів держави. Така взаємодія врегульована нормами кримінального права і тому здійснюється в межах певних правовідносин, які називаються кримінально-правовими відносинами. Одні автори слушно вважають, що ці

правові відносини виникають з моменту вчинення злочину. На думку інших, вони виникають або з моменту порушення кримінальної справи, або з моменту притягнення особи як звинуваченої, або, навіть, з моменту винесення обвинувального вироку суду чи набрання ним чинності.

Так, на момент вчинення злочину, пов'язаного з банкрутством, існує правовий зв'язок між суб'єктом господарської діяльності і кредитором, який регулюється нормами Цивільного, Господарського кодексів України: їх загальними положеннями, а також інститутами власності і зобов'язального права. У складі фіктивного банкрутства, крім кредитора, одним із суб'єктів зазначено державу, тобто йдеться про наявність фінансових відносин суб'єкта господарювання з державою, а зобов'язання виникають зі сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів, і основою таких відносин є одностороннє зобов'язання платника.

Оскільки в суспільних відносинах соціальний зв'язок являє собою взаємодію суб'єктів у процесі господарської діяльності, та коли ці відносини ґрунтуються на угоді між сторонами або на односторонньому зобов'язанні, то зміст взаємовідносин повинен бути оснований на належній поведінці суб'єктів господарювання. За сучасних умов зростає необхідність зміцнення договірної і фінансової дисципліни, між якими існує як тісний взаємозв'язок, так і взаємозалежність. Тому дотримання суб'єктом господарювання договірної і фінансової дисципліни охороняється ще й кримінальним законом [8].

З моменту, коли особа вчинила злочин, зокрема пов'язаний з банкрутством, між нею і державою виникають певні юридичні відносини, внаслідок яких у такої особи і держави виникають взаємні права та обов'язки. Злочинець зобов'язаний бути засудженим за вчинений злочин, а також позбавлень

та обмежень, передбачених кримінальним законом. Разом з тим, він має право на те, щоб до нього було застосовано ту статтю Кримінального кодексу, яка забороняє вчинене ним діяння, щоб покарання було призначено йому в межах санкції даної статті, враховано відповідні положення Загальної та Особливої частин Кримінального кодексу тощо. Держава має право засудити злочинця за вчинений ним злочин, а також обмежити його правовий статус строками давності притягнення до кримінальної відповідальності і строками погашення чи зняття судимості і зобов'язана забезпечити правильну кваліфікацію скоєного, призначити покарання в межах, установлених санкцією статті Особливої частини КК, з урахуванням характеру і ступеня суспільної небезпеки скоєного, особи винного, а також обставин, що пом'якшують або обтяжують відповідальність, тощо.

Взаємні права та обов'язки сторін є змістом правовідносин, що розглядаються. Вони виникають об'єктивно з часу вчинення злочину. Тому реальність прав і обов'язків суб'єктів кримінально-правових відносин не залежить від того, чи виявлено злочин органами держави. Доказом цього є хоча б те, що відлік строків давності притягнення до кримінальної відповідальності починається саме з дня вчинення злочину. Процесуальні акти, а саме — порушення кримінальної справи, притягнення особи як обвинуваченої або винесення обвинувального вироку, не створюють кримінально-правових відносин, а лише констатують їх, оскільки ще до винесення цих актів між злочинцем і державою вже виникли реальні юридичні відносини.

Суб'єктами таких відносин є, з одного боку, особа, що вчинила злочин, а з іншого — держава в особі, передусім, органів дізнання, слідства та прокурора. Дані правовідносини постійно розвиваються, уточнюються та змінюються внаслідок дій суб'єктів щодо реалізації

їх взаємних прав і обов'язків (наприклад, злочинець може з'явитися із зізнанням, активно сприяти розкриттю злочину, відшкодувати заподіяні збитки тощо, що, в свою чергу, породжує у відповідних органів і посадових осіб обов'язок врахувати ці обставини при визначенні міри відповідальності).

На наступному етапі розвитку правовідносин органом, що представляє державу, виступає суд, оскільки згідно з ч. 1 ст. 62 Конституції України “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” [9]. Саме обвинувальний вирок суду остаточно засвідчує існування кримінальних правовідносин, що виникли в момент вчинення злочину. Вирок є формою вираження державного засудження злочинця та діяння, яке він вчинив, і конкретизує вид та міру тих позбавлень і обмежень, яким повинен бути підданий засуджений. Таким чином, з моменту набрання чинності обвинувальним вироком правовідносини досягають свого повного обсягу і визначеності. Об'єктом таких правовідносин є ті особисті, майнові та інші блага особи, зменшення яких передбачається в санкції статті Особливої частини КК, за якою особа визнається винною у вчиненні злочину. В нашому випадку — це статті 218 та 219 КК України.

Кримінально-правові відносини можуть бути припинені і на більш ранньому етапі. Підстави для такого припинення можуть бути різними. Це, наприклад, смерть особи, закінчення строків давності (ст. 49 КК), звільнення особи від кримінальної відповідальності з різних причин (розділ XII КК та ін.), видання акта амністії або помилування (статті 85, 86 КК). З моменту припинення правовідносин припиняється і кримінальна відповідальність особи, яка вчинила злочин.

Отже, кримінальна відповідальність виникає з моменту набрання обвинувальним вироком чинності, а припиняється з моменту припинення кримінально-правових відносин [10]. Такий погляд на момент виникнення кримінальної відповідальності не є загально визнаним у науці кримінального права: багато хто з науковців вважає, що кримінальна відповідальність виникає на більш ранніх стадіях — з моменту вчинення злочину, порушення кримінальної справи, затримання або арешту підозрюваного (звинуваченого) та ін. Автор приєднується до загально визнаної у кримінальному праві позиції, що за суспільно небезпечно діяльність юридичної особи кримінальну відповідальність повинні нести фізичні особи, які представляють підприємства, установи, організації. Виходячи з розподілу в кримінальному праві суб'єктів злочину на дві категорії — загальну (фізична осудна особа, яка досягла встановленого законом віку) і спеціальну (особа, яка, крім загальних ознак, має додаткові спеціальні ознаки), доходимо висновку, що суб'єкти даних злочинів належать до категорії спеціальних суб'єктів. Це аргументується тим, що, крім осудності і досягнення 16-річного віку, суб'єкт доведення до банкрутства і фіктивного банкрутства повинен мати і додаткову (спеціальну) ознаку. Такою ознакою для всіх суб'єктів цих злочинів є певний правовий зв'язок із суб'єктом господарської діяльності, який дає їм можливість володіти інформацією про фінансову та господарську діяльність. Наприклад, засновник суб'єкта господарської діяльності має право на одержання інформації про його діяльність, бухгалтерську звітність тощо.

Як уже зазначалося, кримінальна відповідальність може наставати внаслідок вчинення дій або бездіяльності, які призвели до негативних наслідків [11] у злочинах, що нами характеризуються, разом з тим, фіктивне банкрутство неможливо спричинити шляхом бездіяльності.

Основною метою реалізації інституту банкрутства не є застосування каральних засобів, яким є кримінально-правова відповідальність. Це — вимушений захід, який слід розцінювати як об'єктивну необхідність, зумовлену наявністю правопорушення. Тому відповідальність є вимушеним заходом впливу і застосовується за умови, коли вичерпано всі інші заходи впливу [12].

У теорії права визначено, що підставою для юридичної відповідальності взагалі є правопорушення, якому характерні ознаки протиправності, винності, наявності причинного зв'язку між протиправною дією [13] і її негативними наслідками, караність дії або бездіяльності.

Таким чином, законодавцем встановлено систему порушень законодавства України про банкрутство і проголошені види кримінально-правової відповідальності. Але, як свідчать матеріали судової статистики, кримінальна відповідальність за фіктивне банкрутство та доведення до банкрутства призначається дуже рідко.

Щодо оціночних категорій у складах злочинів, що розглядаються, останніми роками визначилася наступна тенденція. По-перше, законодавець прагне конкретизувати види та розміри наслідків, що настали через скоєння злочинів, шляхом їх конкретизації або через кількісний показник (розмір завданих збитків чи незаконно отриманої вигоди). По-друге, враховуючи нестабільність цін та інфляцію, ці кількісні критерії законодавець виражає не у твердо встановлених сумах, а в такому, що регулярно змінюється, показнику щодо неоподаткованого мінімуму доходів громадян.

Разом з тим, через відсутність у нормах статей 218 та 219 КК кваліфікаційної ознаки “в особливо великих розмірах”, іноді винуваті у вчиненні злочинів, у результаті яких державі та кредиторам завдано великих збитків, несуть відповідальність, яка явно не відповідає тяжкості скоєного злочину. Тепер в якості

ілюстрації наведемо наступні приклади:

Так, вироком Печерського районного суду м. Києва визнано винним громадянина Л. у вчиненні злочину, передбаченого ст. 218 КК України і призначено покарання у вигляді обмеження волі строком на 1 рік з відстрочкою виконання вироку. Судом встановлено, що винним заподіяно шкоду на суму 744 тис. грн. [14].

Також до одного року обмеження волі було засуджено вироком Канівського районного суду Черкаської області громадянина Б. за скоєння злочину, передбаченого тією ж статтею, за спричинення збитків, розмір яких склав 655,7 тис. грн., що у 3598 разів перевищує розмір мінімальної заробітної плати [15].

За тією ж ст. 218 КК України Деснянський районний суд м. Києва визнав винним громадянина Я. і призначив йому покарання у вигляді одного року обмеження волі, хоч останній завдав шкоду кредиторам та державі на загальну суму 10,7 млн. грн. Крім того, у даному випадку злочин було вчинено групою осіб за попередньою змовою [16].

Разом з тим, вироком Канівського міського суду Черкаської області було засуджено директора дочірнього підприємства “Магніт-Енергія” і призначено йому покарання за ст. 218 КК України — два роки обмеження волі. Своїми умисними діями винний завдав матеріальної шкоди державі та кредиторам на загальну суму 367,8 тис. грн. [17]

Аналогічну міру покарання Печерський районний суд м. Києва призначив підсудному П., якого визнано винним у скоєнні злочину, передбаченого ст. 218 КК України, та засуджено до двох

років обмеження волі — умовно; при цьому останній завдав збитків на суму 24,1 млн. грн. [18]

З наведених прикладів можна зробити висновок про те, що, фактично, у сфері кримінально-правової відповідальності склалася незадовільна правозастосовча практика, коли через недосконалість кримінально-правових норм, що розглядаються, суди визначають міру покарання за злочини у сфері банкрутства без урахування розміру завданих кредиторам або державі збитків, у зв'язку з чим до статей 218 та 219 КК України необхідно внести таку кваліфікуючу ознаку, як “в особливо великих розмірах”.

Отже, притягнення до кримінальної відповідальності за злочини, пов'язані з банкрутством, покликано захистити найбільш важливі для держави відносини, а заходи кримінально-правового характеру, що застосовуються до особи, яка вчинила злочин, мають відповідати характеру та ступеню суспільної небезпеки діяння та особи винного.

Статті 218 та 219 КК потребують змін (з цим згодні 78,3% опитаних слідчих податкової міліції ДПА України). З метою підвищення відповідальності за вчинення злочину стосовно підприємств, що мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави, необхідно змінити ознаки банкрутства для цих підприємств. Для цього доцільним є диференціювання мінімального розміру заборгованості для того, щоб для звичайних юридичних осіб він залишився на попередньому рівні, а для великих — установлювався на рівні декількох тисяч розмірів мінімальної заробітної плати.

Список літератури:

1. Закон України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” від 14.05.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 42–43. — С. 378.
2. Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 25–26. — С. 131.

3. Коржанский М.И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. — М.: Акад. МВД СССР, 1980. — 248 с.
4. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Київ–Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. — С. 26.
5. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Київ–Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. — С. 198.
6. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина. — К.: А.С.К., 2001. — С. 74.
7. Матишевський П.С. Там само. — С. 75.
8. Перепелица А.И. Уголовная ответственность за хозяйственные преступления в сфере предпринимательской деятельности. — Харьков: Оригинал, 1997. — 135 с.
9. Конституція України. — К.: Право, 1996. — 128 с.
10. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.; За ред. професорів М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Київ–Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. — С. 112.
11. Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. — М.: Юридическая литература, 1974. — 208 с.
12. Відповідальність у державному управлінні та адміністративне право. Наукова доповідь / За заг. ред. В.Б. Авер'янова. — К., 2001. — С. 10.
13. Церетели Т.В. Причинная связь в уголовном праве. — М.: Госюриздат, 1963. — 382 с.
14. Справа № 1-375/03 / Архів Печерського районного суду м. Києва.
15. Справа 1-51 / 2001 рік. Архів Канівського міського суду Черкаської області.
16. Справа № 1-125 2003 р. / Архів Деснянського районного суду м. Києва.
17. Справа № 1-50 2003 р. / Архів Канівського міського суду Черкаської області.
18. Справа № 1-45/03 / Архів Печерського районного суду м. Києва.

РЕЗЮМЕ

В статье широко освещены особенности юридической, в частности уголовно-правовой, ответственности субъектов преступления, предусмотренного статьями 218-219 УК Украины, подчеркивается несоответствие установленной законодательством ответственности совершенному деянию, указываются пути совершенствования действующего законодательства в области уголовно-правовой ответственности за уголовные банкротства, показана правоприменительная практика.

SUMMARY

In the article peculiarities of legal amenability are considered, in particular of criminal one, of subjects of the crime provided in the articles 218-219 of the Criminal Code of Ukraine. The lack of correspondence of the punishment established by law to the criminal act committed is emphasized on. The author also points to the ways of perfection of the current legislation in the field of the criminal amenability for the criminal bankruptcy, the law application practice is shown.

Рекомендовано кафедрою кримінального та адміністративного права

Отримано 7.11.05



О.Р. Михайленко,
доктор юридичних наук, професор
(Академія адвокатури України)

Конкуренція або колізії правових норм та верховенство закону щодо кримінального процесу*

Ключові слова: колізія і конкуренція правових норм, принцип верховенства права, права учасників кримінального судочинства.

Правове регулювання соціальних відносин є складним явищем і воно не завжди повною мірою може відповідати життєвим ситуаціям. А, враховуючи велику кількість законів і правових норм, що їх складають, то виникає відповідна неузгодженість, колізії, конкуренція між ними. Для вирішення цієї проблеми можна скористатися існуючим принципом верховенства права.

Але зазначена тематика недостатньо вивчена і потребує комплексного монографічного дослідження.

У своєму виступі зупинюся лише коротко на деяких її проблемах.

Відповідно до ст. 8 Конституції України визнається і діє принцип верховенства права.

Цей принцип недостатньо визначений, а його правовий аспект повинен пов'язуватися з природними правами людини. Поняття “право” залишається неоднозначним. Якщо право має верховенство, то не відомо, над чим. Тому принцип верховенства права для проку-

рорського нагляду мало що дає, з огляду на його безпредметність.

Сама Конституція, проголосивши принцип верховенства права, більше до нього не звертається. і в Конституції, і в інших законах, нормативно-правових актах йдеться про їх ієрархію, верховенство. Тут більш-менш зрозуміло, про що йдеться. Найвищу юридичну силу має Конституція (ст. 8), згідно з якою державні й інші органи діють відповідно до законів, а не до невизначеного права (ст. 6, 19 Конституції).

У ст. 4 Закону України “Про прокуратуру” однозначно сказано про утвердження верховенства закону, що прокуратура здійснює нагляд саме за додержанням законів.

Система законів багаточисельна і складна. Вона містить власне Закони, акти, що мають таку офіційну назву, нормативно-правові постанови Верховної Ради України; делеговане і санкціоноване законодавство, ратифіковані міжнародні договори, що є частиною національного законодавства України (ст. 9 Конституції). Тобто законами, в широкому їх розумінні, можна вважати нормативно-правові акти, що прийняті, діють за волею законодавчого органу, яким є Верховна Рада України.

* За цією темою автор виступив на науково-практичній конференції в м. Умань 22 червня 2005 року.

Потрібно також зазначити, що особливе місце серед нормативних актів займають рішення Конституційного Суду України, а також вироки та інші рішення загальних та спеціалізованих судів, що набрали чинності і можуть розцінюватися як закони щодо конкретної життєвої ситуації, бо постановлюються іменем України та, як і Закони, є обов'язковими для виконання на всій території держави, а інколи й за її межами.

Яким же чином можна визначити верховенство нормативно-правового акта в їх системі — не відомо. Для цього науково обґрунтованих критеріїв знайти не просто.

В такому випадку, як правило, береться до уваги, хто саме прийняв акт в плані ієрархії, а також перевага надається тому акту, який був прийнятий пізніше, хоча цей акт може офіційно і не скасовувати вже діючого.

Відомо лише однозначно, що Конституція має найвищу юридичну силу (ст. 8). Але й це конституційне положення не завжди витримує конкуренції з іншими законами, враховуючи життєві ситуації, що можуть складатися. Так, за Конституцією (ст. 29) затриманому чи заарештованому надається можливість з моменту затримання користуватися правовою допомогою захисника. Кримінально-процесуальний кодекс України (далі — КПК України) (ст. 43¹) уточнює це положення і передбачає те, що підозрюваний має право на захисника і побачення з ним до першого допиту. Але тут, наприклад, може вступити в силу Закон “Про забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення” і захисник може бути позбавлений можливості своєчасно відвідувати заарештованого в місцях позбавлення волі з причини встановлення в них відповідного карантину. Таким чином, у даній ситуації, напевне, перевагу має не Конституція, а закон, що передбачає встановлення карантину з огляду на загрозу поширення епідемії.

Інший випадок: за Конституцією

(ст. 59) кожен є вільним щодо вибору захисника своїх прав. Це стосується й обвинуваченого, й підозрюваного. Але запрошений обвинуваченим захисник може бути не допущений до справи на підставі Закону “Про державну таємницю”. Це було предметом розгляду Конституційного Суду Росії, який прийняв рішення на користь Конституції.

Виникла колізійна ситуація й за вироком апеляційного суду Луганської обл., в якому гр.-н Л. був визнаний замовником вбивств, але він не притягався до кримінальної відповідальності, а тому й не є учасником процесу. І, як наслідок, позбавлений права подавати клопотання про перегляд справи в порядку виключеного провадження, що не зовсім відповідає вимогам ст. 55 Конституції, яка гарантує кожному право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. За Конституцією (ст. 124) юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. Не є виключенням з цього і правовідносини, що виникли між громадянином Л., якого, порушуючи встановлений порядок, визнали винуватим у вчиненні злочину, та органами правосуддя.

Є чимало неузгоджень, колізій і в самій Конституції України, наприклад, ст. 62 передбачає так звану презумпцію невинуватості особи до встановлення в законному порядку вини обвинувальним вироком суду. Разом з тим, за Конституцією (ст. 129) забезпечується апеляційне та касаційне оскарження рішення суду, а також право звертатись до відповідних міжнародних судових установ, організацій (ст. 55).

Таким чином, сама ж Конституція презюмує, що вирок суду, навіть той, що набрав законної сили, може бути незаконний, а встановлена ним винуватість особи хибною, не встановленою або поставленою під сумнів. А саме: обвинувачений і навіть підозрюваний уже на судовому

слідстві можуть бути затримані, взяті під варту, обшукані, відсторонені від посади тощо. Подібні примусові заходи щодо невинуватих застосовуватись не повинні, в зв'язку з чим так звана презумпція невинуватості зводиться нанівець.

Відповідно до ст. 3 Конституції найвищою соціальною цінністю є людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека. Але сама Конституція майже в кожному проголошеному праві людини робить виключення не на користь людини. Для прикладу: кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29). Але за умов, встановлених самою Конституцією, особа може бути заарештована або затримана без рішення суду (ст. 30). Кожному гарантується недоторканність житла, а в невідкладних випадках можливе проникнення до житла чи до іншого володіння особи без вмотивованого рішення суду. Можна навести й інші приклади. В Конституції (ст. 64), зокрема, записано, що конституційні права і свободи людини і громадянина можуть бути обмежені у випадках, передбачених Конституцією.

У таких випадках найвищою цінністю стає не людина, її честь, гідність, недоторканність, а інтереси суспільства, держави, боротьба зі злочинністю.

Трапляються й парадоксальні випадки, коли громадяни самі не зацікавлені, щоб їх права забезпечувались. Наприклад, у Конституції (ст. 43) сказано, що використання праці жінок і неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах забороняється. А коли прокурори вживали заходів щодо звільнення їх з таких робіт (мається на увазі підземні роботи в шахті), то працівники протестували проти цього, посилюючись на можливість отримувати заробітну плату і мати певний соціальний захист.

У ст. 57 Конституції сказано, що не є чинними закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, якщо вони не доведені до відома населення. В ст. 68 Конс-

титуції записано, що незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності. В такому випадку не відомо, яким чином особа може нести юридичну відповідальність за нечинними законами. Такі колізії, а тим паче в Конституції, вважаємо неприпустимими.

В Конституції допущені також певні недоречності і в порядку підписання законів та актів Президента України. У ст. 106 ч. 4 Конституції з посиланням на пп. 18, 23, 24 цієї статті сказано, що акти Президента України відповідно: про очолювання Ради Національної безпеки і оборони, утворювання судів, присвоєння військових звань, дипломатичних рангів та інших вищих спеціальних звань і класних чинів скріплюються підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання. Свої акти Президент України підписує особисто і не може передавати свої повноваження іншим особам або органам (ч. 2 ст. 106 Конституції) чи якимось чином ділитись ними.

Щодо законів, то їх підписує Голова Верховної Ради України (ст. 94) і невідкладно направляє його Президентові України, який протягом п'ятнадцяти днів підписує його або повертає для повторного розгляду. Але на прийнятих законах стоїть лише підпис Президента України, а хто і як усуває підпис Голови Верховної Ради України — не відомо. Передрукування тексту закону не виключає помилок, внесення змін та небажаних правок. Конституційне регулювання суспільних відносин повинно бути прозорим, чітким, без будь-яких суперечностей і недоречностей.

Захисник, забезпечуючи конституційні права на захист від обвинувачення та надаючи правову допомогу при вирішенні справ (ст. 59 Конституції), відповідно до ст. 48 КПК має право ознайомитися з матеріалами, якими обґрунтовуються затримання підозрюваного чи обрання запобіжного заходу або пред'явлення обвинувачення. Але такими правами не

наділені підозрювані чи обвинувачені, а захисника слідчий має право попередити про кримінальну відповідальність за розголошення даних досудового слідства (ст. 121 КПК). Така заборона стосується й підозрюваного чи обвинуваченого, в зв'язку з чим захисник не може бути повністю відкритим для осіб, інтереси і права яких він захищає. Така колізія, протиріччя є не тільки нелогічними, а й неприпустимими. Довіритель не повинен мати менше прав порівняно з довіряємим.

Органами дізнання, серед інших, є також капітани морських суден, що перебувають у далекому плаванні (ст. 101 КПК). Але класична кримінально-процесуальна форма, процедура, встановлена кримінально-процесуальним кодексом, не зовсім розрахована для розслідування злочинів, вчинених на плавзасобах у відкритому морі, в результаті чого можуть порушуватись права та законні інтереси людини, громадянина. Це може бути пов'язано з отриманням відповідних рішень суду (арешту, обшуку житла тощо), дозволів, санкцій прокурора; вирішення питань відводів, самовідводів, особливо за причетності капітана судна до вчинення злочину; забезпеченням захисником, перекладачем, педагогом, режимом утримання злочинця під вартою тощо.

Ця неузгодженість може бути усунута введенням в проект КПК України відповідної глави про провадження дізнання на суднах, що перебувають поза межами

території України і з якими відсутній безпосередній транспортний зв'язок.

Є неузгодженість у КПК і в більш конкретних випадках. Так, за цим законом не відомо, хто є засудженим, а хто продовжує бути підсудним. Після проголошення вироку особа залишається підсудною, бо саме підсудному за КПК (ст. 341) роз'яснюється право на апеляційне оскарження вироку. А в ст. 348 КПК право на апеляцію вже надається не підсудному, а засудженому. Право і на касацію теж надається засудженому (ст. 384 КПК). Цю колізію теж необхідно усунути, бо правовий статус підсудного і засудженого є різним.

У ст. 6 КПК сказано, що виправдовувальний вирок постановляється за відсутності події злочину, а ст. 327 КПК передбачає, що такий вирок постановляється вже за невстановленням події злочину. Ці підстави є дещо різними за своєю сутністю і змістом, тому законодавець повинен дотримуватись однієї підстави для постановлення виправдовувального вироку або пояснити ці розбіжності.

Усунення правових колізій, неузгоджень, визначення критеріїв принципу верховенства законів, пояснення їх конкуренції будуть спрямовані на забезпечення прав, свобод, законних інтересів громадян, особливо тих, які залучені до кримінально-процесуальної сфери, а також сприяти зміцненню законності та правопорядку.

РЕЗЮМЕ

В представленной статье автор рассматривает вопросы коллизии и конкуренции правовых норм, что понимается под верховенством права. Основное внимание уделяется вопросам обеспечения прав, свобод и законных интересов граждан в уголовно-процессуальной сфере, где имеются несогласованности, правовые коллизии, что не всегда способствует укреплению законности и правопорядка.

SUMMARY

In the given article the author considers the issues of legal norms collision and competition what is understood as the rule of law. The main attention is paid to the issues of ensuring rights, freedoms and legal interests of citizens in the criminal procedural field where there are non-coordinations, legal collisions which does not always promote strengthening the legality, law and order.

Отримано 28.11.05



В.О. Попелюшко,
кандидат юридичних наук, адвокат
(м. Шепетівка, Хмельницької області)

Поняття захисту у кримінальному процесі

Ключові слова: захист у кримінальному судочинстві, його структурні елементи, суб'єкти, зміст та обсяг.

Терміни “захист”, “захисник” в українській мові багатозначні. Ними охоплюються різні за змістом поняття із найрізноманітніших сфер суспільного життя — побутової, військової, спортивної, наукової, правової тощо. Стосовно правової сфери діяльності людини вони тлумачаться, зокрема, так: “захист” — дія за значенням захищати; охорона, сторона, яка захищає обвинуваченого під час суду; “захисник” — той, хто захищає когось, щось від нападу, замаху тощо; той, хто відстоює на суді інтереси обвинуваченого [1].

Відповідно до такого розуміння у сфері права у вітчизняному законодавстві, ці терміни також охоплюють ряд понять, які не співпадають ні за структурою, ні за змістом та обсягом відображених у ньому понять, проте також співвідносяться між собою так, як і в загальноприйнятному розумінні.

Якщо звернутися до приписів щодо захисту в Конституції України, то діяльність держави полягає в охороні, заступництві особи та її невід'ємних благ від незаконних порушень та обмежень цих благ (прав, свобод та законних інтересів) (ст. 3, 10, 17, 25, 27 Конституції), у попе-

редженні таких порушень та обмежень (ст. 29, 30, 31, 34, 39, 41, 42 Конституції) та у відшкодуванні шкоди, коли такі порушення та обмеження не вдалося попередити (ст. 32, 50, 56 Конституції).

Основним державно-правовим засобом захисту людини і громадянина Конституція України називає судовий захист. У ч. 1 ст. 55 Конституції проголошено: “Права і свободи людини і громадянина захищаються судом”. Взявши на себе зобов'язання щодо захисту прав і свобод особи судом, Україна гарантувала виконання цього зобов'язання наданням кожному права на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ч. 2 ст. 55 Конституції). Більше того, Конституція надала право кожному після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав та свобод до відповідних міжнародних установ (ч. 4 ст. 55 Конституції). Аналіз наведених приписів щодо судово-правового захисту дозволяє дійти висновку, що його змістом є універсальне право кожного, хто вважає свої права та свободи порушеними чи поставленими під загрозу порушення, і обов'язок суду — розглянути таке звернення та вирішити вказане у ньому питання по суті.

Між тим, суд — не єдиний орган державно-правового захисту прав і свобод

людини і громадянина. Конституція України надає кожному право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (ч. 3 ст. 55 Конституції). Представляти інтереси громадян в суді у випадках, визначених законом, захищати у межах своєї компетенції права і свободи громадян на засадах їх рівності перед законом, вживати заходів щодо усунення порушень закону, від кого б вони не виходили, поновлення порушених прав — безпосередні обов'язки прокуратури (п. 2 ч. 1 ст. 5, п. 3, 4 ст. 6 Закону України “Про прокуратуру”). Забезпечення особливої безпеки громадян, захист їх прав і свобод, законних інтересів, запобігання правопорушенням та їх припинення, охорона і забезпечення громадського порядку, захист власності від злочинних посягань — найголовніші із завдань міліції (ст. 2 Закону України “Про міліцію”).

До того ж, специфіка правозахисної діяльності названих та деяких інших державних органів полягає у тому, що ці органи зобов'язані її здійснювати, як правило, незалежно від звернення до них за захистом самої особи.

Правозахисну діяльність здійснюють не тільки державні органи, а й недержавні — громадські організації, творчі спілки, трудові колективи, профспілкові об'єднання тощо. Так, відповідно до ч. 1 ст. 19 Закону України “Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності” профспілки, їх об'єднання здійснюють представництво і захист трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілок в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, у відносинах з роботодавцями, а також іншими об'єднаннями громадян. Діячі профспілок, громадських організацій можуть брати участь як представники членів даних організацій у цивільному (ст. 40 ЦПК), адміністративному (ст. 56 КАС) судочинстві, як представники потерпілого, цивільного позивача та

цивільного відповідача в кримінальному судочинстві (ст. 52 КПК).

Особливо велика роль у правозахисній діяльності належить адвокатурі як незалежній, професійній, самоврядній корпорації. Сприяння захисту прав, свобод, представництво законних інтересів громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надання їм іншої юридичної допомоги є головним завданням адвокатури України (ст. 1 Закону України “Про адвокатуру”). У кримінальному процесі, зокрема, адвокати беруть участь як захисники підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого* та надають їм необхідну юридичну допомогу під час провадження у кримінальній справі (ч. 1 ст. 44 КПК) та як представники потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача (ч. 1 ст. 52 КПК).

Нарешті, “кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань” (ч. 5 ст. 55 Конституції), також “кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань” (ч. 2 ст. 27 Конституції). Це проголошення в Основному Законі особливої форми захисту — самозахисту. Найбільш виразною і, разом з тим, в той же час крайньою формою такого захисту є необхідна оборона (ч. 1 ст. 36 КК).

В усіх наведених вище випадках, як бачимо, термін “захист” та його синоніми “охорона”, “представництво”, “юридична допомога”, “оборона” означають діяльність держави, її органів, громадських та інших недержавних організацій, особи, спрямовану на попередження, подолання дійсної чи уявної протиправної шкоди, що загрожує або вже завдана правам, свободам, законним інтересам

**Надалі, якщо контекст викладення не вимагатиме іншого, вживатиметься родове поняття “обвинувачений”.*

особи, суспільства, держави. В цьому значенні термін “захист” та його синоніми означають найширше його поняття, і суб’єктом права на такий захист є будь-які особи (“кожен”). У кримінальному судочинстві це всі особи, права, свободи і інтереси яких можуть зачіпатися та зачіпаються при провадженні справи — обвинувачений, потерпілий, цивільний позивач та інші, хто, відповідно, домагається спростування обвинувачення, задоволення позовних вимог тощо.

Однак у кримінальному судочинстві термін та поняття “захист”, “захисник” мають більш вузьке, спеціальне значення. У Конституції України вони зазначені у п’ятьох нормах чотирьох статей: “підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист” (ч. 3 ст. 63); однією із основних засад судочинства є “забезпечення обвинуваченому права на захист” (п. 6 ч. 3 ст. 129); “кожен є вільним у виборі захисника своїх прав” (речення друге ч. 1 ст. 59); “Для забезпечення права на захист від обвинувачення... діє адвокатура” (ч. 2 ст. 59); “Кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно... надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника” (ч. 4 ст. 29 Конституції).

Цілком закономірно, що виключно у такому ж значенні “захисник”, “захист” вживаються у КПК України (ч. 2 ст. 73, ст. 161, ч. 1 ст. 21, п. 8 ст. 32, ч. 2 ст. 43, ч. 2 ст. 431, ст. 44, 45, 46, 47, 48, п. 3 ч. 2 ст. 521 КПК і т.д.). Більше того, КПК України відмежовує функцію захисту від інших процесуальних функцій під час розгляду справи в суді, перераховує суб’єктів здійснення даної функції (ч. 2, 3, 4 ст. 161, ст. 261 КПК), розкриває поняття захисника як особи, “яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого та надання їм необхідної юридичної допомоги при

провадженні у кримінальній справі” (ч. 1 ст. 44 КПК), визначає його права та обов’язки (ст. 48 КПК) тощо.

У ролі суб’єкта та його діяльності саме із захисту обвинуваченого і саме у кримінальному процесі, терміни та поняття, що розглядаються використовуються й у деяких законах України та підзаконних нормативних актах, наприклад у законах “Про адвокатуру” (ст. 1, 5), “Про міліцію” (ст. 5), в Указі Президента України “Про деякі заходи щодо підвищення рівня роботи адвокатури” від 30 вересня 1999 р. (п. 7) та ін.

Повний аналіз усіх норм вітчизняного права, де використано терміни “захисник” та “захист” стосовно кримінального судочинства, дозволяє стверджувати наступне:

Перше. Ці терміни у кримінально-процесуальному праві вживаються як для означення одних і тих же понять, так і взаємопов’язаних, але різних. Усе залежить від контексту правової норми та процесуально-правового інституту, до якого ця норма належить. Наприклад, у контексті ч. 3 ст. 59 Конституції України (обвинувачений має право на захист) “захист” охоплює щонайменше: 1) комплекс прав, якими наділений обвинувачений у кримінальному процесі для здійснення свого захисту особисто; 2) право мати захисника, уповноваженого здійснювати захист його прав і законних інтересів; 3) діяльність як самого обвинуваченого з реалізації наданих йому прав, так і його захисника зі здійснення наданих йому законом повноважень. У контексті ст. 161 КПК у поєднанні із приписами ст. 261 КПК термін “захист” використано: 1) для означення однойменної функції під час розгляду справи в суді (ч. 2 ст. 161 КПК); 2) визначення суб’єктного складу виконавців цієї функції (ч. 4 ст. 161 КПК); 3) сторони у судовому розгляді (ч. 4 ст. 161, ст. 261 КПК).

Тобто, “захист” у кримінальному процесі означає: 1) осіб, учасників процесу, суб’єктів, правомочних здійсню-

вати захист обвинуваченого; 2) одну із функцій судового розгляду; 3) діяльність суб'єктів захисту з реалізації наданих їм прав та повноважень у процесі здійснення функцій, що виконуються ними.

Друге. Об'єктом захисту є обвинувачений (підозрюваний, підсудний, засуджений, виправданий), його права, свободи та законні інтереси.

Третє. Суб'єктами захисту виступають обвинувачений та його захисник — особа, яка має право на заняття адвокатською діяльністю в Україні, а у випадках і в порядку, передбачених КПК, також законний представник (ч. 2 ст. 44, п. 10 ст. 32 КПК).

Між тим, наведені твердження є далеко не безспірними не тільки в науці кримінально-процесуального права, а й у правотлумачній та правозастосовчій практиці, наслідком чого є неоднозначне розуміння як захисту в цілому, так і різнобій у вирішенні всього комплексу пов'язаних з ним проблем.

Одну із проблем, пов'язаних з колом суб'єктів захисту, “породив” Конституційний Суд України своїм рішенням від 16 листопада 2000 р. № 13 — рп/2000 (справа Солдатова), розтлумачивши положення ч. 1 ст. 59 Конституції про те, що “кожен є вільним у виборі захисника своїх прав”, як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного під час захисту від обвинувачення вибирати захисником своїх прав також особу, яка є “фахівцем у галузі права і за законом має право на отримання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи”.

Про помилковість цього рішення Суду сказано, написано та офіційно висловлено, в тому числі адвокатською спільнотою України, незалежними експертами держав Європи досить багато і правильно [2]. А тому, не повторюючи висловленого, зазначу, що судова практика, а потім і Верховний Суд України постановою Пленуму від 24 жовтня 2003 р. № 8 “Про застосування

законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві” нівелювали рішення Конституційного Суду України в цій частині недопуском “фахівців в галузі права” до участі в захисті обвинуваченого у кримінальному процесі, а Верховний Суд України прямо вказав: “Визнати правильною практику тих судів, які за відсутності спеціального закону не допускають таких фахівців до здійснення захисту в кримінальних справах” (ч. 2 п. 5). Оскільки такий спеціальний закон в Україні відсутній, далі про “фахівців в галузі права” не йтиметься.

У науці кримінального процесу відсутня єдність щодо розуміння захисту з основних його складових, зокрема, щодо суб'єктів, видів захисної діяльності, способів здійснення, а в кінцевому результаті, стосовно змісту самого поняття “захисту у кримінальному процесі”. Оскільки ж це одні з основних процесуальних категорій, від правильного їх трактування, а отже, і застосування значною мірою залежить рівень та стан дотримання прав, свобод та законних інтересів особи у кримінальному процесі.

Щодо кола суб'єктів захисту, поширеною є думка про те, що до них, крім обвинуваченого та його захисника, належать також органи розслідування та прокуратури, оскільки закон вимагає від цих органів “вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність” [3]. Інколи до суб'єктів захисту відносять також суддю та суд, називаючи захист, “посадовим або офіційним” [4]. Точка зору про існування посадового захисту відстоюється й дотепер [5], хоча законодавець доповненням у 2001 р. КПК статтею 161 чітко визначив його суб'єктний склад — підсудний, його захисник або законний представник.

Погодитися з наведеною точкою зору неможливо не тільки тому, що стосовно судових стадій процесу вона відверто суперечить чинному процесуальному закону, який чітко визначив функції під час розгляду справи в суді.

Несумісною є функція захисту з іншими процесуальними функціями і на досудовому слідстві. На слідчого дійсно покладено обов'язок з'ясувати як обставини на користь, так і проти обвинуваченого. Між тим, як влучно зазначив О.М. Ларін, “якщо слідчий здійснює захист, то виникає питання, від кого він захищає обвинуваченого. Відповідь же, що слідчий захищає від слідчого, від обвинувачення, ним же сформульованого, навряд чи кого задовольнить. Ні до чого іншого трактування ролі слідчого як захисника не призводить. Разом з тим, це трактування принижує значення участі в розслідуванні дійсного захисника — адвоката” [6].

Справа не в тому, що слідчий зобов'язаний збирати як обвинувальні, так і виправдувальні докази, а у тому, що він зобов'язаний сформулювати засноване на доказах обвинувачення, пред'явити його обвинуваченому і надати право оспорити це обвинувачення. Отже, місія органу дізнання, слідчого, прокурора, суду стосовно захисту інша, а саме — у забезпеченні ними права обвинуваченого на захист, у створенні передбачених законом процесуальних умов для використання обвинуваченим та його захисником наданих їм законом захисних можливостей, тобто у втіленні в процесі однієї із основних засад судочинства — “забезпечення обвинуваченому права на захист” (п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції).

Інший напрямок більш широкого розуміння суб'єктів захисту полягає у тому, що його прихильники відносять до них усіх учасників процесу, які мають чи відстоюють певний інтерес у справі, та інших осіб, стосовно яких були порушені ті чи інші надані їм права. Вважається, що у цьому плані функцію захисту своїх

інтересів та охорону наданих їм прав здійснюють також, окрім обвинуваченого, потерпілий [7], цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники [8], свідки, експерти, поняті тощо [9].

Безумовно, потерпілий, цивільний позивач мають свої інтереси у справі і захищають їх під час провадження кримінальної справи та за допомогою представників, в тому числі адвокатів-представників. Однак, по-перше, інтерес і потерпілого, як жертви злочину, і цивільного позивача як особи, якій злочином заподіяна майнова та/чи немайнова (моральна) шкода, може бути задоволений лише за умови доведеності вини обвинуваченого у вчиненні злочину та його вини у спричиненні шкоди. Тому напрям діяльності цих учасників процесу відверто обвинувальний. Їх діяльність безпосередньо “примикає” до діяльності державного обвинувача. Тому цілком логічно закон нині відносить даних учасників процесу до сторони обвинувачення. Більше того, потерпілому та його представнику тепер надано право, у разі зміни прокурором обвинувачення в суді на більш м'яке чи відмови від обвинувачення (ч. 3 ст. 264, ч. 3 ст. 277 КПК), вимагати продовження розгляду справи та, відповідно, підтримувати обвинувачення чи підтримувати його у повному обсязі (ч. 2 ст. 267, ч. 4 ст. 277 КПК). У таких ситуаціях потерпілий, аналогічно як і у справах приватного обвинувачення, перебуває у статусі обвинувача та потерпілого одночасно. А звідси, по-друге, у позиції на захист, що розглядається не враховуються суть та характер правовідносин, що виникають та реалізуються під час провадження кримінальної справи. Захист від обвинувачення виникає і здійснюється виключно як “реакція” на нього та діяльність проти цього обвинувачення. Потерпілого та цивільного позивача у вчиненні кримінального правопорушення не обвинувачують. Отже, їм немає від чого боронитися, а тому немає потреби

вступати у відносини протиборства із обвинувачем.

Відсутній консенсус в літературі і щодо поняття структури та змісту захисту як діяльності його суб'єктів. З цієї проблеми висловлено щонайменше три погляди.

Одні автори визначають захист як “сукупність забезпечених Конституцією прав особи, притягненої в кримінальній справі в якості обвинуваченого чи підозрюваного. Захист являє собою також саму процесуальну діяльність, яка полягає у з'ясуванні обставин, що спростовують, виключають чи пом'якшують обвинувачення, обґрунтовуючи висновок, що обвинувачений (підозрюваний) невинуватий або не настільки винуватий, як стверджує обвинувач” [10].

Інші розуміють під захистом власне “діяльність підозрюваного, обвинуваченого і його захисника по спростуванню інкримінованого обвинувачення, по з'ясуванню обставин, що виправдовують обвинуваченого (підсудного) чи пом'якшують його вину та відповідальність” [11].

Ще інші вважають, що захист у кримінальному процесі — це “...сукупність здійснюваних відповідно до закону процесуальних дій та відносин, спрямованих на повне чи часткове спростування (оспорювання) пред'явленого тій чи іншій особі обвинувачення, покращення його стану та на забезпечення прав і охоронюваних інтересів цієї особи у справі” [12].

Як видно з наведених визначень, усі сходяться лише на тому, що в поняття захисту входить діяльність обвинуваченого та його захисника, спрямована на спростування обвинувачення та досягнення сприятливого для обвинуваченого результату. По суті, в цій частині поняття захисту розглядається як тотожне поняттю функції захисту — напряму (виду) захисної діяльності в прямому розумінні цього слова [13], і це цілком правильно.

Однак тут слід зазначити наступне: кримінально-процесуальна діяльність для захисту — відкрита інформаційна система. У кримінальному судочинстві стосовно захисту чинним є принцип “дозволено все, що не заборонено законом”. Отже, захист може здійснюватися не тільки шляхом діяльності, безпосередньо передбаченої процесуальним законом, а й у формі, що не суперечить закону. А тому ця ознака також повинна виключатися як структурний елемент змісту поняття захисту.

Між тим, захист, як і всі інші види процесуальної діяльності, складається не лише з власне діяльності. Перебіг цієї діяльності здійснюється в формі правових відносин між її учасниками. Без реалізації учасниками процесу наданих їм прав та виконання кореспондуючих цим правам обов'язків інших суб'єктів процесу кримінально-процесуальна діяльність, в тому числі захисна, неможлива.

Кримінально-процесуальна діяльність виявляється та реалізується в системі правовідносин різних видів та між різними суб'єктами процесу. Однак центральним правовим відношенням, з приводу якого та у зв'язку з яким виникають усі інші правовідносини, є правовідносини між обвинувачем та обвинуваченим, тобто правовідносини обвинувачення та захисту від обвинувачення. Тому правові відносини поряд із суб'єктами захисту, їх діяльністю — також обов'язковий структурний елемент поняття захисту.

Включення правовідносин до поняття захисту важливо не стільки в теоретичному, скільки у практичному плані, зокрема, для вирішення питання про момент виникнення в особи права на захист, коли захист власне повинен починати функціонувати.

Очевидно, далеко не завжди, як інколи вважають, правовідносини “обвинувачення — захист” виникають між обвинувачем в особі дізнавача, слідчого, прокурора та обвинуваченим “у момент

винесення постанови про притягнення особи як обвинуваченого” [14].

Право на захист має згідно із законом підозрюваний, а отже відповідні правовідносини виникають з моменту поставлення особи у становище підозрюваного (ст. 411 КПК). У ряді ж ситуацій, окрім наведених, особа *de facto* підозрюється у вчиненні злочину, хоча *de jure* перебуває у статусі свідка, потерпілого тощо чи взагалі не набуває якогось процесуального статусу. Так, особа фактично є підозрюваною: коли проти неї порушена кримінальна справа; коли особа допитується як свідок про її участь у події злочину, за фактом якої порушена справа; у разі обшуку особи, її житла чи іншого володіння; під час здійснення в'язання особи, її освідчення тощо. Такі та їм подібні рішення та дії, спрямовані на з'ясування фактів та обставин, що викривають особу у вчиненні злочину, є нічим іншим, як її кримінальним переслідуванням. У таких ситуаціях з моменту фактичного кримінального переслідування запідозреної особи між нею та державою в особі слідчого чи дізнавача виникають відповідні суспільні відносини підозри. Очевидно, щоб забезпечити права та законні інтереси таких запідозрених, дати їм реальну можливість захищатися, ці відносини мусили б бути врегульовані правом, а відтак підозрі можна було б протиставити захист, в тому числі професійний. Сьогодні ж тут мають місце прогалини у кримінально-процесуальному законі.

Заповнити прогалини у регулюванні суспільних відносин у сфері кримінального судочинства, що розглядаються наданням їм форми правових відносин можливо різними шляхами [15]. Прийнятним є й варіант, передбачений у проєкті нового КПК, а саме: запровадження інституту кримінального переслідування — процесуальної діяльності, яка здійснюється стороною обвинувачення (особою, яка здійснює дізнання, слідчим, прокурором) з метою викриття, засудження та пока-

рання осіб, винних у вчиненні злочину, який включатиме підозру, обвинувачення, державне обвинувачення як його складові (п. 25 ст. 6 — п. 8, 37, 48 проєкту КПК), але неодмінно за умови, що захист буде поширено на всі правовідносини, пов'язані з кримінальним переслідуванням, та починатиметься з моменту прояву останнього у будь-якій його формі.

Що ж стосується включення деякими вченими до поняття захисту процесуальних прав підозрюваної особи чи притягненої до кримінальної відповідальності, то, вважаю, воно є зайвим, бо, з одного боку, права особи є одним із структурних елементів правовідносин, у які особа вступає, а з іншого, навряд чи виправданим з тієї причини, що права особи є необхідним компонентом її статусу, тобто поняття однопорядкового із поняттям захисту як діяльності.

Наведені вище і подібні їм дефініції визначення поняття захисту не враховують ще двох видів захисної діяльності — у справах про застосування примусових заходів медичного характеру (ст. 417, 419 КПК) та у справах про застосування примусових заходів виховного характеру щодо осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння до досягнення віку, з якого можлива кримінальна відповідальність (ст. 73, 447 КПК).

Нарешті, неспірним є питання про характер захисної діяльності.

Одні автори вважають, що сутність захисту полягає в тому, що “обвинувачений та його захисник висловлюють своє ставлення до офіційного обвинувачення, висунутого слідчим чи прокурором, а в справах приватного обвинувачення — потерпілим, яке порушує права на захисні інтереси обвинуваченого” [16]; інші — що “захист є діяльністю, яка полягає у формулюванні та відстоюванні висновку про те, що дана особа не здійснювала суспільно небезпечного діяння або діяння та особа, яка його здійснила, не настільки небезпечні, як стверджують ті, хто здійснює кримінальне пересліду-

вання” [17]. Ще інші захистом називають “сукупність процесуальних дій, спрямованих на спростування обвинувачення, на встановлення невинуватості обвинуваченого або на пом’якшення його відповідальності” [18].

Ставлення, висловлення свого ставлення стороною захисту до офіційного обвинувачення не дорівнює захисту. Правова позиція, що відстоюється захисником, — це його думка про обвинувачення, точка зору про обставини, що підлягають доказуванню, а також з усіх інших правових питань, що виникають у процесі розслідування і судового розгляду справи [19]. Висловлення стороною захисту своєї позиції щодо обвинувачення, таким чином, є важливим, але лише одним із елементів, що його характеризують.

Друга із наведених точок зору також надто вузько тлумачить поняття захисту, оскільки для того, щоб сформулювати та відстоювати висновок про необґрунтованість твердження сторони обвинувачення, необхідна попередня копітка робота з доказовим матеріалом під час провадження у справі, тобто діяльність практична, яка складає серцевину і фактичну основу захисту.

Разом з тим, захист не зводиться також до виключно доказової діяльності зі спростування обвинувачення, з’ясування обставин, що виправдовують обвинуваченого та пом’якшують його відповідальність. Це також робота у правовому полі справи — стосовно кваліфікації діяння, норм закону про підстави кримінальної відповідальності, чинність кримінального закону в часі, просторі щодо осіб, матеріально-правових норм про покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування тощо. Захисна діяльність включає також доказову та оціночну діяльність одночасно під час провадження справи з дотримання стороною обвинувачення норм кримінально-процесуального права. Нерідкі випадки, коли у захисній

діяльності переважає саме така, аксеологічна (оціночна), її сторона.

Обов’язковим аспектом роботи захисника-адвоката у кримінальній справі закон називає надання необхідної допомоги підзахисному (ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 48 КПК). Ця робота здійснюється ним упродовж всього перебігу участі в справі, полягає у роз’ясненні підзахисному його прав, обов’язків, консультуванні з інших правових питань, обговоренні юридичної природи та сили доказових матеріалів справи, допомозі при складанні процесуальних документів тощо та й поставлена вона виключно адвокату-захиснику в обов’язок саме тому, що конституційною гарантією забезпечення обвинуваченому права на захист є саме право на кваліфіковану юридичну допомогу, для забезпечення якої, у свою чергу, “в Україні діє адвокатура” (ч. 2 ст. 59 Конституції). Надання адвокатом-захисником необхідної правової допомоги підзахисному підпорядковане, безперечно, підвищенню ефективності самозахисної діяльності підзахисного, надання цій діяльності рис професійності. Отже, надання такої допомоги не знаходиться поза власне захистом, але й не зливається з ним. Це специфічна сторона захисної діяльності, яка має свій особливий характер та зміст, а тому має бути відображена у понятті професійного захисту як його неодмінний компонент.

Підсумовуючи наведене вище щодо необхідних структурних елементів захисту в кримінальному судочинстві, його суб’єктів, змісту та обсягу, слід дійти висновку, що він, в свою чергу, також має два означення — широке та вузьке.

В широкому розумінні захист у кримінальному судочинстві — це система передбачених і не заборонених законом дій (діяльності) підзахисного та його захисника (адвоката та законного представника) та відносин, спрямованих на спростування фактичної та юридичної сторін підозри, що виникла або висунутого обвинувачення (кримінального

переслідування в інших формах), та на з'ясування обставин, що спростовують підозру та/чи обвинувачення, виключають та/чи пом'якшують кримінальну відповідальність та/чи покарання.

Захист, у вузькому розумінні, охоплює лише діяльність адвоката в кримі-

нальній справі. Звідси — він являє собою ту ж за характером та змістом, але виключно професійну роботу захисника-адвоката з одним конкретизуючим цю роботу елементом, а саме: з надання підзахисному необхідної юридичної допомоги.

Список літератури:

1. Див.: Новий тлумачний словник української мови в 3 т. / Уклад. Василь Яременко, Оксана Сліпушко. — К.: Аконт. — Т.3. — С. 733.
2. Див. наприклад: Адвокат. — 2000. — № 4–5. — С. 39–61; Жуковська О.Л. Проблеми адвокатури України в фокусі уваги світової юридичної громадськості // Адвокат. — 2002. — № 5. — С. 54–55.
3. Фаткуллин Ф.Н., Зинатуллин З.З., Аврах Я.С. Обвинение и защита по уголовным делам. Учебное пособие. — Изд.-во Казанского университета, 1976. — С. 113.
4. Михеенко М.М., Нор В.Т., Шибіко В.П. Кримінальний процес України. — К.: Либідь, 1999. — С. 44.
5. Молдован А.В. Забезпечення обвинуваченому права на захист у кримінальному процесі Федеративної Республіки Німеччини та України (порівняльно-правове дослідження). Автореф. дис... канд. юрид. наук. — К.: 2003. — С. 10.
6. Ларин А.М., Мельникова Э.Б., Савицкий В.М. Уголовный процесс России. Лекции-очерки / Под ред. проф. В.М.Савицкого. — М.: БЕК, 1997. — С. 162.
7. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України. — К.: А.С.К., 2002. — С. 208.
8. Михеенко М.М. Обеспечение участвующим в деле лицам права на защиту их законных интересов как принцип советского уголовного процесса // Проблемы правового статуса личности в уголовном процессе. — Изд.-во Саратовского университета, 1981. — С. 55.
9. Видря М.М. Функция защиты в советском уголовном процессе // Советское государство и право. — 1978. — № 1. — С. 89.
10. Савицкий В.М., Ларин А.М. Уголовный процесс: Словарь-справочник. — М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ: ИНФА-М, 1999. — С. 55.
11. Элькин П.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе // Вопросы защиты по уголовным делам. — Узд.-во Ленинградского госуниверситета, 1967. — С. 14.
12. Фаткуллин Ф.Н., Зинатуллин З.З., Аврах Я.С. Вказ. праця. — С. 110.
13. Стецовский Ю.И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. — М.: Юрид. Лит-ра, 1982. — С. 3.
14. Письменный Д.П. Сучасні проблеми обвинувачення та захисту в кримінальному судочинстві України // Доповіді учасників міжнародної науково-практичної конференції “Тактика, методика, етика захисту та представництва”. — К.: Академія адвокатури України, 2003. — С. 47.
15. Див. наприклад: Гончаренко В. Деякі зауваження у зв'язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2(33)–3(34). — С. 701–702.
16. Письменный Д.П. Вказ. праця. — С. 42.
17. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. — М.: Юрид. Лит-ра, 1986. — С. 41.

18. *Бойков А.Д.* Этика профессиональной защиты по уголовным делам. — М.: Юрид. Лит-ра, 1978. — С. 88.

19. *Варфоломеева Т.В.* Защита в уголовном судопроизводстве. — К., 1998. — С. 87.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию теоретических и практических вопросов в связи с проблемой субъектов защиты в уголовном процессе в Украине. Освещаются характер и сущность их деятельности по защите, а также уделяется детальное внимание определению защиты в уголовном процессе.

SUMMARY

The article is devoted to research of theoretical and practical questions related with the problem of the subjects of defence in the criminal trial in Ukraine. It also deals with character and essence of their protective activity. The definition of defence in a criminal trial is also carefully treated in the article.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Отримано 15.11.05



О.В. Сурдукова,
аспірантка
(Запорізький національний університет)

Адвокатське розслідування як інститут кримінально- процесуального права

Ключові слова: *учасники кримінального судочинства, інститути кримінально-процесуального права, статус адвоката, збирання та подання доказів, адвокатське розслідування.*

Як відомо, участь захисника у доказуванні в кримінальній справі здійснюється шляхом реалізації наданих йому законом прав.

Права захисника як учасника процесу під час провадження кримінальної справи та водночас як представника підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого з моменту допуску до участі у справі визначені у ч. 2 ст. 48 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК України), а щодо захисника-адвоката — в ст. 6 Закону України “Про адвокатуру”. Що стосується судового розгляду, то права суб’єкта сторони захисту визначені у ст.ст. 261, 266 КПК України, а щодо тих чи інших процесуальних ситуацій, конкретизовані у відповідних нормах КПК та інших законодавчих актах України.

У ч. 2 ст. 66 та п. 8 ч. 2 ст. 48 КПК України йдеться про те, що захисником можуть бути подані докази. Закон не забороняє захиснику збирати відомості про факти, що можуть використовуватися як докази у справі (п. 13 ч. 2 ст. 48

КПК) і які є важливими для захисту. Тобто фактично захисник має право не тільки подавати, але й збирати докази, які необхідні для надання юридичної допомоги. Наприклад, право адвоката — зустрічатися з очевидцями та іншими особами, які можуть дати свідчення по справі, та вимагати їх виклику і допиту. Але яким чином — законодавець дані положення не регламентує.

Сучасне кримінально-процесуальне законодавство дозволяє будувати теоретичні конструкції стосовно нетрадиційних ролі, місця, шляхів участі захисника у кримінальному судочинстві. Тобто, йдеться про адвокатське розслідування. Актуальність цього питання полягає у тому, що проблема адвокатського розслідування займає провідне місце серед питань формування найважливіших конституційних принципів, побудови судової системи та організаційної діяльності адвокатури.

Зокрема, вчені та практики України, Російської Федерації та інших країн СНД неодноразово зверталися до цієї проблеми. Серед них — М.Ю. Барщевський, О.Я. Баєв, Т.В. Варфоломеева, Л.Є. Владимиров, Н.І. Горя, Є.Г. Мартинчик, М.М. Нокербеків, М.М. Розін, Н.В. Сібільова, В.Т. Томін, С.О. Шейфер та ін. Одні з них пропонують назвати це паралельним розслідуванням або слідством [1, 85], інші — приватними

розслідувальними заходами [2, 82–83], адвокатським розслідуванням [3, 192] або самостійним “розслідуванням” [4;58].

В останні роки за назву “адвокатське розслідування” виступає Н. Горя [5, 22], але ще у далекому 1895 році за це ратував Вс. Даневський [6, 33–72]. Ми поділяємо цю думку і вважаємо, що більш вдалою назвою є саме “адвокатське розслідування”, тому що в цю назву внесена сама суть дій адвоката з приводу проведення ним самостійного розслідування.

У ході реформи кримінально-процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру українськими законодавцями не було прийнято жодної з приведених вище назв адвокатської діяльності зі збирання та подання доказів на досудовому слідстві, хоча й була зроблена спроба врегулювання певних повноважень захисника-адвоката, які дозволяють розвивати концепцію щодо нового (як для нашої країни) інституту кримінально-процесуального права, яким є адвокатське розслідування. Впровадження адвокатського розслідування в практику кримінального процесу може докорінним чином змінити існуючу модель на змагальну, усунути недоліки, які є у вітчизняному досудовому слідстві.

Цю обставину також добре усвідомлюють і вчені-процесуалісти та практики України, які висловлюють ідею наділити адвоката-захисника правом проводити власне розслідування. Вищевказана ідея також відчутна і в Росії. Так, І.Л. Петрухін вважає, що є тільки один шлях протистояння існуючому обвинувальному ухилу в діяльності слідчих органів: зрівняти обвинувачення та захист у всіх процесуальних можливостях, тобто ввести паралельне адвокатське розслідування з обов’язковим приєднанням до справи добутих таким шляхом доказів [7, 31]. При цьому простежується наступне концептуальне положення: сучасний російський кримінальний процес не може обійтися без надання адвокату-захиснику права проводити власне розслідування,

яке не обов’язково може мати назву паралельне. Надання адвокату права проводити власне розслідування І.Л. Петрухін обґрунтовано пов’язує з переходом від інквізиційного кримінального процесу до змагального, притаманного демократичним правовим державам.

Зейкан Я.П. справедливо зазначає, що у слідства немає монополії на пошук фактичних даних, що можуть бути використані як докази [4,67]. На його думку, “...захисту нерідко необхідно провести самостійне, паралельне розслідування, щоб надати суду не один сам по собі доказ, а кілька доказів, які представляють собою певну взаємоузгоджену систему заперечень щодо обвинувачення” [4,59].

Попелюшко В.О. підкреслює, що вже сьогодні діяльність захисника зі збирання доказів є процесуально-правовим і, на його думку, захисне (“адвокатське”) розслідування є паралельним слідчому розслідуванню, і зібрані захисником засоби захисту, з огляду на нагальну потребу зміцнення змагального характеру вітчизняного кримінального судочинства, слід законодавчо визнати кримінально-процесуальними доказами [8,167].

У науці кримінально-процесуального права як галузі юридичних знань особливе місце займають інститути кримінального процесу, які нерозривно пов’язані з його структурою і дозволяють розкрити найбільш важливі сторони побудови судочинства, їх функціональне призначення для вирішення завдань та досягнення мети кримінального процесу, охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів особи.

Методологічною основою дослідження адвокатського розслідування як інституту кримінально-процесуального права є, з одного боку, положення загальної теорії держави і права про інститути права, а з іншого — застосування такого роду положень до концептуальних основ теорії інститутів права в галузях юридичних знань, у тому числі в кримінально-процесуальному праві. Інакше кажучи,

у дослідженні інститутів права і судочинства виділяються два рівні — загальноправовий і галузевий. Перший рівень розробляється загальною теорією держави і права. Ці розробки мають фундаментальне, методологічне значення для досліджень інститутів права в галузевих юридичних науках, в тому числі процесуального права. Що стосується другого рівня, то дослідження інститутів права в галузях юридичної науки покликані розкрити загальне й окреме (приватне), характерне для певних інститутів.

Скакун О.Ф. зазначає, що кримінально-процесуальному праву властиві елементи як диспозитивного, так і імперативного методу, при превалюванні одного з них. На його думку, система методів правового регулювання перебуває у постійному русі, динаміці. Він підкреслює, що розбіжність галузей права та галузей законодавства не виключає наявності позитивної тенденції до їх відповідності, їх “вирівнювання”. Зазначається, що інститут права — це система відносно відособлених від інших та пов’язаних між собою правових норм, які регулюють певну групу (від) однорідних суспільних відносин [9; 266–276].

Венгеров А.Б. зазначає, що на основі правових норм у теорії виділяють правові інститути як об’єднання норм за загальним предметом регулювання [16, 379–380]. Інші російські автори лише стосовно структури права називають і таку його складову, як інститут права [17, 390].

Таким чином, наведені загально-теоретичні судження цілком достатні для ствердження наступного: правовий інститут являє собою структурне утворення права, основу якого становить сукупність норм, об’єднаних загальним предметом регулювання. Природно, що перераховані критерії поширюються також і на інститути права різних галузей: цивільного, кримінального, кримінально-процесуального та ін. Більш того, загальнотеоретичні концепції щодо

правового інституту слід трактувати як теоретико-методологічні основи для наукової розробки особливостей правових інститутів у галузевих юридичних науках.

Треба зазначити, що у вітчизняній науці кримінально-процесуального права проблема його інститутів так і не стала об’єктом докладних досліджень. Основні категорії, поняття кримінально-процесуального права і кримінального судочинства також не включають таку складову частину, як галузеві інститути права, незважаючи на те, що подібні наукові дослідження мають і теоретичне, й практичне значення. На підтвердження цього можна навести відповідні доктринальні положення, висловлені авторами в різні часи, але об’єднані єдиним недоліком — відсутністю інформації щодо інститутів кримінально-процесуального права. Так, М.С. Строгович, окреслюючи предмет науки кримінального процесу, включав до нього норми діючого кримінально-процесуального права, діяльність суду, прокуратури, органів слідства; засновані на процесуальному законі кримінально-процесуальні відносини [10, 663–667]. В тому ж ключі предмет наукового вивчення в кримінальному процесі визначає і П.А. Лупинська, включаючи до нього норми права, процесуальну діяльність і відносини у сфері кримінального судочинства [11, 44; 12, 30–31].

Таке положення щодо дослідження структури й інститутів вітчизняного кримінально-процесуального права існувало не тільки за часів СРСР, але зберігається й дотепер. У цьому переконують праці відомих процесуалістів.

Скакун О.Ф., наприклад, розуміє кримінально-процесуальне право як систему норм права, що регулюють порядок діяльності правоохоронних органів та судів у зв’язку з розкриттям злочинів, розслідуванням кримінальних справ, їх розглядом у суді та винесенням вироку [9, 268]. К.Ф. Гуценко розуміє криміналь-

но-процесуальне право як сукупність норм, правил поведінки, санкціонованих державою та призначених для регламентації провадження у кримінальних справах [18, 15].

Зазначений недолік притаманний і судженням інших вчених-юристів: виділяючи предмет і об'єкт кримінально-процесуального права, вони не називають інститути права, вважаючи, що, з одного боку, основними об'єктами науки кримінально-процесуального права є діяльність суду, прокурора, органів розслідування і інших суб'єктів кримінально-процесуального права, що регулюють провадження у кримінальних справах, кримінально-процесуальні правовідносини, що виникають між суб'єктами зазначеної діяльності [19, 1–2], а з іншого — посилаючись на М.С. Строговича, зазначають, що наука кримінально-процесуального права вивчає принципи і завдання діяльності суду, прокуратури, органів розслідування у кримінальних справах, порядок і практику вказаної діяльності; правові норми, якими регламентується діяльність суду, прокуратури, органів розслідування, їх відносини з усіма учасниками кримінального процесу, права і обов'язки громадян, на яких поширюється діяльність перерахованих владних суб'єктів.

Зараз намітилася тенденція і вжити заходи з усунення наявних прогалин щодо повноти і досконалості знань про предмет науки кримінально-процесуального права. По-перше, це виражається у тому, що стосовно названого предмета пріоритетні позиції відведені сутності й призначенню кримінально-процесуального права, його принципам, організації і застосуванню; змісту основних понять; правовому положенню у провадженні з кримінальних справ слідчого, органу дізнання, прокурора, суду (судді), інших учасників кримінального процесу [9, 38–86].

По-друге, з'явилися праці, в яких безпосередньо вказано на те, що предметом

науки кримінально-процесуального права виступають об'єктивні закономірності розвитку суспільних відносин, які виражаються в нормах кримінально-процесуального законодавства, окремі теорії, що пояснюють сутність різних інститутів кримінального процесу, удосконалювання кримінально-процесуальної науки і шляхи заповнення прогалин у законодавстві [20, 11].

Таким чином, актуальність дослідження проблеми інститутів кримінально-процесуального права і кримінального процесу сумнівів не викликає. Перед вченими стоїть більш складне завдання: охарактеризувати цю процесуально-правову категорію в декількох аспектах — понятійному, змістовному, системно-структурному — і тим самим хоча б частково заповнити існуючу прогалину.

Тому постає наступне запитання: що являє собою інститут кримінально-процесуального права і яких особливостей він набуває? Насамперед, слід зазначити, що інститут кримінально-процесуального права належить до нормативно-регулятивних категорій, тому що його норми закріплені в кримінально-процесуальному законодавстві та призначені для регулювання певних відносин, що виникають під час розслідування і судового розгляду як між органами розслідування і посадовими особами держави, так і між іншими учасниками кримінального судочинства, що виступають на стороні обвинувачення та стороні захисту, а також виконуючими інші процесуальні ролі, визначені кримінально-процесуальним правом.

Інститут кримінально-процесуального права являє собою форму, наповнену конкретним змістом — відповідним набором норм, що регулюють найбільш близькі, родинні правовідносини. Сукупність такого роду норм поєднує предмет регулювання, тобто сукупність однорідних правових відносин. Такими є норми, що регламентують, наприклад, процесуальне положення учасників кримінального судочинства, функції обвинувачення, за-

хисту, розгляду і вирішення кримінальної справи тощо.

За охопленням норм певну роль грають не тільки кількісні, але й якісні показники: наявність у кримінально-процесуальному праві норм, що дозволяють дійти висновку, що вони регулюють найбільш близькі, родинні правовідносини. Інакше кажучи, норми можуть бути об'єднані в самостійну групу за об'єктом правового регулювання.

У розглянутому нами випадку об'єднані в групу правовідносини так чи інакше належать до кримінально-процесуальної діяльності, яка здійснюється адвокатом та має назву адвокатське розслідування. Звідси можна зробити висновок, що інститут кримінально-процесуального права — це науково-практична категорія, оскільки обслуговує і теорію, і практику, в якій реалізуються норми кримінально-процесуального закону.

У теоретичному плані такий інститут права, як адвокатське розслідування, являє собою сукупність правових норм, різних за джерелами і галузями, але пов'язаних між собою предметом регулювання. Названий правовий інститут, зокрема, ґрунтується на нормах КПК України — до регламентації адвокатського розслідування мають відношення ч. 1 ст. 48, п.п. 4,5,7,8,13 ч. 2 ст. 48, ч. 1 та ч. 2 ст. 65, ч. 2 ст. 66, ч. 2 ст. 68, ч. 2 ст. 75, ст. 78, ст. 82, ст. 83, ст. 219, ч. 2 та ч. 3 ст. 237, ст. 261, ч. 1 та ч. 2 ст. 266, ч. 1 та ч. 2 ст. 296, ч. 1 та ч. 2 ст. 304, ч. 3 ст. 310, ч. 2 ст. 313, ст. 314, ч. 3 ст. 315, ст. 363, ч. 1 ст. 393 та п. 1 ч. 1 ст. 400-4 КПК України. Таким чином, прямо або опосередковано до інституту адвокатського розслідування в українському кримінальному судочинстві належать більше тридцяти положень кримінально-процесуального закону. Інститут адвокатського розслідування регламентують також норми Закону України “Про адвокатуру”, де діяльності адвоката в сфері виявлення, збору і фіксації доказів присвячена ст. 6 [13].

Поряд із цим є норми, що гарантують захист адвоката від втручання в його діяльність з доказування, або дій, що мають на меті перешкодити здійсненню такої діяльності, або використанню отриманої захисником-адвокатом інформації, що завдає шкоди виконанню професійних функцій. Такими гарантіями є передбачені законом заборони: викликати і допитувати адвоката як свідка про обставини, що стали йому відомими у зв'язку зі зверненням до нього за юридичною допомогою або у зв'язку з її наданням; проводити оперативно-розшукові заходи і слідчі дії стосовно адвоката без відповідного судового рішення; використовувати як докази відомості, предмети, документи, які є в провадженні адвоката за справами його довірителя; негласного співробітництва адвоката з органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність (ч. 1 ст. 5, ч. 1 та ч. 2 ст. 10 Закону України “Про адвокатуру”; ч. 5, 8 ст. 48, пп. 1, 2 ч. 1 ст. 69 КПК та ст. 9 Правил адвокатської етики).

Всі перераховані заборони складають зміст принципу адвокатської таємниці (ст. 9 Закону України “Про адвокатуру”). Детально його предмет, що охоплює різні сторони діяльності адвоката і насамперед її інформаційну базу, врегульований ст. 9 Правил адвокатської етики [14, 5–6].

Усе викладене дозволяє зробити висновок про те, що адвокатське розслідування — це міжгалузевий інститут, що ґрунтується на сукупності норм права двох галузей: кримінально-процесуального й адвокатського права* [15, 61].

У зв'язку з тим, що адвокатське розслідування є міжгалузевим правовим інститутом, його варто розглядати, з одного боку, як інститут кримінально-процесуального права і кримінального судочинства, а з іншого — як інститут адвокатської професійної діяльності.

* В Російській Федерації, на нашу думку, обґрунтовано адвокатуру виділено в науці в самостійну галузь знань, яка має назву адвокатологія або адвокатське право.

Обидві сторони розглянутого міжгалузевого правового інституту найтіснішим чином взаємозалежні і являються єдиним цілим, оскільки теоретичний аспект адвокатського розслідування — це всього лише частина проблеми. У повному обсязі вона з'являється тільки в єдності теорії і практики правозастосування положень законодавства як про кримінальне судочинство, так і про адвокатську діяльність та адвокатуру. Отже, у нормативно-регулятивному аспекті адвокатське розслідування найбільший інтерес представляє як правовий інститут та інститут саме кримінально-процесуальний, де він може конкурувати з такими інститутами, як дізнання, досудове слідство та ін.

Крім того, адвокатське розслідування як інститут права і процесу викликає інтерес ще й у системно-структурному відношенні. Одна з істотних особливостей адвокатського розслідування полягає в тому, що його припустимо і можливо застосовувати як на досудовому, так і в судовому провадженні, хоча насамперед воно “прив’язане” до дізнання та досудового слідства.

Адвокатське розслідування може бути використане на різних стадіях кримінального процесу, якщо тільки виникає необхідність виявити, зібрати, дослідити докази, які можуть вплинути на висновки обвинувачення або рішення, сформульовані у вирокі. Тим паче, що КПК і Закон України “Про адвокатуру” не передбачають обмежень зі збору доказів засобами, що не суперечать чинному законодавству.

Залежно від завдань у здійсненні адвокатського розслідування простежуються наступні цілі. Перша пов’язана зі збиранням і дослідженням доказів під час досудового провадження, для того щоб спростувати обвинувачення, його окремі частини, а також виявити обставини, що пом’якшують вину підзахисного або свідчать на захист довірителя. Друга — ставиться після призначення судово-

го засідання, коли виникає необхідність провести адвокатське розслідування для того, щоб обґрунтувати заявлене клопотання про виключення доказів, пред’явлених під час судового розгляду; використати належне стороні захисту рівне право на подання доказів і участь в їх дослідженні (ст. 261 КПК). Третя — стосується проведення адвокатського розслідування після постанови у справі судових рішень, які адвокат, засуджений або потерпілий вважають неправосудними. У таких випадках адвокатське розслідування проводиться для того, щоб виявити, закріпити, дослідити і представити апеляційній або касаційній інстанції докази, що підтверджують або спростовують докази, наведені в скаргі або поданні, у тому числі про виключні обставини (п. 1 ч. 1 ст. 400-4 та ст. 400-5 КПК).

Виявлені в ході адвокатського розслідування і представлені суду апеляційної (касаційної) інстанції докази на підтвердження позиції адвоката, викладеної в апеляційній або касаційній скаргі, цілком можна трактувати як нові або додаткові — залежно від характеру інформації, що міститься в них та стосовно тих доказів, що вже є в матеріалах кримінальної справи.

Насамкінець слід зауважити, що наділивши захисника правами зі збирання доказової інформації, законодавець тим самим зробив значний крок на шляху реалізації в кримінальному процесі принципу змагальності сторін. При цьому захиснику надані лише найнеобхідніші права, а процесуальна форма їх реалізації законом не регламентована. Саме введення адвокатського розслідування у практику кримінального процесу, на нашу думку, може докорінно змінити існуючу модель на змагальну, усунути недоліки, які є в сучасному українському досудовому провадженні з кримінальних справ.

Список літератури :

1. *Баев О.Я.* О двух предложениях совершенствования профессиональной защиты от обвинения. Проблемы судебной реформы // Юридические записки. — Воронеж: 1994. — № 1.
2. *Барцевский М.Ю.* Организация и деятельность адвокатуры в России. — М., 1997.
3. *Томин В.Т.* Острые углы уголовного судопроизводства. — М., 1991.
4. *Зейкан Я.П.* Право на захист у кримінальному процесі: Практичний посібник. — К.: Юридична практика, 2004. — 288 с.
5. *Горя Н.* Принцип состязательности и функции защиты в уголовном процессе // Советская юстиция. — 1990. — № 7.
6. *Даневский В.П.* Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. — К., 2003. — 142 с.
7. *Петрухин И.Л.* От инквизиции — к состязательности // Государство и право. — 2003. — № 7. — С. 28–36.
8. *Попелюшко В.О.* Предмет захисту та його доказування в кримінальній справі: Монографія. — К.: Прецедент, 2005. — 232 с.
9. *Скаун О.Ф.* Теория государства и права: Учебник. — Харьков: Консум. — 2000. — 704 с.
10. *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. — М.: Наука. — 1968. — Т. 1. — 470 с.
11. Советский уголовный процесс / Под ред. Л.М. Карнеевой, П.А. Лупинской. — М., 1980.
12. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Под редакцией П.А. Лупинской. — М., 1997.
13. Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 9. — Ст. 62.
14. *Заднепровский А.* Принцип презумпции невиновности и адвокатская тайна // Юридическая практика. — 2004. — № 20. — С. 5–6.
15. *Лубшев Ю.Ф.* Адвокатура в России. — М., 2001. — 832 с.
16. *Венгеров А.Б.* Теория государства и права. — М., 1998. — 624 с.
17. Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. М., 2002.
18. Уголовный процесс / Под ред. К.Ф. Гуценко. — М., 1997. — 509 с.
19. Уголовный процесс / *Баикатов Л.Н.* и др. — М., 2002.
20. *Безлепкин Б.Т.* Уголовный процесс: Учебное пособие. — М., 2003.

РЕЗЮМЕ:

В статье рассматриваются вопросы активного участия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве, связанные с реализацией его права на собирание и представление доказательств. Автор рассматривает “адвокатское расследование” как институт уголовно-процессуального права.

SUMMARY

The article deals with the issues of active participation of the defence lawyer in the criminal legal procedure connected with the realization of his right for collecting and producing the evidence. The author considers the “defense lawyer investigation” to be an institution of the criminal procedural law.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Отримано 30.11.05



*В.І. Бояров,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)*

Актуальні питання захисту учасників кримінального судочинства в законодавстві України

Ключові слова: *учасники кримінального судочинства, заходи безпеки, підстави їх застосування*

Держава, забороняючи деяким учасникам кримінального судочинства під загрозою кримінальної відповідальності відмовлятися від дачі свідчень, які викривають винних, повинна створити умови, які б гарантували недоторканість таких осіб (та їх близьких). Це можливо або за наявності певної правосвідомості громадян (що за сучасних умов неможливо), або у разі застосування відповідних заходів безпеки. Ця обставина (зазначений обов'язок держави) дає змогу деяким авторам наполягати на тому, що забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства є одним із принципів кримінального процесу [1; 2].

Але в сучасних умовах — це не є таємницею — в умовах дії феномену поєднання впливу держави, на жаль, не в змозі інколи створити безпечні умови стосовно свідків (та інших учасників процесу), які дають свідчення, що викривають винних. Таким чином, коли свідок дає саме такі свідчення, це ставить його (а також і його близьких) у скрутне становище — під загрозою опиняється їхнє життя, здоров'я, майно (особливо коли він викриває учасників організованих злочинних угруповань). Тобто,

фактично своїми свідченнями він суттєво погіршує своє становище, оскільки держава не в змозі виконати свої обов'язки — створити умови для безпечної дачі свідчень — і такий стан позбавляє свідка стимулу давати свідчення, виконуючі свій громадянський обов'язок. Тому за таких умов — відсутності відповідних гарантій з боку держави — можна дійти висновку, що дана особа фактично свідчить проти себе, погіршує своє становище. Це положення, на нашу думку, дає можливість стверджувати, що така відмова свідка від дачі свідчень може розглядатися як реалізація ним свого права на свободу від самовикриття.

Сам термін “заходи безпеки” в значенні попереджувальних заходів, що спрямовані на забезпечення недопущення протиправних порушень недоторканості осіб, які є учасниками кримінального судочинства, увійшов у наукову термінологію ще наприкінці XIX ст.

В Україні вже майже 12 років діють закони “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві” [3] та “Про державний захист суддів та працівників правоохоронних органів” [4]. Після прийняття зазначених законів до КПК України внесені відповідні зміни та доповнення [5], а Пленум Верховного Суду України прийняв постанову від 18.06.99 р. № 10 “Про застосування законодавства, що перед-

бачає державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у судочинстві”, де обґрунтовано зазначено, що ситуація щодо забезпечення безпеки учасників процесу, яка склалася в країні є незадовільною і не гарантує об’єктивного та неупередженого розгляду справ, захисту прав і свобод громадян [6, 23].

Зазначене законодавство передбачає систему заходів безпеки, яку можна визначити як сукупність превентивних різногалузевих правових заходів, що забезпечують у процесі кримінального судочинства та поза ним захист учасників цього процесу та їх родичів і близьких від заборонених кримінальним законом форм посткримінального впливу [7, 45], а також інших форм тиску, спрямованих зацікавленими особами на відмову від дачі свідчень або дачу неправдивих показань, або з мотивів помсти.

На сьогодні, коли пройшло вже порівняно багато часу, можна говорити про досягнення та навіть про досить поширену і, головне, — результативну практику застосування дізнанням, досудовим слідством та судом можливостей, наданих чинним законодавством щодо захисту учасників кримінального судочинства. Але, безумовно, практика висуває багато проблемних питань, які терміново треба вирішувати.

У своїх публікаціях [8; 9; 10] ми вже неодноразово зверталися до цієї теми, пропонуючи варіанти вирішення деяких проблемних питань, що постали. Значну увагу цьому питанню у своїх працях приділяють (надають) вітчизняні науковці В.С. Зеленецький, М.В. Куркін [11; 12; 13]; російські процесуалісти Л.В. Брусніцин [14], О.А. Зайцев [15] та інші.

До основних можна віднести, поперше, таке важливе питання щодо визначення форм впливу: **реальна загроза життю та здоров’ю** або **ризик виникнення** такої загрози?

Розмитість формулювання такої “реальності” приховує (таїть, містить)

загрозу вільного її тлумачення [16, 21]. Практика Європейського суду з прав людини серед інших базових умов, які повинні бути вивчені слідством перед прийняттям рішення про конфіденційність даних стосовно свідка, передбачає, що життя та свобода свідка піддається серйозному ризику (загрозі) [17, 440-454]. За рекомендацією Комітету Міністрів Ради Європи серйозний ризик насамперед передбачає тиск на свідка. До того ж, під цим розуміють будь-яку пряму або непряму чи потенційну загрозу, що може завадити свідку давати показання [18].

А якщо йдеться про захист честі та гідності зазначених осіб? Наприклад, розповсюдження неправдивої інформації у ЗМІ або компрометуючої інформації в СІЗО (яка може потягнути до спричинення шкоди здоров’ю або загрожує життю такої людини)?

В останньому проекті КПК України все фактично залишилося без змін. Тому актуальним, наприклад, до цього часу є питання щодо анонімних свідків (інших учасників кримінального процесу). Йдеться про те, що при цьому, як правило, немає реальної загрози здоров’ю, життю такої особи — є лише ризик виникнення такої загрози (після дачі відповідних показань). У ч. 4 ст. 241 проекту КПК України “Загальні правила проведення слідчих дій” йдеться про заборону “створення небезпеки для життя та здоров’я осіб, які беруть ...участь” у слідчих діях [19, 108]. Фактично і в цьому випадку повинна бути передбачена (законодавчо) активна роль слідчого; особи, яка проводить дізнання, прокурора, судді, суду у визначенні необхідності застосування відповідних заходів безпеки, незалежно від думки (бажання) особи, яка бере участь у кримінальному судочинстві.

По-друге, це невизначеність щодо найбільш **типового кола осіб, які здійснюють протиправний тиск** (це вже кримінологічний аспект) на учасників кримінального судочинства, після якого

останні відмовляються від дачі показань або змінюють їх. Це важливо, зокрема, для визначення терміну впливу, впродовж якого неможливе скасування застосованих заходів безпеки.

При цьому треба виходити з того, що розглядається тиск, який має за мету лише, як правило, бажання уникнути відповідальності (“розвалити справу”), але ж він може бути наявним і після засудження винного, коли з його боку є інше бажання — помститися. Таким чином, стосовно останніх наслідки можуть виявитися і за 3-5-10 років, коли особа вже відбуде строк покарання...

Отже, можна дійти висновку, що найбільш поширений тиск на свідків виникає за таких обставин: 1) свідок є підлеглим особи, проти якої дає свідчення; 2) злочин вчинено організованим злочинним угрупованням або особливо небезпечний злочин вчинений групою осіб; у разі вимагання, яке, як відомо, має за мету не тільки отримання матеріальної вигоди, але й створює реальну загрозу життю та здоров'ю особи у разі її звернення до правоохоронних органів; 3) злочин вчинено в одній родині як соціально відокремленій групі. Поширені аналогічні ситуації також в інших соціально відокремлених інститутах — у в'язницях (СІЗО), психіатричних лікарнях, навчальних закладах, військових частинах, а також стосовно adeptів деструктивних або тоталітарних сект тощо (діяльність яких супроводжується шантажем або пов'язана з акціями помсти стосовно, наприклад, “відступників”) та ін.

У таких випадках, безумовно, потрібно заздалегідь планувати застосування таких заходів. Це повинно бути обов'язком для дізнавача, слідчого, судді, для чого потрібно проводити розслідування, ретельно вивчати особу злочинця, його оточення. Тому треба, на нашу думку, внести до переліку першочергових заходів безпеки “тимчасове поміщення у безпечне місце” (як це зазначено у ст. 6 Федерального Закону РФ від 20 серп-

ня 2004 р. “О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства”). Для окремих категорій справ це може бути обов'язкове поміщення ключових свідків до такого місця, і лише після цього починається проведення відповідної перевірки щодо наявності загрози їх життю (з урахуванням психологічного стану такої особи, близькості до винних осіб та ін.). І на підставі такої перевірки встановлюється, зокрема, наявність загрози життю, здоров'ю, майну учасника кримінального процесу. Зазначене безпечне місце може бути спеціальним приміщенням — аналогічним так званим шелтерам у США.

Не виключено, що на час такої перевірки можна застосовувати ізоляцію підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) за допомогою обрання запобіжного заходу, наприклад домашнього арешту, затримання, тримання під вартою. КПК РМ (ст. 188) передбачає супроводження домашнього арешту застосуванням одного або кількох обмежень, що передбачені в КПК. Серед них: заборона виходу з житла; обмеження телефонних переговорів, отримання і відправлення кореспонденції і використання інших засобів зв'язку; заборона спілкування з певними особами або прийому інших осіб у своєму житлі та ін.

Оскільки на практиці фактично не надається належної уваги врахуванню фактора помсти свідку за викриття винної особи, то залишається не вирішеним питання, що виникає у разі звільнення винної особи з місць позбавлення волі (йдеться про осіб, які організували протиправний тиск на учасника кримінального судочинства під час досудового слідства або судового розгляду справи). Це пов'язано з тим, що часові (термінові) межі посткримінального впливу ширше межі кримінального процесу [20, 28–34]. Як бути у цьому разі? Чи обов'язково повідомляти про це (звільнення) особу, стосовно якої застосовувалися заходи

безпеки (а якщо вони раніше не застосовувалися, то правоохоронні органи можуть вважати, що вони не несуть відповідальності...)? Чи потрібно висувати умову особі, яка звільняється, про те, що вона не може проживати у тому ж самому населеному пункті, де мешкає особа, що її викрила, або заборонити їй зустрічатися з нею тощо? З цих же міркувань можливе застосування і інших примусових заходів, наприклад відсторонення обвинуваченого від посади (ст. 147 КПК України).

Слід зазначити, що зараз вже з'являються такі справи. Але зазвичай це залишається проблемою свідка, потерпілого. Може минути п'ять, десять та більше років, але особа звільняється з місця позбавлення волі з наміром помститися.

У США є такий захід державного захисту, як винесення обмежувального наказу стосовно підозрюваних, обвинувачених, підсудних, засуджених (у тому числі таких, що вже відбули покарання) та інших осіб, які здійснюють посткримінальний вплив на осіб, про обмеження їх щодо місця роботи, проживання та пересування, зустрічі з особами, які перебувають під захистом. Наприклад, обмежувальний наказ приписує: не знаходитися поблизу будинку, школи або на місці роботи особи, що перебуває під захистом.

Далі **щодо кола осіб, що можуть піддаватися такому впливу (тиску)**, а також щодо кола осіб, стосовно яких можуть бути застосовані заходи безпеки. Як відомо, заходи безпеки можуть бути застосовані до осіб, що заявили до правоохоронних органів про злочин або в іншій формі брали участь чи сприяли у виявленні, попередженні, припиненні і розкритті злочинів. Це можуть бути і особи, які заявили про злочин ще до порушення кримінальної справи і процесуально не визнані свідком або потерпілим. Окрім того, серед таких осіб можуть бути обвинувачені, підсудні, підозрювані та інші учасники кримінального судочинства.

І не тільки учасники кримінального судочинства, але й їхні родичі.

Слід зазначити, що, на нашу думку, у п. 11 ст. 32 КПК України наданий лише мінімальний, а не вичерпний перелік осіб, що охоплюється визначенням "близькі родичі". Необхідно враховувати, що у цьому контексті на поведінку такої особи впливають почуття кохання, дружби, відповідальності та ін. (наприклад "перше кохання", "друг дитинства" та ін.). До таких почуттів можна віднести й духовні стосунки, які не обумовлені родинними зв'язками (перший вчитель, науковий керівник та ін.).

У США відповідно до Закону від 12 жовтня 1984 р. "Про посилення безпеки свідків" захисту підлягають не тільки родичі свідка, але й особи, тісно пов'язані з ним, якщо вони піддаються загрози у зв'язку із його участю у судочинстві. Аналогічне положення існує у законодавстві Німеччини. У Молдові, окрім родичів, передбачений, наприклад, захист і інших осіб, "через яких здійснюється тиск на учасників кримінального судочинства"[21, 99; 22]. Є пропозиція внести до цього переліку також осіб, які не перебувають у родинних зв'язках з учасниками кримінального судочинства, але "мають для нього велике моральне та духовне значення" [23, 109].

На нашу думку, більш точно було б вказати у Законі не "близькі родичі", а "близькі". Тоді до цього кола можна додати друзів, наречених, інших осіб, які є родичами учасників кримінального судочинства в більш віддаленому ступені і які не входять до переліку, передбаченого діючим законодавством*.

Виникає й інше питання: а чи не треба у цьому контексті застосовувати превентивні заходи безпеки стосовно осіб, які були виправдані судом або

* У проекті КПК України (станом на 07 липня 2005 р.) п. 2 ст. 6 розглядає "близьких родичів", а п. 3 "близьких", під якими розуміються "інші, крім близьких родичів, особи, які перебувають у родинних чи близьких стосунках, опікувальники, піклувальники".

стосовно яких є постанова досудового слідства про закриття справи? Ми маємо на увазі випадки, коли під час слідства та судового розгляду створюється, в т.ч. через ЗМІ, своєрідне обличчя злочинця: нібито саме ця людина (затримана, заарештована, підозрювана, обвинувачена, навіть викликана на допит як свідок...) вчинила злочин і що таким чином ставить під загрозу їх життя та здоров'я. У такому разі, на нашу думку, на правоохоронні органи покладається **обов'язок** забезпечення безпеки особи, стосовно якої відмовлено у порушенні кримінальної справи чи закрито провадження в кримінальній справі або виправдані (тобто не потрібна заява такої особи...). Невжиття таких заходів може призвести до самосудів та інших протиправних дій стосовно звільнених осіб з боку потерпілих та їх оточення.

Багато питань виникає під час застосування на досудовому слідстві та у суді так званих **анонімних свідків** та інших учасників кримінального судочинства. Треба визнати, що це найбільш реальний та результативний захід безпеки: по-перше, у зв'язку з потребою незначного фінансування; можливістю застосування цього заходу безпосередньо слідчим; наявність своєрідного "судового супроводу" справи (коли після направлення справи до суду слідчий не залишає напризволяще таку особу) та ін. До того ж, цей захід належить саме до кримінально-процесуальних.

До таких питань належать, насамперед, відсутність критеріїв застосування такого заходу безпеки, зокрема, чи обов'язкова реальна загроза життю та здоров'ю учасника кримінального судочинства і чи треба перевіряти її наявність? Як це можливо — провести аналіз можливих наслідків дачі свідчень особою, яка викриває винних у скоєні злочинів? А чи є гарантія? Тобто, чи може бути підставою для застосування заходів безпеки саме така ситуація? А якщо це тиск, який формально не може бути заборонений КК і не

є протиправним; наприклад: розповсюдження даних, які компрометують особу (до того ж, з урахуванням суб'єктивного ставлення до нього конкретного учасника кримінального судочинства), або викриття членів організованого злочинного угруповання, яке саме по собі є таким, що може помститися (у цьому випадку треба враховувати мотивацію та цілі такого тиску)?

Інше питання: чи обов'язкова перевірка свідчень анонімних свідків у разі виникнення сумнівів щодо їх правдивості (до цього часу немає законодавчого визначення такої процедури). Щодо допустимості: чи може, наприклад, обвинувальний вирок ґрунтуватися виключно або значною мірою на свідченнях анонімних свідків? Всі ці питання залишаються без відповіді донині.

Виникають і питання щодо тактики. Йдеться про звичайне небажання свідків з'являтися до суду і свідчити там: свідки та потерпілі змінюють місця постійного проживання без повідомлення слідчого (суду), особливо під час судового розгляду справи. Тому слідство інколи може не бути зацікавленим у з'явленні такої особи до суду, в першу чергу, через позицію особи, яка перебуває під захистом, та її суб'єктивного ставлення до можливості, наприклад, помсти з боку злочинців, або постає перед фактом примусового доставлення свідка до суду, що призводить до певного конфлікту. Це не викликає якихось незручностей для слідства (суду), коли такі свідчення — не єдиний доказ: суд може оголосити заяву такої особи та покази, які були дані на досудовому слідстві. А якщо застосовувати для цього так зване свідчення "за слухом" [24]?

Важливі питання виникають і щодо порушення **необхідного балансу прав сторін у випадку застосування заходів безпеки** (захист фактично суттєво обмежується в реалізації своїх прав [25]). Це може бути темою окремого дослідження.

Обсяг статті не дає можливості для повного висвітлення цієї проблеми. Але все вищевикладене свідчить про те, що стан сучасного законодавства, яке передбачає захист учасників кримінального судочинства, далекий від бажаного і

потребує доопрацювання. Потрібні й відповідні розробки щодо тактики застосування заходів безпеки (зокрема розробка загальних положень тактичної операції “захист свідка”) тощо.

Список літератури:

1. *Брусницын Л.* Обеспечение безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве, как принцип уголовного процесса // Уголовное право. — 2001. — № 2. — С. 60–63.
2. *Епихин Ю.А.* Безопасность личности как принцип уголовного процесса // Российский следователь. — 2002. — № 4. — С. 12-15.
3. Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 11. — ст. 51.
4. Відомості Верховної Ради. — 1994. — № 11. — ст. 50.
5. Відомості Верховної Ради. — 2000. — № 10. — ст. 79.
6. Вісник Верховного Суду України. — 1999. — № 3. — С. 23–24.
7. *Брусницын Л.В.* Меры безопасности для содействия уголовному правосудию: отечественный, зарубежный и международный опыт // Государство и право. — 1998. — № 9. — С. 45–56.
8. *Бояров В.І., Рохненко О.В.* Про деякі проблеми захисту окремих учасників кримінального судочинства // Вісник Верховного Суду України. — 1999. — № 5. — С. 35–37.
9. *Бояров В.І.* Деякі питання захисту свідків за законодавством України // Право України. — 2001. — № 12. — С. 99–102.
10. *Бояров В.І., Руденко М.В.* Анонімність свідків: “За” і “проти” // Адвокат. — 2001. — № 4–5. — С. 13–15.
11. *Куркін М.В.* Проблеми забезпечення безпеки суб’єктів кримінального процесу: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. — Харків, 1999. — 20 с.
12. *Куркин Н.В.* Правовое регулирование обеспечения безопасности участников уголовного процесса в органах прокуратуры. — М., 1998.
13. *Зеленецкий В.С., Куркин Н.В.* Обеспечение безопасности субъектов уголовного процесса. — Харьков: КримАрт, 2000. — 404 с.
14. *Брусницын Л.В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). — М.: Юрлитинформ. — 2001.— 400 с.
15. *Зайцев О.А.* Теоретические и правовые основы государственной защиты участников уголовного процесса. — М., 1997.
16. *Антошина А.* Закон о государственной защите свидетелей // Российская юстиция. — 2004. — № 1. — С. 20-21.
17. Див.: *Van Mechelen* и другие против Нидерландов: Судебное решение от 23 апреля 1994 г. // Европейский суд по правам человека. Избранные решения в 2-х томах. — М., 2000. — Т. 2. — С. 440–454.
18. Див.: Рекомендація № R (97) 13 Комітету Міністрів державам членам Ради Європи стосовно запобігання тиску на свідків та забезпечення прав захисту (прийнято Комітетом Міністрів 10 вересня 1997 р.).
19. Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект станом на 7 липня 2005 р.

20. Брусницьн Л.В. Правовое обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудия. — М., 1999.

21. Рашков П. В Молдове свидетели будут защищены // Прокурорская и следственная практика. — 1998. — № 3. — С. 98–101.

22. Михайленко О.Р., Бояров В.І. Правове регулювання розслідування злочинів за чинним Кримінально-процесуальним кодексом Республіки Молдова (Загальні положення і досудове розслідування) // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. — 2005. — № 2 — С. 53–80.

23. Миколенко О.М. Правове забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, як гарантія захисту прав та інтересів людини. // Дні науки. Збірник тез доповідей. — Т. 3. — Запоріжжя, 2005. — С. 108–109.

24. Проверка показаний свидетеля “со слуха” // Борьба с преступностью за рубежом. — 2000. — № 9. — С. 18–22.

25. Бояров В.І. Про деякі питання тактики захисту при використанні на досудовому слідстві свідчень під псевдонімом // Адвокат. — 2003. — № 6. — С. 13–15.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются наиболее проблемные вопросы применения в уголовном процессе законодательства, которое обеспечивает защиту лиц, принимающих участие в уголовном судопроизводстве. В частности, относительно оснований применения мер безопасности; о круге лиц, которые подвергаются противоправному воздействию, а также тех, кто совершает такое воздействие; использование показаний анонимных свидетелей и т.п.

SUMMARY

The article deals with the most problematic issues of criminal procedural application of the legislation ensuring the defence of persons participating in the criminal legal procedure. In particular they are: on the grounds for applying security measures; on the circle of persons exposed to unlawful influence and ones who has such influence; taking use of anonymous witnesses' testimony etc.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Отримано 30.11.05



Л.Б. Ісмаїлова,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

Реалізація принципу презумпції невинуватості в кримінальному процесі України

Ключові слова: *презумпція невинуватості, тягар доказування, тлумачення сумніву, незаконні заходи, вирок.*

Спираючись на проголошений і законодавчо закріплений догмат незалежності суду, діяльність якого не може підпорядковуватись нікому і нічому, крім закону, а також враховуючи, що людина в нашому суспільстві визначена Конституцією як найвища соціальна цінність, можна стверджувати, що сформульований ще давньоримськими юристами принцип презумпції невинуватості перебуває в полі зору кримінального судочинства, і практично всі інші принципи так чи інакше працюють на його утвердження. Ніхто і ніяким чином — ні з правового невігластва, ні з політичної кон'юнктури, ні зі спалаху емоцій, не може у прямій чи завуальованій формі порушити цей принцип. Інакше в державі пануватиме не верховенство права і режим законності, а тоталітарний волюнтаризм або фашистська сваволя.

Етико-правове розуміння цього принципу і сповідування принципу верховенства права дозволяють стверджувати, що принцип презумпції невинуватості діє не лише у кримінальному судочинстві, а поширюється на всі види відповідальності, перебуває у тісному зв'язку з принципом соціальної цінності

людини, що передбачає піклування про її права, охорону честі й гідності. Принцип презумпції невинуватості насамперед забороняє ставитися до людини як до винної, коли не буде винесено щодо неї обвинувального вироку, який вступить у силу. Таке положення створює передумови нормальних взаємин між людьми, становить основу взаємовідносин між особою і державою.

У реалізації презумпції невинуватості виявляються моральні початки кримінального судочинства. Порушення ж цього принципу, відступ від нього неминуче надає дослідженню обставин справи обвинувачувального характеру.

Визначальне положення презумпції невинуватості, закріплене в частині першій статті 62 Конституції, говорить, що "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." З першим і основним положенням принципу презумпції невинуватості нерозривно пов'язані два інших його основних положення, закріплені в ч. 2 і ч. 3 ст. 62 Конституції: ніхто (обвинувачений) не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину (тягар доказування лежить на обвинувачеві); обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним

шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь (усякий непереборний сумнів тлумачиться на користь обвинуваченого).

Ці правові формули, що народилися в гострих багаторічних дискусіях, є одним із найбільш важливих завоювань вітчизняного права. Найважливішим проявом принципу презумпції невинуватості є правило покладення тягаря доказування на сторону обвинувачення. Тягар доказування лежить на тому, хто стверджує, а не на тому, хто заперечує. У кримінальному процесі відповідно до презумпції невинуватості доказувати вину обвинуваченого у скоєнні злочину повинні державні органи та посадові особи, що здійснюють кримінальне судочинство, а не підозрюваний, обвинувачений чи підсудний, а у справах приватного обвинувачення тягар доказування лягає на приватного обвинувача-потерпілого.

Статті КПК не тільки передбачають обов'язок слідчих органів щодо розкриття злочинів, але й покладають на них же обов'язок повного і всебічного дослідження усіх обставин кримінальної справи, встановлення обставин, які викривають і виправдовують обвинуваченого, обтяжують і пом'якшують його відповідальність (статті 66, 67 КПК). Слідчий, прокурор, враховуючи принцип публічності в кримінальному процесі, зобов'язані перевірити причетність обвинуваченого до вчинення злочину, а також виявити обставини, що його виправдовують. Завдяки цьому принципу саме вони зобов'язані довести винуватість обвинуваченого, але треба визнати, що вони це роблять і за необхідності спростування презумпції невинуватості. Якщо вона не буде спростована, тоне буде доведена і винуватість. Обвинувачений у кримінальному процесі коли щось і стверджує, то не повинен цього доказувати.

Закон не перешкоджає обвинуваченому брати участь у доказуванні, нада-

вати докази — це його право. Більше того, обвинувачений і підозрюваний не несуть кримінальної відповідальності за дачу неправдивих показань, а так само за відмову від дачі показань. Право мовчати — його інструмент захисту. У ст. 63 Конституції України сказано: “Особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом”.

Однак різними авторами висловлювалися різні погляди як щодо формулювання презумпції невинуватості, так і щодо її правового закріплення (М.С. Строгович, П.С. Елькінд, В.Т. Томін, В.М. Савицький, І.А. Лібус, Я.О. Мотовиловкер і багато інших). У науці за радянської доби утвердилась думка про те, що презумпція невинуватості лежить за межами кримінального судочинства і є елементом загальноправового статусу громадянина [1]. І це не безпідставно, оскільки серед принципів окремих галузей права існують і такі, які водночас є загальноправовими принципами, а також можуть бути застосовані в усіх або хоча б у кількох галузях права. До таких принципів і належить презумпція невинуватості.

Аналіз розвитку інституту презумпції невинуватості дозволяє виявити деякі закономірності й окреслити перспективи його вдосконалення. Термін “презумпція невинуватості” має свою особливу історію, і, як власне зазначали вчені-процесуалісти, давно одержав у процесуальній науці “право громадянства” [2].

Вважається, що принцип презумпції невинуватості вперше був сформульований у XVIII ст. Чезаре Беккарія в книзі “Про злочини і покарання”. Він, зокрема, зазначав: “Ніхто не може бути названий злочинцем, поки не винесений обвинувальний вирок, суспільство не може позбавити обвинуваченого свого заступництва до того, як буде вирішено, що він порушив умови, при дотриманні яких йому і забезпечувалося це заступ-

ництво” [3]. Ця формула народилася на хвилі протесту проти гніту, насильства, жорстокості законів і нелюдського їхнього виконання в інквізиційному процесі. Ч. Беккарія, як відзначалося в науковій літературі, підірвав усю середньовічну теорію формальних доказів. Викладені два століття тому положення дотепер не тільки залишаються актуальними, але й одержали новий подих, були уточнені та доповнені.

У XVIII ст. наука і суспільна думка спалахнули критикою щодо правосуддя. Скасовується катування як засіб доказування. Всюди починається рух за реформу кримінального судочинства. На фронтах буржуазних палаців правосуддя красувалися гасла, що виражали суть нових принципів, вперше проголошених Французькою Декларацією прав людини і громадянина 1789 року: рівність громадян перед законом, право на захист, усність, гласність і змагальність процесу [4]. Серед цих гасел був і принцип презумпції невинуватості, закріпленій у наступному формулюванні: “Оскільки кожна людина вважається невинуватою, поки її не проголосять судом винуватою, то в разі домагання її арешту будь-яка жорстокість, що не є необхідною, повинна бути суворо карана законом”. Це положення є злободенним і сьогодні. Проведення масштабних реформ у багатьох країнах Європи не могло не вплинути на громадське життя феодальної Російської імперії, до складу якої входила й Україна.

У XIX ст. розгорнулася воістину запекла боротьба за реформу суспільства в імперії і разом з тим за реформу судової системи і визнання презумпції невинуватості. Судові приклади засудження невинуватих яскраво ілюстровані в художній літературі того часу.

Судова реформа в Росії була складовою частиною “реформ 60-х років” і здійснена виданням 20 листопада 1864 року “Судових статутів” [5].

Закладене в проекті Статуту положення про те, що “... підсудний визнається невинуватим, поки інше не буде доведено. Будь-який сумнів про вину або про ступінь вини підсудного розуміється на його користь” не знайшло свого закріплення в його остаточному варіанті. Це пояснювалось тим, що подібні правила створили б “...якусь проміжну теорію доказів між відкинutoю теорією формальних доказів Зводу Законів і прийнятої в проекті Статуту теорією оцінки доказів за совістю і внутрішнім переконанням суддів” [6].

Питання про існування презумпції невинуватості у Статуті кримінального судочинства 1864 р. обговорювалось такими відомими вченими, як В. Случевський, М. Розін, І. Фойницький, І. Оршанський, Г. Фельдштейн, Л. Владімиров. У наступні десятиліття закріплені Статутом процесуальні норми були піддані жорсткій критиці з боку скривджених реформами дворянських кіл. Законами 1878, 1889, 1890, 1906 рр. обмежувалися деякі передові ідеї, проголошені Статутом 1864 року.

Фактично відродження цього принципу відбулося у XX столітті. У 1948 р. за участю СРСР 17 грудня Генеральною Асамблеєю ООН була прийнята Загальна Декларація прав людини. У статті 11 Декларації наголошується: “Кожна людина, яка звинувачується у вчиненні злочину, має право вважатися безвинною доти, доки її винність не буде встановлена законним чином шляхом прилюдного судового розгляду, за якого їй забезпечуються всі можливості для захисту” [7].

У Римі 4 листопада 1950 р. приймається Європейська Конвенція з прав людини, де презумпція невинуватості одержує свій подальший розвиток. Стаття 6 ч. 2 Конвенції передбачає, що “кожна людина, звинувачена у вчиненні кримінального злочину, вважається невинуватою доти, доки її вину не буде доведено згідно з законом” [8]. проте

затверджені Конвенціями положення не мали практичного значення для СРСР.

Незважаючи на жваву дискусію в науці, Основи кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік, затверджені 25 грудня 1958 р. Верховною Радою СРСР, і діючий сьогодні КПК у своїй первинній редакції відобразили перевагу негативного ставлення до презумпції невинуватості і не містили найважливіших положень ст. 11 Декларації 1948 р. і ст. 6 Конвенції 1950 р.

Значення презумпції невинуватості в нашій країні ще довгий час заперечувалося. Досить сказати, що Україною зазначена вище Конвенція була підписана лише 5 листопада 1995 р., а її ратифікація Верховною Радою відбулася лише 17 липня 1997 р., після чого у громадян України з'явилася можливість звертатися в Комісію з прав людини і Європейський Суд з прав людини в Страсбурзі. Однак цій події передували довгі роки суперечок і боротьби за визнання принципу презумпції невинуватості та закріплення його в законі.

У період з 40-х по 60-і роки ХХ століття дуже багато говорилося і писалося про презумпцію невинуватості з негативної точки зору [9]. Головним заступником і прихильником презумпції невинуватості того часу був визнаний вчений-процесуаліст М.С. Строгович. Великим його досягненням є сміливі кроки пошуку та визнання презумпції невинуватості [10]. М.С. Строгович давав докладну політико-правову характеристику принципу презумпції невинуватості й її основних наслідків, підкреслював винятково важливе значення цього принципу для слідчої і судової практики, сформулював правила про обов'язковість виведення вини та про тлумачення непереборних сумнівів на користь обвинуваченого [11].

Він пропонував доповнити діюче кримінально-процесуальне законодавство формулою презумпції невинуватості у формі окремої правової норми. Ця

пропозиція до прийняття Конституції СРСР 1977 р. залишалася без уваги. Головна ідея презумпції невинуватості — “визнати винним має право тільки суд” — знайшла своє відображення у ст. 160 Конституції: “Ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні злочину, а також підданий кримінальному покаранню інакше як за вироком суду і відповідно до закону” [12]. Після прийняття Конституції СРСР 1977 р. безпосереднє заперечення презумпції невинуватості як принципу радянського кримінального процесу стало вже порівняно нечастим. Тлумачення сумнівів на користь обвинуваченого — це правило, що є одним із нерозривних частин принципу презумпції невинуватості, було сформульовано 16 червня 1978 р. Пленумом Верховного Суду СРСР. У постанові “Про практику застосування судами законів, що забезпечують обвинуваченому право на захист” Пленум підкреслив, що “усі сумніви, які не вдається усунути, повинні тлумачитися на користь обвинуваченого (підсудного) — усякий сумнів тлумачиться на користь обвинуваченого” [13].

Новий виток у розробці цього принципу почався у 70-90-х рр. ХХ ст. Зазначеній темі присвячували свої роботи, С.А. Альперт, А.Я. Дубинський, М.М. Михеєнко, О.В. Танцюра, Я.О. Мотовиловкер, О.М. Ларін, І.Л. Петрухін [14]. Копітка праця вчених-процесуалістів у вказані роки дозволила вперше прийти до закріплення в Основах законодавства Союзу РСР і союзних республік про судоустрій, прийнятих 13 листопада 1989 р., спеціальної ст. 19 “Забезпечення підозрюваному, обвинуваченому і підсудному права на захист” та ст. 20 “Презумпція невинуватості”, де у ч. 1 сказано: “Обвинувачений вважається невинуватим, поки його вина не буде доведена у передбаченому законом порядку і встановлена судовим рішенням, яке вступило у законну силу” [15]. А у постанові Пленуму Верховного Суду України “Про застосування законодавства,

яке забезпечує підозрюваному, обвинуваченому, підсудному право на захист” від 7 липня 1995 р. № 10 зі змінами та доповненнями ці твердження набули дещо іншого змісту. Так, у п. 2 зазначеної постанови вказано, що особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суд повинні надавати підозрюваному, обвинуваченому, підсудному можливість захищатися встановленими законом засобами від пред’явленого обвинувачення і не вправі перекладати на нього обов’язок доведення своєї невинуватості у вчиненні злочину [16].

Повний законодавчий зміст презумпції невинуватості можна вивести із багатьох законодавчих актів, яку в загальному вигляді утворюють такі законоположення:

– вина особи у вчиненні злочину повинна бути доведена у встановленому законом процесуальному акті: в постанові про притягнення особи до кримінальної відповідальності як обвинуваченого (ст. 132 КПК), в обвинувальному висновку (ст. 223 КПК), у вирокі суду (ст. 335 КПК);

– суд, прокурор, слідчий і особа, яка провадить дізнання, зобов’язані вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного й об’єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують обвинуваченого, а також обставини, що пом’якшують і обтяжують його відповідальність (ч. 1 ст. 22 КПК). При цьому всі сумніви стосовно доведених винуватості особи тлумачаться на користь обвинуваченого;

– обов’язок доказування не може перекладатися на обвинуваченого (ч. 2 ст. 22 КПК);

– забороняється домагатися показань обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у справі, шляхом насильства, погроз та інших незаконних заходів (ч. 3 ст. 22 КПК);

– ніякі докази для суду, прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання,

не мають наперед встановленої сили (ч. 2 ст. 67 КПК);

– визнання підозрюваним своєї вини може бути покладено в основу обвинувачення лише при підтвердженні цього визнання сукупністю доказів, що є у справі (ч. 2 ст. 73 КПК);

– обвинуваченому надається право на захист від пред’явленого обвинувачення, яке містить у собі цілу низку процесуальних прав особи: знати, в чому її обвинувачують, давати показання, заявляти клопотання, відводи слідчому, прокуророві, експертові і спеціалістам, знайомитися з усіма матеріалами справи, мати захисника і подавати скарги на дії та рішення слідчого і прокурора (ч. 1 ст. 142 КПК);

– обвинувальний вирок не може ґрунтуватися на припущеннях; обвинувальний вирок може постановлятися лише за умови, коли в ході судового розгляду справи винуватість підсудного у вчиненні злочину повністю доведена (ч. 2 ст. 327 КПК).

Усі ці законоположення й утворюють за своєю сукупністю принцип презумпції невинуватості.

Презумпція невинуватості, таким чином, обмежує випадки і можливості свавільного обвинувачення, виключає обвинувачення, яке не має достатніх доказів, що є лише припущенням, підозрою або й взагалі вигадкою. Ці вимоги застерігають слідчі органи, суд і прокурора від легковажного, несумлінного ставлення до обвинувачення певної особи, примушують до повного й об’єктивного доведення обвинувачення особи у вчиненні діяння, передбаченого кримінальним законом. Презумпція невинуватості є гарантією законності, обґрунтованості обвинувачення. Саме вона відповідними законодавчими обмеженнями, вимогами до якості обґрунтування чинить суттєві перешкоди недоброякісному, покvapливому чи несумлінному за доказаністю обвинуваченню. Звичайно, презумпція невинуватості неспроможна повністю

виключити обвинувачення без вини, без достатніх доказів. Але законодавчі вимоги й обмеження щодо обвинувачення дають можливість на кожному етапі судочинства перевірити законність і обґрунтованість обвинувачення.

Можливість перевірити і доказати чи спростувати законність, обґрунтованість обвинувачення — найголовніша сутність, найважливіше суспільно-громадське призначення принципу презумпції невинуватості. У постанові від 29 червня 1990 р. № 5 “Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановлення вироку” Пленум Верховного Суду України зазначив, що суди повинні суворо додержуватися кримінально-процесуального законодавства при здійсненні правосуддя в кримінальних справах незалежно від характеру і тяжкості вчиненого злочину, маючи на увазі, що неухильне додержання передбаченої законом процесуальної форми є неодмінною умовою всебічного, повного і об’єктивного дослідження обставин справи, встановлення істини і прийняття щодо неї (справи) законного, обґрунтованого і справедливого рішення [17].

Проблемою, що має особливе значення, визнається питання про межі дії презумпції невинуватості. Як і в більшості інших, у цьому питанні єдиної думки в правовій літературі немає. Одні вважають, що вона вступає в дію з моменту складання обвинувального висновку або ж під час вирішення питання про закриття справи [18]. Інші початком її дії вважають досудове слідство з моменту притягнення особи як обвинуваченого [19]. Це положення не викликає сумнівів, тому що будь-який громадянин не з певного, визначеного слідчим часу, а, можна сказати, з моменту свого народження вважається невинуватим. Та питання про припинення дії презумпції невинуватості не є надто складним. Загальновизнаним є те, що вона закінчує свою дію з

набуттям законної сили вироком суду. М.М. Полянський писав, що презумпція невинуватості в цьому випадку “замовкає” [20].

Вважається, що з вироком суду, коли людина визнається винуватою, принцип презумпції невинуватості стосовно цієї особи припиняє своє існування щодо інкримінованого складу злочину. Проте ми вважаємо, що він надалі має “право на життя” ще тричі: у суді при провадженні в порядку апеляції (глави 29-30 КПК), потім у порядку касації (глава 31 КПК) та перегляду судових рішень у порядку виключного провадження (глава 32 КПК). У всіх цих випадках, очевидно, слід враховувати презумпцію невинуватості засудженого. Оскільки досить частими є факти скасування вироків, то така вимога виглядає обґрунтованою і може бути внесена до КПК у наступному формулюванні: “Суд при розгляді справ у порядку апеляції, касації та при перегляді судових рішень у порядку виключного провадження керується вимогами ст. 62 Конституції України”.

Презумпція невинуватості непохитна, незалежна до моменту спростування її судом, вона змушує слідчі і судові органи виконати обсяг роботи, необхідний для винесення рішень, що відповідають дійсному стану речей. Виконуючи цей обсяг роботи, продиктований усіма вимогами презумпції невинуватості, вони формують своє внутрішнє переконання. Значення презумпції невинуватості важко переоцінити. Вона є корисною, прийнятною, життєво необхідною. Від неї залежать теоретичні висновки і практичні рекомендації основоположних питань правосуддя: про роль суду у правовій державі, про встановлення істини у кримінальних справах, про співвідношення досудового і судового слідства, про забезпечення обвинуваченому права на захист, про способи реабілітації невинуватих. Її дотримання позначається на результатах боротьби зі злочинністю і в цілому на стані законності в країні.

Презумпція невинуватості є суттєвою гарантією, яка захищає особу від сваволі, вона є основою кримінально-процесуального права, діє повною мірою й у пов-

ному обов'язі на всіх без винятку стадіях кримінального процесу, спрямована проти хибної практики обґрунтування обвинувачення недостатніми доказами.

Список літератури:

1. *Томин В.Т., Безлепкин Б.Т.* Презумпция невиновности и советский уголовный процесс. // Развитие науки и практики уголовного судопроизводства в свете требований Конституции СССР. — М., 1978. — С. 62–66.
2. *Добровольская Т.Н.* Принципы советского уголовного процесса (Вопросы теории и практики). — М.: Юрид. лит., 1971. — С. 59.
3. *Беккариа Ч.* О преступлениях и наказаниях. — М., 1939. — С. 260.
4. *Боботов С.В.* Правосудие во Франции. — М., 1994. — С. 6.
5. Учреждение судебных установлений: Подписано в Царском Селе 20 ноября 1864 г. // Российское законодательство X–XX вв. — М., 1991. — Т. 8. — С. 30–116; Устав уголовного судопроизводства: Царское Село, 20 ноября 1864 г. Введение. Комментарий // Российское законодательство X–XX вв. — М., 1991. — Т. 8. — С. 118–384; Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями: Царское Село, 20 ноября 1864 г. Введение. Комментарий // Российское законодательство X–XX вв. — М., 1991. — Т. 8. — С. 386–462; Устав гражданского судопроизводства: Царское Село, 20 ноября 1864 г. // Судебные уставы 20 ноября 1864 г., с изложением рассуждений, на коих они основаны. — СПб., 1867. — Часть 1. — 711 с.
6. *Чельцов-Бebutov М.А.* Курс советского уголовно-процессуального права. — Т. 1: Очерки по истории суда и уголовного процесса рабовладельческих, феодальных и буржуазных государств. — М.: Госюриздат, 1957. — С. 792.
7. Загальна декларація прав людини: Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) ГА ООН від 17 грудня 1948 року // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій. — Амстердам–Київ, 1996. — С. 7.
8. Європейська Конвенція з прав людини: Рим, 4 листопада 1950 року // Права людини і професійні стандарти для юристів в документах міжнародних організацій. — Амстердам — Київ, 1996. — С. 213.
9. *Чельцов М.А.* Уголовный процесс: Учебник. — М.: Юриздат, 1948. — С. 182–183; *Голунский С.А.* Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР // Вопросы судостройства и судопроизводства в новом законодательстве Союза ССР. — М., 1959. — С. 133–136; *Трусов А.И.* Основы теории судебных доказательств: Краткий очерк. — М.: Госюриздат, 1960. — С. 154; *Якуб М.Л.* Демократические основы советского уголовно-процессуального права. — М.: Изд-во МГУ, 1960. — С. 114; *Полянский Н.Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. — М.: Изд-во МГУ, 1956. — С. 187.
10. *Строгович М.С.* Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности // Советское государство и право. — 1985. — № 2. — С. 146.
11. *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. — М.: Наука, 1968. — Т. 1. — С. 351.; *Строгович М.С.* Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. — М.: Наука, 1984. — С. 74.
12. Конституция (Основной Закон) СССР: Принята 7 октября 1977 г. — М.: Юрид. лит., 1988. — С. 59.
13. Сборник Постановлений Пленума Верховного Суда СССР, 1924–1986. — М.: Известия, 1987. — С. 807.
14. *Альперт С.А.* Принципы советского уголовного судопроизводства и их роль в формировании правового статуса участников процесса // Проблемы социалистической

законності. — Харьков, Изд-во Харьковского университета, 1986. — Вып. 17. — С. 67–71; *Дубинский А.Я.* Руководствуясь законом. — Киев: Политиздат Украины, 1976. — С. 113; *Михенко М.* Конституційні принципи кримінального процесу // Академія правових наук України. Вісник. — Х., 1997. — № 2 (9). — С. 100–112; *Танцюра О.В.* Принцип презумпції невинуватості та проблеми його реалізації у процесуальних рішеннях слідчого: Автореф. дис... канд. юрид. наук — Харків, 1995. — С. 23; *Мотовиловкер Я.О.* О принципах объективной истины, презумпции невинности и состязательности процесса: Учеб. пособие. — Ярославль: Яр. ГУ, 1978. — С. 96; *Ларин А.М.* О принципах уголовного процесса и гарантиях прав личности в проекте УПК 1997 года. // Российская юстиция. — 1997. — № 9. — С. 10–11; *Петрухин И.Л.* Критерии эффективности правосудия (по уголовным делам) // СССР-Англия: юстиция и сравнительное правоведение (материалы советско-английского симпозиума). — М., 1986. — С. 54–64.

15. Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и Союзных республик: Проект // Социалистическая законность. — 1990. — № 3. — С. 37.

16. Постанови пленуму Верховного суду України (1963–2000). — Т. 2. — К., 2000. — С. 292.

17. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 29 червня 1990 р. // Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних та цивільних справах. — К., 1995. — С. 225.

18. *Полянский Н.Н.* К вопросу о презумпции невинности в советском уголовном процессе // Советское государство и право. — 1949. — № 9. — С. 60.

19. *Лукашевич В.З.* Принцип презумпции невинности обвиняемого — гарантия правосудия в советском уголовном процессе // Вестник ЛГУ. — 1954. — № 9. — С. 92.

20. *Полянский Н.Н.* К вопросу о презумпции невинности в советском уголовном процессе // Советское государство и право. — 1949. — № 9. — С. 59.

РЕЗЮМЕ

В статье раскрывается содержание одного из важнейших демократических принципов правосудия – презумпции невинности. Анализируются выводы из этого принципа: бремя доказывания лежит на обвинителе, все сомнения толкуются в пользу обвиняемого, обвинительный приговор не может основываться на доказательствах, полученных незаконным путем, а также на предположениях.

SUMMARY

In the article the substance of the presumption of innocence is described which is one of the most important democratic principles of justice. The conclusions made out of this principle are analyzed, which are: the burden of proof is related to the prosecutor's duties, all the doubts are interpreted in favour of the accused, the sentence of conviction cannot base upon the evidence illegally obtained and upon suppositions.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Отримано 27.10.05



Ю.В. Циганюк,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

Потерпілий в кримінальному процесі країн континентальної правової системи та України: порівняльно-правове дослідження

Ключові слова: *кримінальний процес, потерпілий, цивільний позивач, Проект КПК, країни континентальної правової системи.*

Дедалі актуальнішою в кримінальному процесі України постає проблема прийняття Нового Кримінально-процесуального кодексу України. Демократична держава надає великого значення подальшому укріпленню законності, розвитку дієвих та ефективних заходів із захисту правопорядку, прав та законних інтересів громадян, викоріненню злочинності як неприпустимому в демократичному суспільстві явищу. Вирішення цих задач у галузі боротьби зі злочинністю досягається не лише покаранням за правопорушення, одним із напрямків посилення правових гарантій захисту прав та законних інтересів громадян від злочинного посягання є покращення законодавчого врегулювання відшкодування заподіяної злочином шкоди, розширення з цією метою взаємодії різних галузей права.

Держава прагне у своє законодавство впровадити норми, які є найбільш наближеними до розвитку сучасного суспільства, разом з тим, ефективність їх використання перевірена часом.

Найбільш реальним способом такої імплементації у законодавство України є вивчення кримінально-процесуального права зарубіжних країн.

Здійснення паралельного дослідження кримінально-процесуального статусу потерпілого в різних країнах дозволяє виявити переваги та недоліки, прогресивні та безперспективні шляхи розвитку правової думки, законодавства та правозастосування. З цієї точки зору стаття може розглядатися як певний етап порівняльно-правових досліджень у галузі кримінального процесу.

Співставленню кримінально-процесуальних інститутів поняття потерпілого та цивільного позивача, цивільного позову в кримінальному процесі України, Росії, Болгарії, Угорщини, Польщі, Італії, Німеччини, Франції, В'єтнаму, Монголії, Румунії та інших країн сприяє така характеристика: кримінальний процес цих країн відносять до континентального типу, який характеризується розшуковим принципом побудови досудового слідства та змагальністю судового розгляду.

Ст. 49 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК України) визначає потерпілого як “особу, якій злочином заподіяна моральна, фізична або майнова шкода”. А ст. 50 КПК України говорить про те, що цивільним

позивачем визнається громадянин, підприємство, установа чи організація, які зазнали матеріальної шкоди від злочину і пред'явили вимогу про відшкодування збитків. Але варто зазначити, що таке проблемне питання, як шкода, заподіяна злочином, недостатньо розроблене в науці кримінально-процесуального права. Наочним прикладом є вищезазначені положення Кримінально-процесуального кодексу України, в яких “буква закону” встановлює, що цивільним позивачем може бути особа, якій злочином завдано лише матеріальної шкоди (такі види шкоди, як фізична та моральна, чомусь зникли з дефініції поняття, а замість майнової шкоди використовується поняття матеріальної).

У Проекці КПК України, в ст. 61 (поняття потерпілого) та ст. 67 (поняття цивільного позивача), також наявною є невідповідність у визначеннях шкоди, зокрема, говориться, що потерпілим визнається як фізична, так і юридична особа, якій злочином завдано шкоду: для фізичної особи — моральну, фізичну, або майнову; для юридичної — майнову та моральну [1]. Але при визначенні поняття цивільного позивача законодавець “втрачає” такий вид шкоди, як фізична [2].

Враховуючи дані протиріччя, вважаємо за доцільне звернути увагу на законодавство країн континентальної правової системи, для визначення найбільш доцільних та на даний момент актуальних положень для дефініції поняття потерпілого та цивільного позивача, а також можливості їх впровадження в національне кримінально-процесуальне законодавство.

Одразу варто зазначити, що природне прагнення до уніфікації термінів піднімає на поверхню такі поняття зарубіжного кримінального процесу, повних аналогів яким немає в українській юридичній термінології. Болгарське слово “пострадалий” можна перекласти як “потерпілий”. Але, на відмінну від українського кримінального процесу,

поняття “пострадалий” вживається як родове поняття, яке включає приватного обвинувача, приватного скаржника, цивільного позивача (як фізичну, так і юридичну особу), що наділені специфічними правовими статусами.

Для визначення поняття потерпілого, видів завданої йому шкоди застосовуються такі підходи:

1) визначення поняття потерпілого, використовуючи як критерій конкретні види завданої шкоди;

2) визначення поняття потерпілої особи, застосовуючи конкретні види шкоди, але не визнаючи перелік вичерпним;

3) застосовуючи як підставу визнання потерпілим родового поняття законного інтересу, правового інтересу особи, що охороняється законом блага;

4) відсутність поняття потерпілого у кримінально-процесуальному законодавстві.

Розглянемо зазначені положення на прикладі окремих країн континентальної правової системи.

Так, за циркуляром Верховного Суду В'єтнаму від 27 вересня 1974 р. “Про провадження кримінальних справ в судах першої інстанції” потерпілим визнавався громадянин, якому злочином безпосередньо завдано фізичної, майнової та моральної шкоди.

Як видно з вищезазначеного, розрізняють 3 види шкоди, завданої потерпілому злочином: моральна, фізична і майнова. Говорячи про моральну шкоду, вказують, що особа, проти прав та інтересів якої направлено злочин, може по-різному реагувати на вчинене діяння, і як результат — негативні наслідки виявляються неоднаковими. Хвилювання, переживання, психологічна травма — наслідки майже кожного злочину, однак вони не завжди можуть розглядатись в якості моральної шкоди, спричиненої злочином безпосередньо. Наявність таких ще не є підставою для визнання громадянина потерпілим, але в судовій

практиці, однак, в більшості випадків потерпілими визнаються не тільки ті, кому злочином спричинено фізичну, моральну і матеріальну шкоду, але й ті, кому була спричинена будь-яка шкода у вигляді порушення законних інтересів, котрі хоча й не закріплені в конкретних правових нормах, але передбачені законом і підлягають захисту

Таким же чином вирішене питання у законодавстві Монголії: потерпілим визнається особа, якій злочином спричинена моральна, фізична чи майнова шкода.

Моральна шкода тут визнається як спричинення шкоди честі та гідності особи. Фізична шкода проявляється в спричиненні тілесних ушкоджень, розладу здоров'я, фізичних страждань та болі і т. п. А майнова шкода виникає при злочинному посяганні на майнові права та інтереси особи, яка в результаті понесла певні збитки і яку позбавили певних матеріальних благ.

Перераховані три можливі форми шкоди від здійсненого злочину не завжди піддаються чіткому розмежуванню. При цьому процесуалісти мають на увазі, що моральна шкода, в широкому розумінні цього слова, спричиняється будь-яким злочином. Від будь-якого злочину в потерпілого виникають моральні страждання. В цьому розумінні моральна шкода є складовою будь-якої шкоди, що заподіяна особі, тому не можна відокремити її від шкоди фізичної чи майнової. Але інколи моральна шкода виступає самостійно, наприклад у таких злочинах, як образа чи наклеп [3].

Наступний підхід до визначення поняття потерпілого та видів шкоди, завданої йому хоча й застосує родові визначення шкоди чи інтересу в гіпотезі потерпілого, але в подальшому, як теорія, так і практика, робить поділ шкоди на види.

Так, в угорському законодавстві Закон про кримінальний процес 1973 року визначив поняття потерпілого: "Потерпілим є особа, чії права або законні інтереси були порушені чи поставлені

у небезпеку злочином" [5]. Тут потерпілий, у широкому розумінні слова, в певних випадках може виступати в якості приватного обвинувача або цивільного позивача. В таких випадках використовуються визначення "потерпілий як цивільний позивач" або "потерпілий як приватний обвинувач" (або ж просто приватний обвинувач та цивільний позивач). Але потерпілий може брати участь у процесі, не підтримуючи обвинувачення та не заявляючи цивільного позову. В такому випадку його називають потерпілим у вузькому змісті або ж просто потерпілим [6].

Шкода, завдана злочином, поділяється законодавством Угорщини на особисту та майнову. Перша виникає у випадку порушення прав, пов'язаних з особою (можна зробити висновок, що до даного виду належать звичні нам моральна та фізична шкода). Якщо ж особиста шкода супроводжується майновою, необхідно використовувати норми про відшкодування майнової шкоди. Майнова шкода може виявитись у зменшенні чи псуванні матеріальних цінностей, в неотриманні прибутку чи упущеній вигоді та вимушених витратах. Вимушеними витратами визнаються видатки, що пов'язані зі скороченням чи зменшенням витрат (на поховання, надгробний пам'ятник, транспорт, лікування, додаткові витрати на харчування чи навчання, на представника в кримінальному процесі тощо).

В угорському кримінально-процесуальному законодавстві немає правила, яке визначало б, хто зобов'язаний приймати рішення про визнання особи потерпілим від злочину. Такого рішення не виносить ні орган слідства, ані суд. Для визнання особи потерпілою і для реалізації її прав достатньо того, щоб ці права та законні інтереси були порушені чи піддані небезпеці.

Передбачається лише вручення потерпілому вже в досудових стадіях процесу основних постанов (наприклад

про відмову в порушенні кримінальної справи, про зупинення справи) навіть в тому випадку, якщо повідомлення про злочин зроблено не ним або якщо він ще не брав участі в справі в якості потерпілого. Таким чином, може статися, що потерпілий про це своє процесуальне становище дізнається після зупинення або закриття справи.

Польське кримінально-процесуальне законодавство також визначає, що потерпілим визнається фізична або юридична особа, законне благо якої безпосередньо порушене чи поставлене під загрозу злочином. Потерпілим може також бути державна чи громадська організація, яка не має статусу юридичної особи [7].

Інколи, в спеціальних приписах, законодавець виходить за рамки даної дефініції потерпілого. Це стосується вказівки про те, що страхові установи, які відшкодували шкоду потерпілому від злочину, самі визнаються потерпілими в тому розмірі, в якому відшкодували шкоду. В даному випадку закон відходить від вимоги безпосереднього порушення чи загрози правовому благу.

В польському праві потерпілий — визначене, фактичне й одночасно правове становище, яке полягає в тому, що благо даного суб'єкта, яке охороняється правом, було порушене чи поставлене під загрозу в результаті злочину. Таким чином, це об'єктивний стан, і щоб бути потерпілим, не потрібно жодного процесуального акта.

Оскільки потерпілим визнається той, що благо чиє охороняється законом, поставлене під загрозу чи порушене злочином безпосередньо, не є потерпілими особи чи установи, які відшкодували шкоду, завдану кимось іншим, і на цій підставі мають право регресного позову до обвинуваченого. Закон передбачає тут лише одне виключення: страхові установи, які відшкодували шкоду.

У законодавстві Румунії потерпілий взагалі може бути головним, другорядним і побічним.

Фізична чи юридична особа, носій цінностей, що охороняється головним чином шляхом визнання іншої особи винною та покарання її за скоєний злочин, є головним потерпілим, на відмінну від іншої фізичної чи юридичної особи, що охороняється в подібних випадках лише побічно, тобто субсидіарної, і тим самим виступає як побічний потерпілий. Потерпілий від злочину може брати участь у румунському кримінальному процесі як постраждалий, потерпілий або цивільний позивач. Кожному з цих якостей відповідає певне процесуальне становище. І до кожного застосовується різний правовий режим.

Матеріальна шкода для потерпілого в румунському законодавстві може співпадати з фізичною чи моральною шкодою. В цьому випадку відшкодування являється також наслідком матеріальної шкоди, наприклад витрат, пов'язаних з лікуванням, придбанням ліків, протезуванням тощо.

Наявність матеріальної шкоди є підставою участі в справі потерпілого в якості цивільного позивача. За цієї ж підстави він може виступати в процесі як потерпілий.

Досить цікавим є підхід до визнання потерпілим у Кримінально-процесуальному кодексі Франції: "Будь-яка особа, яка вважає, що їй спричинена шкода злочином або проступком, може шляхом подачі скарги виступати перед компетентним слідчим суддею в якості цивільного позивача" [8]. Зі змісту зрозуміло, що поняття потерпілого та цивільного позивача є тотожними, і жодного разу у Кодексі не зустрічається поняття потерпілого — воно просто відсутнє.

Варто звернути увагу на те, що інколи застосування родових понять у визначенні диспозиції статті не шкодить, а навпаки, допомагає.

Шкода як підстава визнання особи потерпілим входить у поняття наслідків злочину. Оскільки вказаний у ст. 49 КПК України перелік видів шкоди не може

охопити всіх шкідливих змін, що настають у потерплого, то може йтися тільки про те, що злочином заподіяна лише матеріальна і нематеріальна шкода. Тому доцільно було б визнавати потерплого як суб'єкта кримінального процесу не через перелік видів шкоди, заподіяної йому, а через шкоду, завдану його правам й інтересам, що охороняються законом і які були порушені внаслідок злочину [9].

До цього варто було б додати, що при визначенні поняття потерплого необхідно враховувати і блага, які злочином були поставлені в небезпеку.

В теорії та практиці кримінального процесу не припиняється спір про те, чи варто визнавати потерпілим особу, щодо якої був здійснений замах, але їй не було спричинено ніякої шкоди. Загальною є думка, що така особа не є потерпілою. Однак згідно угорського Закону про кримінальний процес потерпілим визнається “особа, чиї права чи законні інтереси були порушені або поставлені у небезпеку злочином” [10]. Поставлення прав та інтересів у небезпеку, що відрізняється від їх порушення, вочевидь, і є замахом. Таким же чином вирішено питання в законодавстві Польщі. В цьому також є логіка. Якщо щодо особи був здійснений замах і вона користується захистом матеріального кримінального права, то в такому випадку було б непослідовно позбавити її кримінально-процесуального статусу потерплого.

У праві взагалі варто було б застосовувати принцип, згідно якому тотожні терміни в кримінальному та кримінально-процесуальному законах повинні мати однакове змістовне навантаження. Отже, поняття потерплого як у матеріальному кримінальному праві, так і в процесуальному повинно бути одне й те ж — особа, що потерпіла від злочину.

Порівняльне дослідження, пов'язане із визначенням поняття потерплого, дає можливість відзначити ряд позитивних особливостей кримінально-процесуального законодавства країн континенталь-

ної правової системи, визначити різницю між ними та процесуальним законодавством України і дати пропозиції щодо внесення змін та доповнень до чинного Кримінально-процесуального кодексу та Проекту КПК України, а саме:

1) варто було б звернути вагу законодавця на те, що шкода може бути заподіяна і під час вчинення замаху на цінності, що охороняються.

2) визначення поняття потерплого через встановлення в дефініції родового визначення шкоди, “завданої інтересам особи” чи “порушення її охоронюваного блага”, або ж “порушення прав та інтересів, що охороняються законом”, дозволить уникнути спорів та протиріч у законодавстві, що стосуються окремих видів шкоди, їх співвідношення між собою, практики застосування.

Залишається зрозуміти, яке поняття в дефініції краще використовувати — “правовий інтерес”, “охоронюване благо”, “законний інтерес”, чи застосувати власне поняття. Звернемося до філософського розуміння вищезазначених понять.

Благо — це те, що містить в собі певний позитивний зміст [11]; те, що має цінність [12].

Інтерес — ставлення особи до предмета, як до чогось цінного, привабливого; реальна причина соціальних дій, що лежить в основі безпосередніх спонукань — мотивів, ідей і т. п. [13]; цінність та значення, яке ми надаємо речі, що відповідно до цього оволодіває нашими думками та почуттями [14].

Цінності — це позитивне чи негативне значення об'єктів оточуючого світу для людини, групи або суспільства в цілому, що визначається не їхніми якостями безпосередньо, а їхньою наявністю в сфері людської життєдіяльності, інтересів і потреб, соціальних відносин; критерій і способи оцінки цієї значимості, що виявляються в моральних принципах і нормах, ідеалах, установках, цілях [15]; те, що чуття людини диктує визнати

вартим, над усім і до чого можна прагнути споглядати, ставитись з повагою, визнанням, пошаною. Цінність є не властивістю якоїсь окремої речі, а сутністю і одночасно умовою повноцінного буття об'єкта [16].

З вищевказаного зрозуміло, що шкода може бути завдана цінностям, які усталені в житті будь-якої особи і які можуть бути порушені або яким може бути завдано шкоди злочином;

3) у ч. 1 ст. 49 Кримінально-процесуального кодексу України у визначенні поняття потерпілого використовується родове поняття «особа», яке може тлумачитись неоднозначно. Лише в подальшому, в ч. 2 ст. 49 КПК України, використовується не «особа», а громадянин, з чого зрозуміло, що це фізична особа. У польському кримінальному процесі (як і в проекті Кримінально-процесуального кодексу України) потерпілими визнаються фізична та юридична особи.

У працях багатьох вчених вбачається можливість поряд з фізичною особою визнати потерпілим і юридичну (Л. Франк, М. Строгович, Н. Калашникова, П. Дагель).

Так, М. Строгович стверджує, що потерпілим від злочину може бути як фізична особа — громадянин, так і юридична — установа, підприємство, організація, оскільки юридичній особі разом з майновою, грошовою може бути заподіяна й моральна шкода [17].

Л. Кокорев пропонує поширити поняття потерпілий на юридичних осіб з наданням їм усіх процесуальних прав потерпілого. Це сприяло б підвищенню активності представників юридичних осіб у процесі, а також належному захисту підприємств, установ, організацій та значно спростило б поняття потерпілого у кримінальному процесі [18].

О. Ципкін вважає, що у випадках, коли злочином спричинена шкода честі та гідності державній, а також громадській організації, останні мають усі права потерпілого [19].

О. Михайленко говорить, що було б доцільним у законодавчому порядку вирішити питання про визнання потерпілими і юридичних осіб, якщо їм заподіяна шкода [20].

О. Кучинська та М. Гошовський пропонують впровадити в кримінально-процесуальне законодавство те, що потерпілим визнається особа (фізична чи юридична), права чи охоронювані законом інтереси якої порушені злочином або на них вчинено замах [21].

Отже, враховуючи вищевикладене, ч. 1 ст. 61 Проекту КПК станом на 7 липня 2005 року «Підстави і порядок визнання особи потерпілим» було б доцільно викласти у такій редакції:

«Потерпілим визнається особа, як фізична, так і юридична, правові і законні цінності якої безпосередньо порушені чи поставлені у небезпеку злочином».

Список літератури:

1. Кримінально-процесуальний кодекс України / Проект станом на 7 липня 2005 р. — К., 2005. — С. 30.
2. Там же. — С. 36.
3. Защита прав потерпевшего в уголовном процессе: сравнительное исследование / Российская академия наук. Институт государства и права / Отв. ред. А.М. Ларин. — М.: Наука, 1993. — С. 31–41.
4. Защита прав потерпевшего в уголовном процессе: сравнительное исследование / Российская академия наук. Институт государства и права / Отв. ред. А.М. Ларин. — М.: Наука, 1993. — С. 23.
5. *Mmra M. Tankcyuv.* 169–170 old.

6. *Михеенко М.М.* Основы уголовно-процессуального права Польской Народной Республики. — К., 1974. — С. 8.
7. Уголовно-процессуальный кодекс Франции 1958 г. / Под ред. В.И. Каминской, перевод с франц. С.В. Боботова. — М.: Прогресс. — С. 57.
8. *Шаповалова Л.* Підстави визнання особи потерпілим // Право України. — 2000. — № 7. — С. 42.
9. Защита прав потерпевшего в уголовном процессе: сравнительное исследование/ Российская академия наук. Институт государства и права. Отв. ред. А. М. Ларин. — М.: «Наука», 1993. — С. 23.
10. Советский энциклопедический словарь / Под ред. А.М. Прохорова, 3-е изд. — М.: Сов. энциклопедия, 1985. — С. 144.
11. Философский энциклопедический словарь. — М.: ИНФРА, 1999. — С. 45.
12. Советский энциклопедический словарь / Под ред. А.М. Прохорова, 3-е изд. — М.: Сов. энциклопедия, 1985. — С. 495.
13. Философский энциклопедический словарь. — М.: ИНФРА, 1999. — С. 183.
14. Советский энциклопедический словарь / Под ред. А.М. Прохорова, 3-е изд. — М.: Сов. энциклопедия, 1985. — С.1462.
15. Философский энциклопедический словарь. — М.: ИНФРА, 1999. — С. 507.
16. *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса в 2-х т. — М.: Наука, 1968. — Т. 1. — С. 253–254.
17. *Кокорев Л.Д.* Участие потерпевшего в советском уголовном судопроизводстве / Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — Воронеж, 1964. — С. 6.
18. *Цыткин А.Л.* К вопросу о защите прав личности в уголовном судопроизводстве. — Саратов, 1962. — С. 279.
19. *Михайленко А.Р.* Расследование преступлений. Законность и обеспечение прав граждан. — К., 1999. — С. 121.
20. *Гошовський М.І., Кучинська О.П.* Потерпілий у кримінальному процесі України. — Київ: Юрінком Інтер, 1998. — С. 52.

РЕЗЮМЕ

В статье исследуется понятие потерпевшего в уголовном процессе стран континентальной правовой системы. Затрагиваются проблемные вопросы, возникающие при определении понятия потерпевшего, гражданского возмещения ущерба, причиненного ему преступлением. Также рассматривается Проект Уголовно-процессуального кодекса Украины в части признания лица потерпевшим. По данной проблеме автором сформулированы некоторые предложения относительно усовершенствования как действующего законодательства, так и Проекта Уголовно-процессуального кодекса Украины.

SUMMARY

In this clause the concept of the victim in the criminal trial of the countries of continental legal system is investigated. The problem questions arising at definition of the concept of the victim and of civil compensation of damage caused to him by the crime are touched upon. The Project of Criminal Procedural Code of Ukraine in the part of the recognition of the person by the victim is also examined. On the given problem the author has formulated some suggestions concerning improvement both the current legislation and the Project of the Criminal Procedural Code of Ukraine.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Отримано 28.10.05



М.Ю. Черкова,
ад'юнкт
(Луганська академія внутрішніх справ)

Редакція статті 141 КПК України вимагає істотних змін

Ключові слова: зміна обвинувачення, доповнення обвинувачення, нові факти, зміна кваліфікації, зменшення обвинувачення, збільшення обвинувачення.

Ставиться питання про удосконалення процедури зміни обвинувачення на досудовому слідстві і аргументуються пропозиції щодо необхідності винесення у кожному випадку зміни обвинувачення нової постанови про притягнення як обвинуваченого та допиту останнього по суті нового обвинувачення.

Процесуальний порядок зміни обвинувачення в стадії досудового слідства регламентований ст. 141 Кримінально-процесуального кодексу України (далі КПК), яка встановлює: “Якщо під час досудового слідства виникне необхідність змінити пред’явлене обвинувачення або доповнити його, слідчий зобов’язаний гідно пред’явити обвинувачення з виконанням вимог, встановлених статтями 131, 132, 133 і 140 цього Кодексу.

Якщо під час досудового слідства частина пред’явленого обвинувачення не знайшла свого підтвердження, слідчий своєю постановою закриває справу в цій частині обвинувачення, про що оголошує обвинуваченому” [1].

Така доволі лаконічна законодавча регламентація породжує численні дискусії і проблеми як в теорії кримінального процесу, так і в кримінально-процесуаль-

ній практиці. Це і різноманітні трактування поняття та видів зміни обвинувачення вченими-процесуалістами, і спори стосовно змісту постанови про притягнення як обвинуваченого, і пропозиції про встановлення спрощеного порядку пред’явлення обвинувачення тощо.

Досліджувана нами стаття була включена до кодексу з моменту його прийняття, і з того часу її редакція жодного разу не змінювалася. Зазначені ж проблеми вироблені, в основному, практикою застосування кримінально-процесуального законодавства. Враховуючи все це, вважаємо, назріла необхідність у розробці пропозицій стосовно редагування статті 141 КПК України.

Аналіз змісту частини 1 статті 141 КПК України дозволяє стверджувати, що, говорячи “якщо... виникне необхідність змінити пред’явлене обвинувачення або доповнити його”, фактично законодавець називає два види модифікації обвинувачення, які можуть бути здійснені слідчим: його зміна та доповнення. Саме таку назву має й стаття 141 КПК України.

Вчені йдуть таким же шляхом. У багатьох монографіях і підручниках з теми, що розглядається, можна зустріти параграфи “Доповнення та зміна обвинувачення”. Питання лежить на поверхні: що ж таке доповнення обвинувачення — різновид його зміни чи самостійний інститут? Доцільно розглянути визначення

і тлумачення даного поняття, що існують на сьогоднішній день у науці кримінального процесу.

О.П. Рижаків наводить, на наш погляд, занадто вузьке тлумачення доповнення обвинувачення. Так, він визначає, що "...обвинувачення змінюється внаслідок того, що встановлено вчинення обвинуваченим іншого злочину, який не ставився йому в вину. В даному випадку обвинувачення доповнюється новими епізодами зі зміною чи без зміни кваліфікації скоєного та ін." [2].

Однак доповнення обвинувачення можливе не тільки при виявленні іншого злочину, але і при виявленні в діях обвинуваченого, за вчинення яких йому вже пред'явлено обвинувачення, самостійного складу злочину, при виявленні співучасників злочину, а також при включенні в обвинувачення будь-яких нових фактів, що призводить до розширення його обсягу.

М.І. Бажанов також при визначенні поняття "доповнення обвинувачення" бере за основу нові злочини, трактуючи цей випадок як "зміну обвинувачення у зв'язку з виявленнями нових злочинів, вчинених обвинуваченим" [3].

Р.Х. Якупов підкреслює, що під доповненням обвинувачення слід розуміти одночасне ставлення в вину обвинуваченому поряд з первинним іншого обвинувачення, яке становить не якісь додаткові епізоди щодо того ж злочину, а самостійний злочин [4].

Але епізод злочинної діяльності — це практично завжди окремий злочин, навіть якщо стаття обвинувачення залишається незмінною (наприклад, вчинення однією особою низки квартирних крадіжок — склад злочину один, епізодів кілька, але виявлення кожної нової крадіжки тягне зміну обвинувачення).

А.Я. Дубинський та В.О. Сербулов подають більш змістовне визначення. На їх думку, доповнення обвинувачення необхідне в тих випадках, коли в процесі розслідування після притягнення як об-

винуваченого виявляються нові факти (окремі дії, епізоди, кваліфікуючі ознаки, самостійні дії) його злочинної діяльності [5]. Водночас, у це визначення не включені деякі інші факти, як, зокрема, додатково виявлені предмети злочину, а також будь-які інші факти, які додатково включаються в постанову про притягнення як обвинуваченого.

Прийнято вважати, що доповнення обвинувачення має місце в тих випадках, коли:

а) після пред'явлення обвинувачення з'ясувалося, що ця особа скоїла ще й інший злочин, який кваліфікується за іншою статтею кримінального закону;

б) з'ясувалося, що обвинувачений, крім злочину, щодо якого йому було пред'явлено обвинувачення, скоїв ще один або низку злочинів, які кваліфікуються за тією ж статтею кримінального закону;

в) після пред'явлення обвинувачення з'ясувалося, що ця особа скоїла злочин у співучасті з іншою особою (особами), якій обвинувачення ще не пред'являлося;

г) у діях особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, виявився самостійний склад злочину.

Крім того, доповнення обвинувачення має місце, на наш погляд, й тоді, коли обвинувачення доповнюється новими обставинами злочину, які були виявлені після пред'явлення обвинувачення (засоби вчинення злочину, наслідки злочину та ін.).

Саме про це говорять у своїй роботі Ф.Н. Фактулін, З.З. Зінатулін та Я.С. Аврах. Вони наводять класифікацію видів зміни обвинувачення стосовно його обсягу, називаючи доповнення обвинувачення — розширенням обвинувачення. При цьому розширення обвинувачення даними авторами трактується як включення в нього окремих фактів, юридичних ознак чи кримінально-правових норм (їх пунктів) [6].

Ми вважаємо, що доповнення обвинувачення — це завжди його зміна.

Проаналізуємо це твердження стосовно обсягу обвинувачення. Для початку треба визначитися, що розуміється під обсягом обвинувачення.

По-перше, під обсягом обвинувачення може розумітися формулювання статей обвинувачення. В цьому випадку про доповнення обвинувачення можна говорити, коли збільшується кількість статей, за якими особа притягується до кримінальної відповідальності. Наприклад, якщо в ході обшуку за містом мешкання обвинуваченого за ст. 185 ч. 3 КК України (крадіжка) була виявлена вогнепальна зброя, обвинувачення доповнюється статтею 263 КК України, яка передбачає кримінальну відповідальність за незаконне зберігання вогнепальної зброї.

По-друге, під обсягом обвинувачення можна розуміти ті факти і обставини, які викладені слідчим (дізнавачем) у постанові про притягнення як обвинуваченого і лежать в основі обвинувачення, тобто факти обвинувачення. В такому випадку будь-яке доповнення обвинувачення можна вважати зміною його обсягу.

Наприклад, коли вже після пред'явлення обвинувачення за ч. 3 ст. 185 КК України (таємне викрадення чужого майна, поєднане з проникненням у житло) з'ясується остаточний перелік викраденого майна та сума збитків, слідчий повинен змінити текст постанови про притягнення як обвинуваченого, доповнивши його уточненим переліком викраденого. Безумовно, обсяг обвинувачення змінився, але кваліфікація дій обвинуваченого залишилася незмінною.

Вчені, які вважають за обсяг обвинувачення його факти, погодяться, що в наведеному прикладі обсяг обвинувачення доповнився новими обставинами, а отже — змінився.

Прибічники іншої точки зору протистоятимуть вказаному твердженню, вважаючи, що в даному випадку обсяг обвинувачення не змінився, оскільки стаття обвинувачення залишилася нез-

мінною. Вони, певно, стверджуватимуть, що в даному випадку обвинувачення не змінилося, а тільки поповнилося додатковими обставинами. Наприклад, М.В. Жогін та Ф.Н. Фаткуллін вважають, що "...уточнення, внесені в ході слідства у факти, які характеризують місце, засіб вчинення злочину та його наслідки, дещо конкретизують обвинувачення, але не змінюють його змісту. Тому в даному випадку взагалі не можна говорити про зміну обвинувачення... Коли ж ці обставини виступають як кваліфікуючі ознаки, вони можуть призвести до зміни обвинувачення" [7].

На наш погляд, неприпустима ситуація, коли доповнення обвинувачення може розглядатися в одному випадку як його зміна, а в іншому — тільки як доповнення фабули обвинувачення новими обставинами. Саме тому, з метою однозначного розуміння таких випадків модифікації обвинувачення ми пропонуємо замість терміна "доповнення обвинувачення" вживати термін "зміна обсягу обвинувачення в бік його збільшення". Тоді в будь-якому із зазначених випадків — і в першому, і в другому — можна говорити про зміну обсягу обвинувачення в бік його збільшення.

Таким чином, зміна обсягу обвинувачення в бік його збільшення має місце в разі включення до нього будь-яких нових фактів, виявлених після пред'явлення обвинувачення, що тягне зміну тільки фабули обвинувачення або зміну і фабули, і кваліфікації діяння.

Такими фактами є:

- а) вчинення обвинуваченим іншого, крім інкримінованого, злочину;
- б) виявлення в діях обвинуваченого самостійного складу злочину;
- в) вчинення особою, яка притягується як обвинувачений, злочину в співучасті;
- г) будь-які інші обставини злочину чи відомості про особу обвинуваченого.

Згідно зі ст. 141 ч. 2 КПК України, якщо в ході досудового слідства будь-яка частина пред'явленого обвинувачення

не знайшла підтвердження чи спростувалася в ході подальшого розслідування зібраними доказами, слідчий своєю постановою закриває справу в цій частині обвинувачення, про що оголошує обвинуваченому. Внаслідок цього можуть виникнути ситуації, коли змінювати кваліфікацію не треба, а також коли необхідно змінити кваліфікацію злочину.

Якщо змінювати кваліфікацію не треба, достатньо винести постанову про закриття кримінальної справи в частині пред'явленого обвинувачення, про що оголосити обвинуваченому.

В другому випадку, коли одна стаття (частина статті) Кримінального кодексу замінюється на іншу, слідчий повинен разом з постановою про часткове закриття кримінальної справи винести нову постанову про притягнення особи як обвинуваченого, де вказати зроблену зміну обвинувачення. При цьому, згідно зі ст. 131, 132, 133, 140 КПК України нова постанову про притягнення особи як обвинуваченого повинна бути винесена і пред'явлена обвинуваченому в звичайному порядку.

В юридичній літературі існує думка про те, що коли розслідування у справі призводить до висновку про зміну кваліфікації вчинку обвинуваченого на статтю Кримінального кодексу, що передбачає менш тяжке покарання, і при цьому фактична сторона обвинувачення залишається незмінною, то немає потреби ні в закінченні справи в частині обвинувачення, ні в пред'явленні нового обвинувачення. Достатньо вказати нову кваліфікацію обвинувачення безпосередньо в обвинувальному висновку [8].

Ми категорично не згодні з такою позицією, враховуючи те, що обвинувачений не знатиме про такі зміни, тобто про статтю, за якою він притягується до відповідальності, бо обвинувальний висновок складається слідчим вже після ознайомлення обвинуваченого з матеріалами справи, до яких обвинувальний висновок не входить. Не знатиме він

про цю зміну аж до самого суду, де йому за три дні до засідання вручать копію обвинувального висновку. Такий порядок зміни обвинувачення безпосередньо порушує право обвинуваченого на захист та інші права.

Означений підхід піддають критиці і А.Я. Дубинський та В.О. Сербулов, відзначаючи, що діючий кримінально-процесуальний закон просто не передбачає право слідчого відобразити зміну обвинувачення безпосередньо в обвинувальному висновку. Зміна кваліфікації, в тому числі і така, що покращує положення обвинуваченого, є власне новим обвинуваченням, бо особі ставиться у вину вчинення іншого злочину, а не того, що йому інкримінувався раніше. Тому обвинувачений повинен бути своєчасно повідомлений про зміну обвинувачення, інакше його право на захист буде порушено [9].

До підстав зміни обвинувачення в бік зменшення його обсягу більшість вчених відносять випадки, коли:

- має місце непідтвердження будь-якої події злочину, що інкримінується обвинуваченому;
- недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні одного або декількох злочинів з числа тих, що ставляться йому в вину в постанові про притягнення як обвинуваченого;
- відсутність в діях особи складу злочину;
- непідтвердження обставин, що обтяжують відповідальність;
- встановлення обставин, що тягнуть зміну оцінки ступеня співучасті обвинуваченого в злочині (або деяких з них), у тому числі закриття справи на реабілітуючій підставі стосовно інших осіб;
- встановлення обставин, що пом'якшують відповідальність.

Непідтвердження будь-якої події злочину, що інкримінується обвинуваченому, зустрічається досить рідко. Дана обставина повинна бути з'ясована в

ході перевірки матеріалів до порушення кримінальної справи. Якщо з'ясується, що взагалі не було події, описаної в повідомленні про злочин, або мала місце подія, яку неможливо кваліфікувати як злочин — необхідно приймати рішення про відмову в порушенні кримінальної справи. Якщо ж кримінальна справа була порушена, а згодом з'ясувалося, що була відсутня подія злочину, — кримінальна справа підлягає закриттю на підставі п. 1 ст. 6 КПК України.

Відсутність у діях особи складу злочину також є підставою для закриття кримінальної справи. Дана підстава полягає в тому, що подія мала місце, була результатом вчиненої особою дії, однак не є злочином, оскільки відсутній хоча б один елемент складу злочину або суспільна небезпека вчинку. В даному випадку кримінальна справа закривається на підставі п. 2 ст. 6 КПК України.

Ми вважаємо, що ці та інші підстави закриття кримінальної справи не слід розглядати як підстави зміни обсягу обвинувачення в бік його зменшення. Вже в самих назвах статей кримінально-процесуального закону міститься призначення даних підстав, а саме — виключення провадження у кримінальній справі.

На наш погляд, найбільш вірним буде віднести до обставин, що тягнуть зменшення обсягу обвинувачення, недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні одного або декількох злочинів з числа тих, що пред'являються йому в постанові про притягнення як обвинуваченого.

Звичайно, ми постійно підкреслюємо, що обвинувачення може бути пред'явлене за наявності достатніх даних, що вказують на наявність в діях особи складу злочину. Однак у слідчій практиці не виключені випадки, коли до моменту притягнення особи як обвинуваченого такі дані існують і складаються в чітку систему доказів, але згодом спростовуються новими з'ясованими обставинами.

Якщо пред'явлене обвинувачення в будь-якій частині спростовується зібраними в процесі подальшого розслідування доказами, слідчий повинен в цій частині закрити справу. “Причому слід мати на увазі, — зазначає Л.М. Карнеева, — що постановою про закриття справи в будь-якій частині обвинувачення, що не знайшла підтвердження в ході подальшого розслідування, виноситься незалежно від того, чи впливає це на кваліфікацію злочину, який інкримінується. ...У випадках, коли закриття справи в будь-якій частині тягне зміну обвинувачення в цілому, поряд з постановою про закриття необхідно винести нову постанову про притягнення як обвинуваченого” [10].

Ми не повністю згодні з такою постановкою питання і вважаємо, що у всіх випадках зменшення обсягу обвинувачення повинна бути винесена нова постановою про притягнення як обвинуваченого. Це диктується правом обвинуваченого на захист від обвинувачення, навіть від такого, що змінилося на краще.

Прибічником такої ж позиції є й В.З. Лукашевич, який зазначає, що “незалежно від того, що відпаданню певних фактів, які були в раніше пред'явленому обвинуваченні, змінює кваліфікацію на статтю з більш м'якою санкцією, обвинуваченому слід пред'являти нове обвинувачення, бо він не може бути позбавлений права знати, як кваліфікуються його злочинні дії в цій стадії кримінального процесу” [11].

Для зміни фактичної фабули обвинувачення, слушно зазначають Жогін Н.В. та Фаткуллін Ф.Н., немає потреби в закритті справи. Але з подальшими її міркуваннями ми не можемо погодитися. Так, вони висловлюють думку про те, що з теоретичної точки зору закриття справи підходить лише для тих випадків, коли треба визнати неспроможним хоча б одне з пред'явлених обвинувачень в цілому. При варіанті зміни обвинувачення, що розглядається, видається найбільш

доцільним винести постанову про виключення з обвинувачення фактів, які не підтвердилися, і про зміну правової кваліфікації вчинку, якщо в цьому є потреба. Вторинне пред'явлення обвинувачення і допит щодо нього обвинуваченого в цьому випадку не обов'язкові, достатньо ознайомити обвинуваченого з прийнятим рішенням, але без зволікання. Такий порядок гарантує право обвинуваченого на захист і має ряд переваг в практичному відношенні, особливо у справах, коли обвинувачений знаходиться під вартою, і тому пред'явлення обвинувачення з наступним допитом пов'язане з етапуванням [12].

Дійсно, іноді пред'явлення обвинувачення може бути пов'язане з деякими практичними труднощами (як етапування). Але ж слідчий не повинен нехтувати вимогами закону. А кримінально-процесуальний закон встановлює єдиний порядок пред'явлення обвинувачення для всіх його видів, навіть після його зміни. В КПК України нічого не говориться про такий порядок пред'явлення обвинувачення, коли можна обійтися без допиту обвинуваченого. Більш того, ч. 6 ст. 143 КПК України встановлює, що на початку кожного допиту слідчий повинен запитати обвинуваченого, чи визнає він себе винним у пред'явленому обвинуваченні, а потім запропонувати дати показання по суті обвинувачення. І навіть якщо обвинувачений повністю згоден з обсягом обвинувачення і не бажає давати показання, тому що вони не змінилися, слідчий повинен запитати, чому він визнає себе винним повністю.

Розгляд питання зміни обсягу обвинувачення в бік його зменшення дозволило нам зробити декілька висновків. Такі випадки можна поділити на дві групи:

а) зменшення обсягу обвинувачення з і збереженням його первинного формулювання;

б) зменшення обсягу обвинувачення, що тягне зміну його первинного формулювання.

До першої групи можна віднести ситуації, коли особі було пред'явлено обвинувачення у вчиненні декількох однорідних злочинів (наприклад квартирних крадіжок), передбачених однією статтею Кримінального кодексу (ст. 185 ч. 3 КК України), а згодом частина обвинувачення не знайшла свого підтвердження (наприклад вчинення двох крадіжок із семи), і кримінальна справа була закрита в частині пред'явленого обвинувачення. Однак, первинне формулювання обвинувачення залишилося незмінним (ст. 185 ч. 3 КК України), зменшився тільки обсяг обвинувачення. Така ж ситуація має місце й тоді, коли відпадають якісь факти з фабули обвинувачення.

Друга група — це випадки, коли особі пред'явлено обвинувачення у вчиненні декількох злочинів, передбачених різними статтями Кримінального кодексу (наприклад ст. 185, ч. 2, 186, ч. 2, 296, ч. 2 КК України). Якщо частина обвинувачення не знайшла свого підтвердження і кримінальна справа в цій частині закрита, змінюється первинне формулювання обвинувачення (наприклад ст. 185, ч. 2, 296, ч. 2 КК України).

Також вважаємо важливим відокремлювати підстави, що виключають провадження досудового слідства, від підстав зміни обсягу обвинувачення в бік його зменшення. Зменшитися обсяг обвинувачення може коли будь-яка його частина не знайшла підтвердження чи спростувалася в ході подальшого розслідування зібраними доказами. Навіть якщо в ході розслідування якимось чином виявиться одна з підстав, зазначених у ст. 6 КПК України, треба вважати, що має місце зміна обсягу обвинувачення в бік його зменшення на підставі, що виключає провадження по справі.

Третю форму зміни обвинувачення — зміну його суті — називають також зміною обвинувачення у вузькому сенсі. Така зміна обумовлюється виявленням обставин, що змінюють характер даних, викладених у постанові про притягнення як обвинуваченого, зокрема:

– можуть бути уточнені фактичні обставини (місце, час, засіб злочину, характер і розмір шкоди тощо);

– виправлена раніше допущена помилка або неточність формулювання обвинувачення, в результаті чого виникає необхідність у зміні кваліфікації вчинку.

М.І. Бажанов пропонує наступну класифікацію випадків зміни кваліфікації вчинку порівняно з кваліфікацією, викладеною в первинній постанові про притягнення як обвинуваченого:

– зміна обвинувачення, раніше пред'явленого обвинуваченому внаслідок зміни кваліфікації злочину на статтю з більш тяжкою санкцією;

– зміна первинно пред'явленого обвинувачення внаслідок зміни кваліфікації злочину на іншу статтю з менш тяжкою санкцією порівняно з первинним обвинуваченням [13].

У випадках, коли змінюється кваліфікація злочину на статтю, що передбачає більш тяжке покарання, виникає питання: чи слід закривати справу по первинно пред'явленому обвинуваченню?

Пленум Верховного суду УРСР від 22.03.1927 р. у своїй постанові зазначив: "...У випадку перекваліфікації слідчим злочину обвинуваченого справа за статтею первинно пред'явленого звинувачення закриття не підлягає, і слідчий обмежується лише мотивованою постановою про перекваліфікацію злочину і пред'явленням обвинувачення по новій статті".

М.І. Бажанов підкреслює, що таке рішення питання вважається правильним, тому що в даному випадку з'ясування тих або інших обставин справи змінює лише юридичну кваліфікацію злочину, вчиненого обвинуваченим. Обвинувачення тут у будь-якій своїй частині не відпадає, і нове обвинувачення поряд або взамін первинного не пред'являється. Тут обвинувачення отримує лише іншу юридичну кваліфікацію [14].

Дійсно, якщо йдеться про перекваліфікацію злочину, то сама фабула злочину

залишається незмінною. Ніякими фактами вона не доповнюється і ніякі факти з неї не виключаються, а також не замінюються одні факти іншими. Відбувається заміна однієї статті (частини, пункту) на іншу, тобто змінюється формула обвинувачення. Пред'явлення нового обвинувачення в кожному випадку зміни статті ми вважаємо обов'язковим. Це, знову ж таки, впливає з вимог закону про дотримання права обвинуваченого знати, в чому саме його звинувачують, права на захист тощо.

Обов'язкове пред'явлення обвинувачення за новою, більш тяжкою статтею пояснюється тим, що, пред'являючи обвинуваченому нову постанову про притягнення за вчинення злочину по статті, що передбачає більш тяжке покарання, слідчий надає йому можливість дати свої пояснення з цього нового обвинувачення і спростувати його всіма законними засобами, заявити слідчому клопотання про з'ясування різноманітних обставин у справі у зв'язку з і зміною обвинувачення. Завдяки цьому обвинувачений реалізує своє право на захист.

У випадках, коли обвинувачення змінюється внаслідок зміни кваліфікації злочину на статтю, що передбачає більш м'яке покарання порівняно з первинною кваліфікацією, діють ті ж правила. Також виноситься нова постанову про притягнення особи як обвинуваченого, обвинувачення пред'являється цій особі, після чого вона обов'язково допитується по суті обвинувачення, реалізуючи завдяки цьому своє право на захист.

Існує думка, що при зміні юридичної кваліфікації злочину в бік пом'якшення можливі і такі випадки, коли характер первинно пред'явленого обвинувачення істотній зміні не піддається. Такими випадками, наприклад, є зміна обвинувачення зі ст. 187, ч. 2 на ст. 186 ч. 2 КК України (в ред. 2001 р.), коли з висновку судово-медичної експертизи було встановлено, що тілесні ушкодження, заподіяні потерпілому при нападі на нього, не є небезпечними для його життя і здоров'я в момент заподіяння.

На перший погляд здається, що зі всіх можливих випадків зміни раніше пред'явленого обвинувачення це єдиний, коли слідчий не зобов'язаний знову пред'являти обвинувачення. Адже в даному випадку ні якою мірою не порушується право обвинуваченого на захист: суть обвинувачення йому відома (воно вже було йому пред'явлене), він був з приводу цього обвинувачення допитаний і дав свої пояснення. Зміна ж тільки юридичної кваліфікації злочину в бік пом'якшення не обмежує право обвинуваченого на захист, бо не вносить істотних змін у фактичну сторону обвинувачення.

Однак поглянемо на цю проблему під іншим кутом. Дійсно, право обвинуваченого на захист начебто не порушене. Але порушується його право “знати, в чому саме він обвинувачується”, бо юридична кваліфікація змінена без його відома.

А.Я. Дубинський і В.О. Сербулов також підкреслюють, що незалежно від того, чи тягне за собою зміна обвинувачення зміну кваліфікації чи ні, слідчий зобов'язаний винести нову постанову про притягнення особи як обвинуваченого, пред'явити її обвинуваченому та допитати його по суті обвинувачення [15].

За необхідності зміни обвинувачення треба мати на увазі, що нова постанову про притягнення як обвинуваченого повинна бути узагальнюючою і виноситися не в доповнення до попередніх постанов, а замість раніше пред'явленого обвинувачення. В цьому випадку раніше винесена постанову, залишаючись в матеріалах справи, втрачає свою силу. Це положення окремим пунктом повинно міститися в новій постанові про притягнення як обвинуваченого, що унеможливлуватиме дезорієнтацію обвинуваченого і суду за наявності кількох постанов про притягнення як обвинуваченого.

Існує думка, що винесення нової постанови про притягнення особи як обвинуваченого повинно бути поставлене в залежність від того, чи істотними

є зміни обвинувачення [16]. При цьому в літературі немає одноманітного розуміння того, що означає “істотна зміна”. Наприклад, деякі вчені вважають, що не є істотними і не повинні тягнути за собою зміну обвинувачення такі нові обставини, які щодо певного складу злочину не мають кримінально-правового значення [17].

Інші не згодні з цим твердженням. Вони зазначають, що зміна даних про місце, час і засіб вчинення злочину повинна в усіх випадках відобразитися у формулюванні обвинувачення [18].

Такий висновок видається нам вірним, оскільки з питанням про місце і час злочину пов'язана можливість обвинуваченого висунути алібі або використати інші засоби захисту від обвинувачення. Уточнення ж відомостей про засіб скоєння злочину може взагалі поставити під сумнів його вчинення даною особою. Однак і цими авторами не запропоновано чітких, однозначних критеріїв для визначення “суттєвості” зміни обвинувачення.

На нашу думку, слід погодитися з А.Я. Дубинським, що саме порушення питання про винесення нової постанови про притягнення як обвинуваченого тільки за умови “суттєвості” зміни обвинувачення не може бути визнане плідним. Заздалегідь, до підсумкового рішення по суті справи (вироку суду, постанови про закриття справи), дуже важко, нерідко неможливо, визначити, чи має зміна формулювання обвинувачення, окремих його елементів істотне значення для реалізації обвинуваченим свого права на захист [19].

Крім того, навіть найнезначніші, на думку слідчого, зміни можуть бути сприйняті обвинуваченим як важливі, викликати рішучі заперечення, прагнення спростувати їх. Тому, наголосимо знову, слідчий за будь-яких змін, хоча б і найнезначніших, повинен виносити нову постанову про притягнення особи як обвинуваченого і пред'являти її

обвинуваченому, дотримуючись при цьому вимог ст. ст. 131, 132, 133 та 140 КПК України. За таких обставин допит обвинуваченого повинен проводитися слідчим у повному об'ємі, щодо всіх викладених в постанові епізодів злочину, а не тільки стосовно змін обвинувачення порівняно з колишнім. Це обумовлюється тим, що зміни обвинувачення можуть вплинути на позицію обвинуваченого стосовно всього обвинувачення в цілому або якоїсь його частини. Він може змінити, доповнити свої показання, що повинно бути зафіксовано в протоколі його допиту.

І на закінчення розгляду даного питання слід зазначити, що в юридичній літературі, зокрема С.В. Бородіним, висловлена думка, згідно з якою, для відокремлення випадків власне зміни обвинувачення від відпадання частини обвинувачення слід застосовувати такий критерій, як “самостійність обвинувачення, яке не підтвердилося”. Тобто, якщо стосовно обвинувачення, яке не підтвердилося, розслідування могло бути здійснене цілком самостійно, в рамках окремого провадження, це означає, що справа підлягає частковому закриттю.

З ним не погоджуються А.Я. Дубинський і В.О. Сербулов, підкреслюючи, що використання означеного критерію не виправдано розширить поняття зміни обвинувачення. На практиці це може призвести до того, що у справах, в яких відпадання частини обвинувачення не тягне за собою зміни кваліфікації, в деяких випадках (наприклад при виключенні з обвинувачення однієї з двох кваліфікуючих ознак, що не може вважатися відпаданням самостійного обвинувачення) вже не можна буде обмежитися тільки винесенням постанови про часткове закриття кримінального переслідування [20]. В таких випадках необхідно буде виносити нову постанову про притягнення як обвинуваченого, пред'являти її обвинуваченому і допитувати його по суті.

Остання точка зору є лише частково правильною. Так, дійсно, в даному випадку жодних змінених, додаткових, невідомих для обвинуваченого фактів у постанові не було. Обвинувачений раніше вже отримав можливість захищатися від обвинувачення, до того ж, більш широкого, давав по ньому показання. Але, як ми вже визначилися, в будь-якому випадку повинно бути пред'явлене остаточне обвинувачення та проведений допит обвинуваченого. Таке повторне пред'явлення обвинувачення дасть можливість обвинуваченому мати цілісну картину злочинної події, у вчиненні якої його звинувачують, що має безпосереднє відношення до забезпечення його права на захист.

Таким чином, зміна сутності обвинувачення має місце при виявленні підстав, що змінюють характер даних, викладених у постанові про притягнення як обвинуваченого, в результаті чого може бути змінена кваліфікація злочину. Такими підставами є: уточнення фактичних обставин злочину (місце, час, засіб злочину, характер і розмір шкоди тощо); виправлення раніше допущеної помилки або неточності формулювання обвинувачення.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що наявність великої кількості невирішених проблем теоретичного та практичного характеру стосовно поняття, видів та процесуального порядку зміни обвинувачення на досудовому слідстві обумовлює необхідність внесення змін у положення закону, які регламентують цей інститут кримінально-процесуального права.

На нашу думку, редакція статті 141 КПК України повинна бути доповнена більш конкретними, однозначними положеннями. Можемо запропонувати наступну її редакцію:

“За наявності достатніх підстав у ході досудового слідства обсяг обвинувачення може бути змінений в бік його збільшення чи в бік його зменшення або змінена сутність обвинувачення.

Зміна обсягу обвинувачення в бік його збільшення має місце в разі включення до нього будь-яких нових фактів, виявлених після пред'явлення обвинувачення, що тягне зміну фабули обвинувачення або зміну і фабули, і кваліфікації інкримінованого діяння.

Зміна обсягу обвинувачення в бік його зменшення має місце коли будь-яка його частина не знайшла підтвердження чи була спростована в ході подальшого розслідування зібраними доказами, в результаті чого змінюється його первинне формулювання.

Зміна сутності обвинувачення має місце при виявленні підстав, що змі-

нюють характер даних, викладених у постанові про притягнення як обвинуваченого, в результаті чого повинна бути змінена кваліфікація злочину.

За необхідності змінити обвинувачення слідчий у всіх випадках виносить нову постанову про притягнення як обвинуваченого, а попередня втрачає чинність, про що має бути зазначено в новій постанові.

Нове обвинувачення пред'являється слідчим з обов'язковим виконанням вимог, встановлених статтями 131, 132, 133, 140 і 143 цього Кодексу".

Список літератури:

1. Кримінально-процесуальний Кодекс України, затверджений Законом від 28.12.60 р. в редакції від 03.04.2003 р.
2. *Рыжачков А.П.* Обвиняемый. — М.: ПРИОР, 1999. — С. 86–87.
3. *Бажанов М.И.* Изменение обвинения в Советском уголовном процессе. — М.: Госюриздат, 1954. — С. 12.
4. *Якупов Р. Х.* Уголовный процесс / Под ред. В. Н. Галузо. — М.: Зерцало, 1999. — С. 270.
5. *Дубинский А.Я., Сербулов В.А.* Привлечение в качестве обвиняемого. — Киев: НИРИО КВШ МВД СССР, 1989. — С. 45.
6. *Фаткуллин Ф.Н., Зинатуллин З.З., Аврах Я.С.* Обвинение и защита по уголовным делам. — Казань: Изд-во Казанского университета, 1976. — С. 70.
7. *Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н.* Предварительное следствие в Советском уголовном процессе. — М.: Юридическая литература, 1965. — С. 249.
8. *Бажанов М.И.* Назв. работа. — С. 13.
9. *Дубинский А.Я., Сербулов В.А.* Назв. работа. — С. 42.
10. *Карнеева Л.М.* Привлечение в качестве обвиняемого. — М.: Госюриздат, 1962. — С. 62–63.
11. Уголовно-процесуальний кодекс РСФСР 1960 года. Комментарий. — М, 1962. — С. 153.
12. *Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н.* Предварительное следствие в Советском уголовном процессе. — М.: Юридическая литература, 1965. — С. 245.
13. *Бажанов М.И.* Изменение обвинения в советском уголовном процессе. — М.: Госюриздат, 1954. — С. 17.
14. *Бажанов М.И.* Вказ. работа. — С. 17–18.
15. *Дубинский А.Я., Сербулов В.А.* Привлечение в качестве обвиняемого. — Киев: НИРИО КВШ МВД СССР, 1989. — С. 45.
16. *Шимановский В.В.* Привлечение в качестве обвиняемого на предварительном следствии. — Л., 1983. — С. 38–39; *Фаткуллин Ф.Н.* Изменение обвинения. — М.: Юрид. литература, 1971. — С. 57.
17. *Фаткуллин Ф.Н.* Назв. работа. — С. 58.
18. Советский уголовный процесс / Под ред. С.В. Бородина. — М., 1982. — С. 324.

19. Дубинский А.Я. Прекращение уголовного дела в стадии предварительного расследования. — Киев: КВШ МВД СССР, 1975. — С. 41.

20. Дубинский А.Я., Сербулов В.А. Привлечение в качестве обвиняемого. — Киев: НИИРИО КВШ МВД СССР, 1989. — С. 45.

РЕЗЮМЕ.

В статье рассматриваются вопросы показывания в уголовном судопроизводстве с учетом четкого распределения функций обвинения, защиты и разрешения дела по существу и возложения бремени показывания на обвинителя при обязанности суда принимать решение только в русле доказанности обвинения именно обвинителем.

SUMMARY

In the article the issues of demonstration in the criminal court proceedings are considered taking into account definite distribution of the functions of the prosecution, the defence and absolution of the case on the merits and of placing the burden of proof to the prosecutor while the court is obliged to bring the verdict only on the assumption of the accusation being proved exactly by the prosecutor.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Отримано 10.10.05



О.Ю. Фартушна,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

Вимоги фіксації доказової інформації

Ключові слова: законність, своєчасність, надійність фіксації доказів.

Процес розслідування злочину являє собою складну та багатогранну діяльність. Коло обов'язків слідчого містить в собі широкий діапазон різноманітних процесуальних повноважень: розгляд заяв та повідомлень про злочини, дослідження обставин справи, вжиття заходів для усунення причин та умов, що сприяли вчиненню злочину тощо. Однак основою всієї цієї діяльності є встановлення істини у справі, що розслідується, шляхом здійснення процесуального доказування, оскільки саме реалізація даної задачі кримінального судочинства створює необхідні передумови для вирішення інших.

Процесуальне закріплення (фіксація) доказів є способом їх збереження та передачі. Однак, цей процес має сенс лише у випадку достовірності збереженої та переданої доказової інформації. Саме тому чітке визначення основних вимог, яким повинна відповідати процедура процесуальної фіксації доказів, має велике практичне значення.

Основні вимоги, яким повинна відповідати процедура закріплення доказів у кримінальному процесі, визначаються законом — Кримінально-процесуальним кодексом України (далі — КПК України). Це обумовлено тим, що основоположним принципом кримінального судочинства є законність, яка розглядається

як суворе дотримання державними органами, посадовими особами, що ведуть судочинство по кримінальній справі, та громадянами, які беруть участь у розслідуванні справи, норм матеріального та процесуального права під час здійснення всіх процесуальних дій і прийнятті рішень. Разом з тим, вимогу законності, що являється умовою допустимості доказів у кримінальному судочинстві, можна поділити на ряд складових.

Однією із перших вимог закону, яку необхідно враховувати під час фіксації доказів, можна назвати своєчасність. Так, С.А. Шейфер стосовно протоколювання ставить подібну вимогу (невідкладність) на перше місце [1, с. 113].

Даний припис може розглядатися по-різному: по-перше, як обов'язок негайно проведення слідчої чи процесуальної дії після виникнення підстав для цього; по-друге, як невідкладне закріплення цієї дії та отриманих в результаті її проведення даних.

Фактор часу досить часто має вирішальне значення під час розслідування злочинів, саме тому, не випадково завданням кримінального судочинства ст. 2 КПК України визначає не тільки повне, але й швидке розкриття злочинів. Ч. 2 ст. 113 КПК України зобов'язує слідчого негайно розпочати провадження слідства в порушеній ним чи переданій

йому справі, що, безумовно, слід розуміти як невідкладний початок збирання доказів.

Іноді невідкладність слідчих дій дозволяє обійтись без дотримання всіх умов і процедури їх проведення: у невідкладних випадках обшук і виїмка можуть бути проведені в нічний час та без санкції прокурора, постанови судді (ст.ст. 177, 180 КПК України), огляд місця події — до порушення кримінальної справи (ст. 190 КПК України). Допущення законодавцем можливості такого обмеження прав громадян підкреслює важливість своєчасності отримання та закріплення доказів.

До того ж, слід зазначити, що максимально швидке проведення дій зі збирання доказів обумовлено й обмеженістю часу проведення дізнання та досудового слідства (ст. ст. 108, 120 КПК України).

Вимога щодо своєчасного закріплення одержаних даних має спеціальну нормативну підставу: ст. 84 КПК України вимагає при провадженні слідчих дій під час досудового слідства вести протоколи; ч. 3 ст. 851 КПК України передбачає повне відтворення звукозапису перед закінченням слідчої дії; за іншими статтями КПК, що присвячені проведенню окремих слідчих дій, можна дійти висновку про необхідність осіб, що беруть участь у проведенні слідчої дії, ознайомитися з протоколом одразу після завершення проведення слідчої дії, що передбачає невідкладне складення протоколу.

До особливих вимог щодо фіксації доказів та, зокрема, протоколювання, слід віднести виконання приписів ст. 85 КПК України. Занесення до протоколу зазначених даних, перелічених у цій статті, дозволяє суб'єкту доказування за необхідності перевірити допустимість зафіксованих даних у найрізноманітніших аспектах: проведення слідчої дії у встановленому законом місці, відповідною особою, з дотриманням прав громадян, що брали участь у проведенні дії, тощо. З огляду на те, що цей перелік вимог

недостатній, на практиці необхідні дані не завжди знаходять своє відображення в протоколах. Так, досить часто в протоколах не вказуються імена та по батькові судово-медичних експертів, оперуповноважених, нерідко немає помітки про час закінчення слідчої дії. А відсутність у протоколі, наприклад допиту, зазначення часу його складення дозволяє зацікавленій особі (обвинуваченому або його захиснику) заявити про те, що допит безпідставно проводився у нічний час, що стало способом незаконного впливу на допитаного.

Протокол складається зі слів, а слова можуть мати багато різних тлумачень. Під час ознайомлення з документами інших осіб на сприйняття матеріалу діють такі фактори, як вік, рівень освіти, професія, ставлення до автора документа тощо. Тому існує можливість виникнення “інтерпретаційного нахилу”, коли певні елементи змісту документа можуть сприйматися неадекватно. Якщо ж інформація надходить від такого джерела, як мова допитуваного, то такий нахил може виникати ще під час протоколювання показань [2, с. 78].

Однак саме протоколюванню найбільш притаманна схильність до вибірконості. Якщо фотозйомка або відеозапис механічно фіксують зображення повністю, аудіозапис зберігає сказане (та інші звуки), речові докази зберігаються в тому ж вигляді, як їх було виявлено, то до протоколу слідчий заносить найбільш значимі, на його погляд, дані. Саме тому для забезпечення надійної фіксації даних, одержаних в ході слідчої дії, протокол повинен характеризуватися точністю мови, її однозначністю, нейтральністю, логічністю, стандартистю, виразністю та нормативністю [3, с. 78].

Текст протоколу повинен бути викладений грамотно та загальнодоступною мовою, без використання діалектизмів, жаргонних висловів (окрім випадків, коли, враховуючи обставини справи, такі вислови необхідно зафіксувати

дослівно). Оскільки мова багата діалектами, що поширені та загальновідомі в одному регіоні, слова та вислови можуть бути незрозумілими в іншому або мати інше значення. Нерідко в протоколах слідчих дій зустрічається застосування скорочень, як загальних (“б.” замість “будинок”), так і спеціальних, слідчих (“речдок” замість “речовий доказ”, “м/п” замість “місце події”). Слід зазначити, що в різних контекстах навіть найбільш поширені скорочення можуть набувати різних значень, в результаті чого відбувається ненавмисне спотворення даних, що фіксуються, та порушується принцип об’єктивності. Саме тому кількість скорочень повинна бути мінімальною.

Разом з тим, текст протоколу не повинен містити великої кількості іноземних слів, спеціальних термінів, а в разі необхідності їх використання ці терміни повинні бути роз’яснені. Якщо ж такими словами перенасичений висновок експерта, доцільно провести допит експерта.

Всебічне, повне й об’єктивне дослідження обставин справи є одним із принципів кримінального судочинства (ст. 22 КПК України). Спираючись на дане положення стосовно процесу доказування, це означає, що кожний доказ повинен бути зафіксований у справі повно, всебічно й об’єктивно.

Об’єктивність фіксації доказів полягає, перш за все, в неупередженому дослідженні обставин справи та закріпленні тих фактів і явищ, які існують насправді, як обвинувачуючих, так і виправдовуючих особу. Під час фіксації доказів не повинна відображатися думка слідчого, його тлумачення тих чи інших виявлених даних, передбачень стосовно, наприклад, істинності показань обвинуваченого чи справжності вилучених документів.

Безумовно, елементи суб’єктивізму як під час проведення слідчих дій, так і під час закріплення їх результатів невідворотні, оскільки, як писав Р.С. Белкін, “сприйняття слідчим об’єктивної дійсності носить суб’єктивний харак-

тер” [4, с. 49]. Тому повністю уникнути суб’єктивності сприйняття слідчим окремих елементів навколишнього світу, що мають бути зафіксовані як докази у справі, неможливо. Але обмежити розслідування справи від упередженості, обвинувачувального нахилу досить реально, і закон містить ряд гарантій, що покликані підвищити об’єктивність процесу доказування.

Так, слідчий або особа, яка провадить дізнання, не мають права брати участь у провадженні по справі, якщо вони: є потерпілими, свідками, цивільними позивачами, цивільними відповідачами або родичами будь-кого з них, а також родичами обвинуваченого; брати участь у справі як експерти, спеціалісти, перекладачі, захисники або представники інтересів потерпілого, цивільного позивача або цивільного відповідача; особисто або їх родичі заінтересовані у результатах даної справи (ч. 1 ст. 60 КПК України).

Слід зазначити, що співвідношення об’єктивного й суб’єктивного у доказовій діяльності слідчого багато в чому залежить від методу пізнання, який він застосовує. Так, вимірювання не дозволяє суттєво відхилитися від істини, тоді як опис заздалегідь містить як об’єктивні, так і суб’єктивні моменти.

На додержання вимог повноти та об’єктивності безпосередньо чи опосередковано націлено ряд норм закону: викладення показань обвинуваченого за можливості дослівно (ч. 3 ст. 145 КПК України), участь понятих при проведенні певних слідчих дій (ч. 6 ст. 174, ч. 4 ст. 175, ч. 1 ст. 181, ч. 1 ст. 192, ч. 1 ст. 194 КПК України), а під час проведення обшуку та вїмки — особи, яка займає приміщення (ч. 1 ст. 181 КПК України). Згідно зі ст. 195 КПК України протокол огляду, освідчування і відтворення обстановки та обставин події повинен містити опис всього, що було виявлено, в тій послідовності, в якій це відбувалося, і в тому саме вигляді, в якому спостерігалось під

час проведення дії, не допускаючи при цьому припущень слідчого про стан того, що підлягає дослідженню раніше. На додержання об'єктивності спрямована вимога докладного опису та за можливості фотографування речових доказів (ч. 1 ст. 79 КПК України), що має за мету усунення ймовірності підміни приєднаного до справи предмета іншими.

Об'єктивність фіксації доказів забезпечує, на наш погляд, і припис ст. 128 КПК України про запрошення для участі в справі перекладача у випадку, якщо особи, що беруть участь у справі, не володіють мовою, якою ведеться судочинство. Адже саме перекладач у разі допиту таких осіб чи при провадженні інших слідчих дій за його участю (очна ставка, пред'явлення для впізнання) покликаний повно та без спотворень довести до відома слідчого певну інформацію. Окрім цього, об'єктивність перекладу показань свідка, потерпілого, висновку експерта певною мірою гарантують положення закону, що передбачають кримінальну відповідальність у разі свідомого (завідомого) порушення зазначених вимог (ч. 3 ст. 128, ч. 1 ст. 71, ч. 2 ст. 171, ч. 3 ст. 196 КПК України).

Повноті відображення доказів у справі сприяє також залучення до участі під час проведення слідчих дій спеціаліста (ст. 128¹ КПК України). Так, наприклад, під час проведення освідування лікар допоможе, використовуючи медичну термінологію, детально відобразити тілесні пошкодження, виявлені в освідуваного. Без участі ж спеціаліста слідчий може зробити їх опис поверхово, на побутовому рівні.

Вимога повноти, як і вимога своєчасності, стосується також змісту слідчих та дій, їх матеріального закріплення. В першому значенні повнота розглядається як якісне проведення дій з виявлення доказів, глибоке та всебічне дослідження обставин справи, сприйняття слідчим всіх фактичних даних, що мають зв'язок зі скоєним злочином; у другому — вичерпне

закріплення всіх цих даних або в натурі, або документально. Стосовно протоколу допиту А.Н. Коп'єва вірно зазначає про “доцільну повноту”[4, с. 76], тобто про фіксацію лише насправді необхідної інформації.

Повноту при закріпленні доказів необхідно співвідносити з вимогою вибірковості, яка являє собою цілеспрямованість дій щодо пошуку доказів та конкретності відібраної інформації. Саме тому під час фіксації доказової інформації важливо відсіяти надлишкову інформацію, що не належить до обставин справи, що досліджується та не містить відомостей про юридично значимі факти.

Вище зазначалось, що протоколювання є обов'язковим способом фіксації кожної слідчої дії, усі інші засоби фіксації застосовуються на розсуд слідчого та виступають як факультативні, а результати їх застосування додаються до протоколів. Однак не буде перебільшенням стверджувати, що технічні засоби за їх вмілого застосування, переводять процес фіксації доказів на якісно вищий рівень. Значення застосування технічних засобів не зводиться лише до їх можливості проконтролювати правильність протоколу, вони більш повно відображають дійсність через збільшення кількості інформаційних сигналів. Саме тому як окрему вимогу до процесу фіксації доказів слід назвати максимальне застосування додаткових засобів фіксації доказової інформації.

Надійність закріплення доказів являє собою застосування певного, особливого підходу до організації цього етапу додержання, який дозволить зберегти одержану інформацію на відповідних носіях, протягом тривалого часу без суттєвих змін, запобігти їх підміні та псуванню. У КПК це етап не закріплений безпосередньо, але впливає з багатьох положень закону і саме тому також повинен розглядатися як обов'язковий елемент законності.

Що стосується речових доказів, то вимога щодо надійності їх закріплення передбачає їх упаковку, опечатування, за можливості фотографування й приєднання та збереження при справі.

Іноді вказана вимога є актуальною й при складенні протоколів : не рекомендується заносити записи до протоколу олівцем, на неякісному папері, тобто використовувати недовготривалі письмові приладдя. Слід також враховувати, що кримінальні справи перечитують та перелистують десятки людей, тому, такий носій, як папір, повинен повністю зберегти всю зафіксовану інформацію.

Щодо аудіозапису та відеозйомки вимога надійності полягає у використанні якісної техніки та носіїв аудіовізуальної інформації, а також подальше збереження вже готових записів за помірної температури та вологості, на достатній відстані від магнітних полів для запобігання розмагніченню. Для збереження зафіксованих даних також необхідно кожні півроку перемотувати плівку, бо за тривалого зберігання знижується щільність намотки плівки та з'являються хвилеподібні ділянки, що може призвести до її деформації [5, с. 195].

Додержання та виконання основних вимог процесуальної фіксації доказів забезпечує можливість їх використання у кримінальному судочинстві, тобто гарантує їх допустимість. І навпаки, порушення вимог закону при закріпленні доказів є найпоширенішою підставою визнання їх недопустимими. Особливо гостро це відчувається, коли висновок про недопустимість одного доказу тягне за собою недопустимість ряду інших, похідних від нього доказів. Критерії допустимості доказів безпосередньо в законі не визначені, їх тлумачення наводиться в теорії доказового права. Саме тому принциповим є вирішення проблеми щодо визначення таких порушень фіксації доказів, які є підставою для їх виключення з доказової бази розслідуваного злочину. Постає питання: чи

такими є будь-які порушення процедури фіксації, чи лише достатньо суттєві?

Багато авторів дотримуються точки зору, що для визнання доказів недопустимими повинні бути лише суттєві порушення закону [6]. На необхідність диференціації недоліків, допущених під час збирання доказів та можливість використання інформації, зафіксованої з порушенням процесуальних правил, вказували А.А. Леві, О.Я. Мотовиловкер, М.М. Міхеєнко та інші вчені [7]. В теорії доказів з цього приводу зазначено, що “допустимість доказу, одержаного в результаті дій органів попереднього розслідування і суду, під час яких допускались порушення процесуальних правил, залежить від характеру порушення, яке не повинно викликати непереборних сумнівів щодо достовірності одержаних даних” [8, с. 238]. Так, існує багато випадків, коли порушення правил закріплення доказів (звичайно, лише у випадку їх усунення) не викликають сумнівів щодо достовірності зафіксованих даних. Наприклад, причина відсутності підпису когось із присутніх під час проведення слідчої дії може бути встановлена шляхом допиту як цієї особи, так і інших присутніх. І коли з'ясується, що це була лише технічна помилка і нічий права цим фактом не порушено, така обставина жодним чином не вплине на всебічність, повноту й об'єктивність розслідування.

Тому, вказуючи на неправильність наявності будь-яких порушень процесуального характеру, не можна ігнорувати положення про те, що вирішенню задач встановлення істини та охорони законних інтересів осіб, які беруть участь у вирішенні справи, може завдати не тільки застосування недопустимих засобів доказування, але й безпідставне розширення їх кола, що тягне за собою втрату значної частини доказової інформації і, як наслідок, неможливість встановлення істини у справі.

Список літератури:

1. *Шейфер С.А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М.: Юрид. лит., 1981 — С. 113.
2. *Муратова Н.Г.* Процессуальные акты органов предварительного расследования. — Казань: изд-во Казанского ун-та., 1989 — С. 78.
3. *Михайлов А.И., Подголин Е.Е.* Письменная речь при производстве следственных действий. — М., 1980 — С. 12
4. *Белкин Р.С., Лифшиц Л.М.* Тактика следственных действий. — М.: Новый юристь, 1997. — С. 49.
5. *Копьева А.Н.* Современные проблемы и дискуссионные вопросы фиксации показаний на предварительном следствии. — Омск, 1978.
6. Криминалистика / Под ред. Р.С. Белкина. — М.: Норма-Инфра, 1999. — С. 599.
7. *Зажичкий В.И.* Вопросы доказательственного права / Сов. юст. — 1992, № 19. — С. 3; *Кобзарь В.А.* Редакционный комментарий / Законность. — 1998. — № 8 — С. 15.
8. *Леви А.А.* Научно-технические средства в советском уголовном судопроизводстве. — М., 1981. — С. 14–15; *Мотовиловкер Я.О.* О допустимости средств доказывания и достоверности доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1981 — С. 84; *Михеенко М.М.* Теоретические проблемы доказывания в советском уголовном процессе. Автореф. дисс. ... докт. юр. наук. — К., 1974 — С. 16.
9. Теория доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1973. — С. 238–239.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена определению основных требований, предъявляемых к процессуальной фиксации доказательственной информации.

SUMMARY.

The article is devoted to the determination of the essential principles of fixation of evidential information.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального процесу та криміналістики*

Отримано 29.11.05



О.В. Кузнєцова,
ад'юнкт
(Луганський державний університет внутрішніх
справ)

Поняття та класифікація отруйних і сильнодіючих речовин

Ключові слова: *отруйні речовини, сильнодіючі речовини, лікарські засоби, отрути, хімічна зброя.*

Склад злочину, передбачений ст. 321 КК України має специфічний предмет посягання. Ця кримінально-правова норма встановлює відповідальність за незаконні діяння з отруйними і сильнодіючими речовинами. З метою належної кваліфікації дій (бездіяльності) винних осіб і щоб уникнути незаконного притягнення до кримінальної відповідальності невинних необхідно, перш за все, визначити поняття отруйних і сильнодіючих речовин.

До прийняття у 1960 році нового Кримінального кодексу Української РСР за Кримінальним кодексом 1927 року була передбачена відповідальність за незаконні діяння щодо сильнодіючих отруйних речовин [1, 41]. Пізніше законодавець розділив поняття отруйних і сильнодіючих речовин, додавши кожному з них статус самостійного предмета злочину, що має місце і на сьогодні. Проте у кримінальному законі, як і в інших нормативно-правових актах, поняття зазначених речовин не розкривається, немає і вказівки на конкретні нормативні переліки цих речовин, що породжує різночитання в розумінні та використанні цієї правової норми.

В юридичній літературі при визначенні отруйних і сильнодіючих речовин автори посилаються лише на переліки зазначених речовин [6, 12–13], у тому числі списки “А” і “Б” Державної фармакопеї [2, 153], хоча списки, видані фармакологічним та фармакопейним комітетами Міністерства охорони здоров'я, призначалися для регламентації порядку зберігання, виписування, контролю і вживання внесених до них засобів, тобто були створені з виключно професійною метою, а їх розмежування на зазначені класифікаційно-правові групи (“А” і “Б”) є умовним і залежить від концентрації цих речовин у лікарській формі [13, 88]. Деякі автори, крім того, дають визначення зазначених речовин від гранично лаконічних (наприклад: “отруйними визнаються речовини, що справляють отруйну дію на організм при вживанні навіть у малих дозах”) [3, 772; 7, 76] до розгорнутих (з переліком видів, характеру дії, агрегатного стану тощо) [4, 747,469–470; 5, 622–623].

У науково-практичних коментарях до Кримінального кодексу України (а це, фактично, основний орієнтир для слідчого при кваліфікації ним злочинних діянь у ході розслідування кримінальних справ) немає єдиної думки щодо предмета злочину, передбаченого ст. 321 КК України. Більшість авторів посилається на накази Міністерства

охорони здоров'я, що регламентують віднесення тих або інших речовин до категорії отруйних і сильнодіючих [4, 747; 9, 734]. Деякі автори посилаються, крім того, ще й на міжнародні акти [10, 861]. Проте, якщо порівняти ст. 321 КК України, яка встановлює кримінальну відповідальність за незаконні діяння *з отруйними і сильнодіючими речовинами*, і накази Міністерства охорони здоров'я про затвердження переліків *отруйних і сильнодіючих лікарських засобів* [11], не можна не помітити різницю термінів. Згідно зі ст. 2 Закону України “Про лікарські засоби” “лікарські засоби — речовини або їх суміші...” [12], тобто поняття “речовини” містить поняття “лікарські засоби”, але ним не вичерпується. Таким чином, за проаналізованими науково-практичними коментарями до Кримінального кодексу України найповнішим у цьому випадку буде наступне формулювання : предметом злочину, передбаченого ст. 321 КК України, є “отруйні та сильнодіючі речовини, перелік яких установлено спеціальними нормативними актами, що видаються зацікавленими міністерствами та відомствами”, оскільки “отруйні та сильнодіючі речовини широко застосовуються у промисловості, сільському господарстві, медицині та ветеринарії” [5, 622].

Для однакового розуміння та правильного вживання зазначеної кримінально-правової норми необхідно, перш за все, визначити коло речовин, що входять до поняття “отруйні і сильнодіючі речовини”, а також класифікувати ці речовини залежно від їх властивостей та галузей використання.

Зазначимо, що для визначення поняття “отруйні і сильнодіючі речовини” необхідно враховувати їх медичний, соціальний та правовий аспекти, оскільки ці речовини як предмет злочинів характеризуються обов'язковим їх поєднанням.

Дія отруйних і сильнодіючих речовин обумовлена їх хімічними реакціями

з речовинами, що входять до складу клітин і тканин організму, а також беруть участь у тканинному обміні. Такі реакції можуть призвести до отруєння, яке спричиняє смерть або тяжкий розлад здоров'я людини. Це — медичні ознаки, які є основним критерієм визначення суспільної небезпеки незаконних діянь із зазначеними речовинами. За характером дії на організм людини отруйні та сильнодіючі речовини відрізняються від наркотичних і психотропних, не викликають захворювання наркоманією або токсикоманією, тому дія ст. 321 КК України розповсюджується на “отруйні і сильнодіючі речовини, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами” [8, 126].

Під соціальною ознакою слід розуміти поширеність і небезпеку немедичного використання отруйних і сильнодіючих речовин для здоров'я різних верств населення, порушення законного обігу цих речовин.

Дві зазначені ознаки є підставою віднесення тих чи інших речовин до категорії отруйних і сильнодіючих, а відповідно, і джерелом формування наступної ознаки.

Правова (юридична, нормативна) ознака обумовлена наявністю конкретних нормативно-правових актів, що регламентують режим обігу отруйних і сильнодіючих речовин. До них слід відносити:

а) переліки отруйних і сильнодіючих речовин (заборонених до обігу, обмежених в обігу);

б) правила поведінки з отруйними і сильнодіючими речовинами (у тому числі й норми, що регламентують порядок та умови отримання спеціального дозволу на дії з зазначеними речовинами), порушення яких може заподіяти шкоду здоров'ю населення і є підставою притягнення винних до кримінальної відповідальності;

в) кримінально-правові норми, що встановлюють відповідальність за порушення зазначених правил.

Як вже зазначалося, в кримінальному законі, як і в інших нормативно-правових актах, немає вказівок на конкретні переліки отруйних і сильнодіючих речовин, відсутній єдиний зведений перелік таких речовин, їх класифікація, а також законодавче регулювання їх обігу.

Отруйні та сильнодіючі речовини використовуються не лише в медицині, але й у ветеринарії, сільському господарстві, хімічній, целюлозно-паперовій, нафтопереробній і нафтохімічній промисловості, чорній та кольоровій металургії, харчовій та текстильній галузях, у житлово-комунальному господарстві. В обігу зазначених речовин також задіяні транспортні організації (при перевезенні зазначених речовин), різні торгові організації (при здійсненні оптової, роздрібною торгівлі даними речовинами), підприємства з переробки відходів (у сфері поводження з небезпечними відходами) і т.п. У науковій літературі, нормативно-правових актах зустрічаються різні назви одних і тих же речовин, що належать до даної категорії: “отруйні речовини” [14], “особливо небезпечні хімічні речовини” [15], “сильнодіючі отруйні речовини (сильнодействующие ядовитые вещества — СДЯВ)” [16, 67–75; 17, 8–25], “отруйні речовини” [18, 284], “токсичні речовини” [19, 151], “токсичні хімікати” [20] тощо.

Як би не називалися зазначені речовини, це не змінює їх фізико-хімічних властивостей і характеру шкідливої дії на організм людини. Проте плутанина у термінології й законодавча неврегульованість означеного питання ускладнюють кваліфікацію тих чи інших діянь з цими речовинами як злочини. Оскільки в цьому випадку йдеться про кримінальну відповідальність за незаконні діяння із зазначеними речовинами, то слід дотримуватися термінології, що застосовується кримінальним законодавством. Проте при визначенні поняття “отруйні і сильнодіючі речовини” перш за все необхідно враховувати характер

шкідливої дії цих речовин на організм людини.

Можна дати наступні визначення:

Отруйні речовини — це речовини, що справляють токсичну (отруйну) дію на організм людини, вживання яких навіть у малих дозах або з незначним їх перевищенням може призвести до отруєння або заподіяти смерть.

Сильнодіючі речовини — це речовини, немедичне вживання яких або вживання з порушенням норм і дозування може супроводжуватися розладом функціонування окремих органів або систем організму.

Тут ми свідомо не описували походження, агрегатний стан, характер дії тих чи інших речовин, спосіб надходження їх до організму. Ці положення, гадаємо, лише ускладнюють і заплутують визначення, їх можна відобразити в класифікації отруйних і сильнодіючих речовин. Правова ознака зазначених речовин нами також не була врахована, бо тоді положення “речовини, включені до списку отруйних (сильнодіючих) речовин” не відповідає дійсності*, а твердження “перелік (отруйних та сильнодіючих речовин) встановлено спеціальними нормативними актами, що видаються зацікавленими міністерствами та відомствами” абсолютно вірне, проте не зовсім зрозуміле, і вимагає більш детального роз’яснення [5, 622].

Єдиної класифікації ні отруйних, ні сильнодіючих речовин не існує. На нашу думку, перш за все необхідно розмежувати зазначені речовини залежно від їх практичного використання. Така умова для класифікації дозволить систематизувати отруйні та сильнодіючі речовини, що перебувають у законному обігу, та нормативно-правові акти, що встановлюють спеціальний режим їх обігу.

* Як вже нами згадувалося, єдиного зведеного переліку отруйних і сильнодіючих речовин в Україні не існує. Є лише різні підзаконні (в основному відомчі) нормативні акти, що регламентують ті чи інші питання, що стосуються поводження з отруйними і сильнодіючими речовинами.

Отже, отруйні речовини можна класифікувати:

I. Залежно від практичного використання: 1) промислові отрути, які використовуються у виробництві (ртуть, свинець, кроцидоліт, полібромовані дифеніли, поліхлоровані терфеніли та ін.); 2) пестициди — отрутохімікати, що використовуються у сільському господарстві для боротьби з гризунами та бур'янами (альдрин, каптафол, монокротофос, хлордан та ін.); 3) отруйні лікарські засоби (аконітін, атропін, кетамін, стрихнін, трамадол та ін.); 4) хімічна зброя — отруйні речовини (зарін, зоман, іприт, фосген та ін.), які згідно з міжнародно-правовими актами називаються токсичними хімікатами і є елементами хімічної зброї.

Речовини перших двох груп перераховуються в списках, закріплених як міжнародно-правовими [21], так і державними нормативно-правовими актами [14; 15]. Перелік отруйних лікарських засобів встановлюється виключно відомчим наказом Міністерства охорони здоров'я [11]. Правовий режим отруйних речовин, які входять до четвертої категорії (є хімічною зброєю або можуть бути використаними як така), регламентується нормативними документами і на міжнародному рівні [20], й на державному [23].

II. За походженням отруйні речовини можуть бути поділені на: 1) рослинні (отрути, виділені з білої поганки, рослин (або їх частини) аконіту, беладони та ін.); 2) тваринні (змійна та бджолина отрута, отрути членистоногих тварин); 3) мінеральні (миш'як, стрихнін, ртуть, сулема тощо); 4) продукти змішаного або штучного (хімічного) походження (промислові отрути, пестициди та ін.).

III. За агрегатним станом отруйні речовини можуть бути: 1) рідкі; 2) тверді; 3) порошкоподібні; 4) газоподібні.

IV. За характером дії отруйних речовин на організм людини вони поділяються:

A. Залежно від загального токсичного ефекту:

1) місцеві (спричиняють різкі враження в місці первинної їх дії);

2) резорбційні (токсичний ефект виявляється лише після їх всмоктування).

Б. За вибірковістю дії на ті чи інші органи (системи):

1) серцеві — кардіотоксичної дії (ліки, рослинні отрути, солі барію, кадмію тощо);

2) нервові — викликають порушення функціонування нервової системи: збуджуючі (атропін); судомні (стрихнін); пригніблюючі (трамадол); снодійні (гексенал); паралізуючі (фосфорорганічні сполуки, сірковуглець, тетраетилсвинець тощо);

3) печінкові (хлоровані вуглеводні, альдегіди, феноли, отруйні гриби);

4) ниркові (сполуки важких металів, етиленгліколі, щавлева кислота);

5) кров'яні (водень миш'яковистий, натрію нітрит, вуглецю оксид, бензол тощо);

6) легеневі (оксиди азоту, озон, фосген тощо);

7) загально отруйної дії (ціаніди, ціанистоводнева (синильна) кислота, динітрофенол, етиленхлоргідрин тощо).

В. За наслідками чи тривалістю дії:

1) летальні, що призводять або можуть призвести до смерті (у 5% випадків) - термін дії до 10 діб;

2) тимчасові, що призводять до нудоти, блювоти, набряку легенів, болю у грудях — термін дії від 2 до 5 діб;

3) короточасні, тривалість яких декілька годин, що призводять до подразнення у носі, ротовій порожнині, головного болю, задухи, загальної слабості, зниження температури [18, 265–267; 19, 150–152; 23, 463–464; 24, 20–31].

Сильнодіючі речовини можна поділити на дві основні групи залежно від практичного використання:

I. Сильнодіючі лікарські засоби, які складають основну частину сильнодіючих речовин.

II. Інші сильнодіючі речовини, що використовуються, головним чином, у хімічній промисловості як субстанції для виготовлення деяких хімічних речовин, розчинників тощо, наприклад: толуол, хлороформ, метилбензилкетон та ін.

Оскільки на сьогодні найбільш поширене немедичне застосування сильнодіючих лікарських засобів, зупинимось на більш детальній їх характеристиці та класифікації.

Перелік сильнодіючих лікарських засобів встановлюється Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 7 липня 2004 року за № 344 "Про затвердження переліків отруйних та сильнодіючих лікарських засобів" [11] та налічує 57 найменувань. Це різні препарати, що впливають, головним чином, на центральну нервову систему людини, які здатні надавати стимулюючу або депресивну дію на центральну нервову систему, викликаючи галюцинації, порушення моторної функції, мислення, поведінки, сприйняття, зміну настрою, або можуть призводити до аналогічних шкідливих наслідків.

За характером дії на організм людини сильнодіючі лікарські засоби можна поділити на наступні групи: снодійні препарати (бромізовал та ін.); седативні (заспокійливі) препарати (амізил, левомепромазин, бензобарбітал та ін.); антидепресанти (цефедрин, алімемазин); психостимулятори (сиднофен); проти-епілептичні (циклодол); антихолінергічні засоби (використовуються при лікуванні бронхіальних захворювань, наприклад солутан); засоби, що впливають на мускулатуру матки (метилергометрин).

Сильнодіючі лікарські засоби, як і отруйні, також можна класифікувати за формами випуску: 1) ампули, тьюбіки-крапельниці, флакони, бутілі різних місткостей (для рідких лікарських засобів); 2) таблетки, капсули, скляні банки, флакони, пакети з поліетиленової плівки, паперу у великому обсязі (для порошко-подібних лікарських засобів).

Проте, на наш погляд, можлива й достатньо нетрадиційна класифікація отруйних і сильнодіючих речовин.

В основу запропонованої класифікації може бути покладена протиправна мета використання сильнодіючої або отруйної речовини.

Ґрунтуючись на такому способі класифікації, зазначені речовини можуть бути поділені на чотири основні розряди:

1) отруйні і сильнодіючі лікарські засоби, які впливають на центральну нервову систему людини і використовуються особами, що допускають немедичне вживання наркотичних засобів (наркоманами), з метою отримання або посилення наркотичного ефекту, а також зняття нервової напруги, викликаного вживанням наркотиків або для послаблення синдрому абстиненції. До цієї групи входять такі препарати, як алімемазин, амізил, бензобарбітал, бромізовал, левомепромазин, сиднофен, трамадол, цефедрин, циклодол тощо;

2) речовини, що використовуються як сировина (напівпродукти та реагенти) у процесі незаконного виготовлення наркотичних засобів. До цієї групи входять такі речовини, як солутан, ефедрин трава тощо. Зокрема, з криміналістичної практики відомі випадки кустарного виготовлення з препаратів, що містять ефедрин (не тільки з таблеток "Теофедрин", "Ефедрину гідрохлорид", але і з розчинів "Солутан" та ін.) таких засобів, як ефедрон або первитин;

3) речовини, що використовуються для доведення до безпорадного стану потерпілого при здійсненні корисливо-на-сильницьких злочинів. Сюди слід віднести такі речовини, як клонідин (клофелін), хлоретил, ефір для наркозу тощо;

4) речовини, що використовуються для спричинення шкоди життю і здоров'ю потерпілого. Сюди можуть бути віднесені отруйні речовини (наприклад миш'як, беладонна, стрихнін, ртуть і т.п.).

На закінчення хотілося б сказати, що проблема визначення та класифікації отруйних і сильнодіючих речовин існує й вирішувати її потрібно, перш за все, на законодавчому рівні.

Доцільно було б, на наш погляд, розробити та прийняти Закон України “Про обіг в Україні отруйних та сильнодіючих речовин”, що регламентував би наступні питання:

– Визначення термінів, насамперед отруйних та сильнодіючих речовин, їх класифікацію.

– Закони та підзаконні нормативні акти, що регламентують суспільні відносини в сфері обігу отруйних та сильнодіючих речовин.

– Органи, уповноважені визначати ті чи інші питання щодо обігу отруйних та сильнодіючих речовин.

– Порядок законного обігу отруйних та сильнодіючих речовин та засоби контролю за ним.

– Інші питання, що потребують законодавчого регулювання.

Список літератури:

1. Уголовный кодекс Украинской ССР: Офиц. текст по состоянию на 1 февраля 1944 г. — М.: Юрид. Изд-во НКЮ СССР, 1944. — 94 с.
2. *Матышевский П. С.* Ответственность за преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения. — М.: Юридическая литература, 1964. — 158 с.
3. Уголовный кодекс Украинской ССР: Науч.-практ. коммент. / *Н. Ф. Антонов, М. И. Бажанов, Ф. Г. Бурчак* и др. — К.: Политиздат Украины, 1987. — 880 с.
4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє вид., переробл. та доповн. / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К.: Атіка, 2004. — 1056 с.
5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Особлива частина / За заг. ред. М. О. Потєбєнька, В. Г. Гончаренка. — К.: Форум, 2001. — 941 с.
6. *Бабаян Э. А., Гаевский А. В., Бардин Е. В.* Правовые аспекты оборота наркотических, психотропных, сильнодействующих, ядовитых веществ и прекурсоров: Государственные и ведомственные акты. Методические материалы. Комментарии. Ответы на вопросы. Часть II. — М.: МЦЭФР, 2002. — 320 с.
7. *Костін М. І.* Контрабанда. Доказування обставин вчинення злочину на досудовому слідстві: Монографія. — К.: Дія, 2003. — 185 с.
8. Кримінальний кодекс України. За станом на 15 квітня 2005 р. / Верховна Рада України: Офіц. вид. — К.: Парламентське вид-во, 2005. — 178 с.
9. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 2-ге вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. — К.: А. С. К., 2002. — 968 с.
10. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар / Заг. ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. Акад. прав України, Національна академія ім. Я. Мудрого. — Х.: Одиссей, 2004. — 1152 с.
11. Наказ Міністерства охорони здоров'я України “Про затвердження переліків отруйних та сильнодіючих лікарських засобів” від 7 липня 2004 року № 344 // www.liga.net.
12. Закон України “Про лікарські засоби” від 4 квітня 1996 р. зі змінами і доповненнями, внесеними законами України від 14 лютого 1997 р., від 30 червня 1999 р.
13. *Шаповалов В.* Юридическая опека: о необходимости изменения редакции части 2 статьи 321 УК Украины, предусматривающей ответственность за незаконный оборот (сбыт) сильнодействующих и ядовитых веществ // Ліки України. — 2003. — № 11. — С. 88–92.
14. Постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку одержання дозволу на виробництво, зберігання, транспортування, використання, захоронення,

знищення та утилізацію отруйних речовин, у тому числі продуктів біотехнології та інших біологічних агентів” від 20 червня 1995 р. № 440 зі змінами і доповненнями (із доданим Переліком отруйних речовин) // www.liga.net

15. Постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження переліку особливо небезпечних хімічних речовин, виготовлення та реалізація яких підлягає ліцензуванню” від 17 серпня 1998 р. № 1287 // www.liga.net

16. Действия населения в чрезвычайных ситуациях мирного времени: Учебное пособие по гражданской обороне. — Киев: Штаб гражданской обороны Украины, 1992. — 175 с.

17. Сильнодействующие ядовитые вещества. Технические жидкости. Ртуть: Учебное пособие. Библиотечка журнала “Военные знания”. — Москва, 1998. — 72 с.

18. *Хван Т.А., Хван П.А.* Безопасность жизнедеятельности. Серия “Учебники и учебные пособия”. — Ростов н/Д: Феникс, 2000. — 352 с.

19. *Желібо Є.П., Заверуха Н.М., Зацарний В.В.* Безпека життєдіяльності / За ред. Є.П. Желібо і В.М. Пічі. — Львів: Новий світ, 2000, 2002. — 328 с.

20. Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення і застосування хімічної зброї та про її знищення, підписана від імені України 13 січня 1993 р. в м. Парижі, ратифікована 16.10.98 р. Законом України № 187–XIV // www.liga.net

21. Роттердамська конвенція про процедуру попередньої обґрунтованої згоди відносно окремих небезпечних хімічних речовин та пестицидів у міжнародній торгівлі, прийнята 10 вересня 1998 р., ратифікована 26 вересня 2002 р. Законом України № 169–IV // www.liga.net

22. Постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку здійснення державного контролю за міжнародними передачами товарів подвійного використання” від 28 січня 2004 р. № 86 зі змінами і доповненнями (із доданим Списком товарів подвійного використання, що можуть бути використані у створенні хімічної зброї) // www.liga.net

23. Вещественные доказательства: Информационные технологии процессуального доказывания / Под общ. ред. В.Я. Колдина. — М.: НОРМА, 2002. — 768 с.

24. Сильнодействующие ядовитые вещества и защита от них / Под ред. В.А. Владимирова. — М.: Военное изд-во, 1989. — 176 с.

РЕЗЮМЕ

В статье освещена проблема определения предмета преступления, предусмотренного ст. 321 УК Украины, а также понятий ядовитых и сильнодействующих веществ. Проанализированы нормативно-правовые акты, регламентирующие оборот данных веществ, отмечена неурегулированность на законодательном уровне данного вопроса, а также отсутствие единого сводного и систематизированного перечня указанных веществ. Предложено определение понятия ядовитых и сильнодействующих веществ, а также их классификация.

SUMMARY

The problem of the crime subject's definition (Article 321 of the Criminal Code of Ukraine) and also definitions of poisonous and virulent substances is touched on in this article. Some normative legal acts regulating the circulation of given substances have been analyzed. The absence of regulation of this question on the legislative level and single systematized list of the indicated substances are marked. In the article the definition of poisonous and virulent substances is also offered.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Отримано 03.11.05



*Н.М. Антонюк,
кандидат педагогічних наук, доцент
(Київський національний університет імені
Тараса Шевченка)*

Правнича термінологія у змісті викладання іноземних мов

*Навчаючи, люди вчаться.
Сенека [23]*

Ключові слова: *переклад юридичної лексики, комунікативна діяльність, автентичні матеріали, міжпредметні зв'язки, правове мовлення.*

Генеральний секретар ЮНЕСКО Коїчіро Мацуура, виступаючи на міжнародній конференції “LINGUAPAX — VIII” в Україні, вкотре відзначив загальновідому істину, що всі мови безцінні, тому що думки і висловлювання, що народжуються в кожній з них, не можуть однаково яскраво бути вираженими такою будь-якою іншою мовою [1].

Перехід з однієї мови на іншу завжди ставить серйозне завдання переходу від однієї системи думок до іншої, які можуть стати основною причиною взаємного непорозуміння. Під час взаємодії мов під загрозою опиняються фундаментальні принципи світу, засади яких відповідно до статуту ЮНЕСКО повинні ґрунтуватися на розумі людському, що визначається мовою й організується відповідно до різних мовних моделей — розмаїття багатобарвності термінологічних структур.

Особливо вагоме значення ці ідеї набувають при перекладі юридичної лексики, використанні правничої термінології у змісті викладання іноземних мов.

Комунікативна діяльність у ході академічних занять з іноземної мови зі

студентами загальною юридичного, адвокатського відділення, відділення міжнародного права та перекладачів охоплює багатогранні модульні системи, які можна згрупувати за такими напрямками: 1) фонетичний; 2) граматичний; 3) тематично-правничий; 4) лексико-термінологічний та семантичний; 5) перекладацько-адекватний (усний та письмовий переклад юридичних текстів).

Фахівці перекладацької майстерності — В.І. Карабан, І.В. Корунець, В. Коптілов, Г. Міраль, В. Рецкер відносять тексти з правничою термінологією до офіційно-ділової лексики. Студенти повинні усвідомлювати, що тексти офіційно-ділового стилю відзначаються: багатократно повторюваною лексикою, пов'язаною з темою певного тексту; чіткою композицією, яка забезпечує поділ змісту на пункти; однозначністю елементів лексики та фразеології; відсутністю емоційно забарвлених висловлювань; широким використанням інфінітивних конструкцій зі значенням заохочення до певних дій, а іноді й з наказовою семантикою.

Так, текстові Конституції кожної держави притаманні елементи офіційно-ділового стилю (суспільно-політична лексика та фразеологія, однозначність викладу, чіткий поділ змісту за статтями,

логічна послідовність порядку статей — від більш важливих на початку кожного розділу до менш важливих наприкінці нього). На відміну від переважної більшості офіційно-ділових документів, текстові Конституції властиві певні елементи урочистості [20].

З метою формування у студентів відповідних перекладацьких вмінь та навичок роботи з офіційними юридичними документами їм доцільно запропонувати офіційні тексти для вивчення та аналізу в українській та в іноземній мовах: Конституція України (українською мовою) та *Verfassung der Ukraine* (німецькою мовою).

Практика доводить, що студентам краще вивчити правничу термінологію, маючи перед собою візуальну опору — білінгвістичний текст юридичної тематики. Аналізуючи кожне положення Конституції, студенти засвоюють поняття та фразеологізми, такі, як: суверенна воля, українське державотворення, право на самовизначення; демократична, соціальна, правова держава та ін.

Результативності цього виду лінгвістичної діяльності допоможуть комп'ютерні програми та технології.

Викладання іноземних мов повинно здійснюватись на основі автентичних матеріалів. Для прикладу, доцільним є обговорення, особливо на старших курсах викладання іноземних мов майбутнім юристам, найбільш часто вживаних положень “Конвенції про захист прав та основних свобод людини і громадянина”, у світлі прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Викладачам іноземних мов варто використовувати систематизовані матеріали, які подаються через призму практики Європейського суду і висвітлюються ведучими зарубіжними експертами.

Знання, здобуті студентами з курсів правничих дисциплін, дають можливість обговорити іноземними мовами бачення Конвенції відомими українськими вченими та адвокатами в контексті

вітчизняного законодавства та судової практики. Адже кожна з статей Конвенції може бути підкріплена переліком справ, які розглядалися Європейським судом з прав людини. Таким чином, на заняттях з іноземних мов здійснюються міжпредметні зв'язки, відбувається наступність між правничими дисциплінами та змістом викладання іноземних мов. Студенти мають можливість засвоїти іноземною мовою терміни, які постійно чують на лекціях та семінарах з правничих дисциплін. А саме: інтерпретація Конвенції, механізм використання відповідних правозахисних можливостей; умови отримання заяв, процедури їх розгляду Європейським судом і навіть термін “конвенційний захист професійних прав адвокатів”.

Зрозуміло, що недостатньо обмежитись вивченням термінів “злочин, покарання, суд, тощо”, відомих студентам ще з курсів іноземних мов загальноосвітніх шкіл.

Час сьогодення вимагає від майбутніх юристів, адвокатів, фахівців у галузі міжнародного права вільного оперування в іноземній мові такими юридичними термінами та їх абрєвіатурами, як: Статут Організації Об'єднаних Націй (Статут ООН), Генеральна Асамблея, Міністерство Юстиції (МЮ) та Міністерство Оборони (МО), Європейський Союз (ЄС), Верховний Суд, захист економічних та соціальних прав особи, податкова інспекція, страховий поліс, спадок, застава та багато інших, про які йдеться на лекціях з цивільного, сімейного, господарського права та інших спеціальних юридичних дисциплін.

Оскільки мова в сучасній лінгвістиці розглядається не тільки як інструмент комунікації, але й явище культури, засіб для категоризації досвіду етноса, — одним із шляхів оптимізації міжособового та міжнародного комунікативного простору є правове мовлення, ґрунтоване на юридичній термінології.

Студентам у ході занять з іноземних мов варто запропонувати такі теми для

обговорення, проведення конференцій, рольових ігор, інтерв'ю, засідань, написання статей, рефератів, креативних завдань:

- Професійна гідність сучасного адвоката.
- Професіоналізм юриста.
- Професійна компетентність юриста-міжнародника.
- Лінгвістика і право.
- Законодавча система України та англomовних країн (Великобританії, США, Канади).
- Судочинство в Україні та Великобританії (США).
- Система покарань в Україні та США (Великобританії).
- Правозахист неповнолітніх.
- Поліція і порядок в країні.
- Конституція України: права і обов'язки громадян.
- Етика дій сучасного адвоката (юриста).
- Конституції англomовних країн.
- Міжнародні організації.
- Закон і порядок.

Робота над темами такого плану вимагає від студента залучення не тільки власного менталітету та творчого потенціалу, але й лінгвокультурного аспекту висвітлення іноземною мовою правничих тем, які містять відповідну юридичну термінологію.

При виконанні такого виду творчих завдань необхідно усвідомлювати важливість фактора суб'єкта комунікативної діяльності. Адже кожен студент як інтерпретант, рівно, як і викладач, інтерпретатор, перебувають у період комунікації під впливом різних факторів: емоцій, логічних міркувань, поведінки, оточення та ін. Так, навіть окремих юридичний термін може викликати в студентській аудиторії досить активну реакцію, яка спонукає жваву дискусію, діалог, бесіду-роздум.

На заняттях з англійської мови студенти залюбки обговорюють життєво-популярні поняття на зразок: страхування

(insurance), а також похідні фразеологізми та словосполучення — страхування кредиту (credit insurance), страхування життя (life insurance), страхування від пожежі (fire insurance); вимоги щодо страхування (requirement for insurance), страхування ризиків (risk insurance), поліс зі страхування шкоди власності (property damage policy). В ході дискусій з використанням вищевказаної лексики відбувається поєднання правничої та бізнес термінологій, що робить заняття з іноземних мов адекватними сучасним інтересам студентської аудиторії.

Окремий аспект — зацікавленість студента змістом інформації, яку він отримує на заняттях з іноземної мови. Студентів — майбутніх адвокатів, не залишає байдужими інформація про найбільш унікальні заповіти (will) та спадщини (legacy, heritage). Терміни: “заповіт, вступати у право наслідування, майно, спадок, спадкоємиць” використовуються студентами при перекладі міні-текстів типу: “най...” (The most ...):

- найдавніший заповіт залишив один із батьків — засновників США Томас Джефферсон. Вказівки щодо майна в документі чергувалися з роздумами про історію Америки. Згідно з цим заповітом спадкоємці Джефферсона могли отримати свої долі лише за умови, якщо вони відпустять на волю своїх рабів;

- найбільшу суму готівкою, яка будь-коли була вказана у заповіті однієї людини, залишив Генрі Форд. Він заповідав розподілити 500 мільйонів доларів серед 4157 навчальних і благодійних закладів;

- найсекретніший заповіт залишив мільярдер Мішель Ротшильд. У ньому, попри все, говориться про категоричну заборону складання опису його спадку, будь-якого судового втручання та оприлюднення спадку. Таким чином, реальні розміри спадку М. Ротшильда невідомі й донині.

Ще одне “най...” повідомлення стимулює розвиток діалогічного мовлення у

студентів. Почувши чи прочитавши його, студенти на заняттях з іноземної мови починають дискусії та обговорення не лише юридичного спрямування, а також соціального, політичного, морально-етичного. Йдеться про найбільшу спадщину, яку будь-коли заповідали тварині. З цією спадщиною пов'язана найдивніша й найабсурдніша історія про заповіт. Мільйонер та кінопродюсер Роджер Доркас усі свої 65 мільйонів доларів залишив улюбленому псові Максиміліану. Суд визнав таке рішення законним, оскільки за життя мільйонер виправив Максиміліану абсолютно людські документи. Своїй дружині Доркас залишив 1 цент. Однак вона за тими ж документами вийшла за пса заміж та після його смерті спокійно вступила в права на спадщину, оскільки пес, звісно, заповіту не залишив [3].

Особливу категорію правничих термінів становлять слова та словосполучення, переклад яких іноземною мовою з української та навпаки утворює синонімічний ряд.

Для прикладу, поняття “адвокат” можна перекласти англійською мовою як: Lawyer, attorney, barrister, solicitor. Важливо, щоб студенти чітко усвідомили лексичні особливості багатоплановості значень, а також змогли порівняти їх з аналогічними поняттями в рідній мові.

Lawyer — адвокат; юрист; company (corporation) lawyer — юрисконсульт; Solicitor — адвокат, який готує справи для баристера та виступає тільки в судах нижчої інстанції; повірений.

В американському варіанті англійської мови solicitor — також юрисконсульт; агент фірми з розпродажу замовлень; особа, яка збирає пожитки.

Solicitor-General — вищий чиновник міністерства юстиції (в США); головний прокурор (у деяких штатах США).

Attorney — адвокат; повірений; чиновник органів юстиції. Attorney General — вищий чиновник органів юстиції (який є членом кабінету міністрів); міністр юстиції та генеральний прокурор (в Англії

та США); attorney general — головний прокурор штату в США; district (circuit) attorney, attorney in fact — особа яка не є адвокатом, діє як повірений іншої особи; by attorney — за довіреністю; attorney-at-law — адвокат (у США).

Barrister — баристер; inner barrister — баристер вищого рангу, який виступає в суді всередині бар'єру, що відокремлює суддів від підсудних; utter barrister (outer) barrister — баристер, який виступає в суді поза бар'єром; briefless barrister — адвокат без практики; revising barrister — баристер, який перевіряє списки виборців на вибори до парламенту; уповноважений з перевірки списків виборців.

Наведені приклади свідчать про те, що правничі терміни, як і слова взагалі, пов'язані тисячами невід'ємних зв'язків з історичними, культурними, літературними, юридичними і законодавчими традиціями мови оригіналу. Терміни й словосполучення живуть у контексті певного речення, твердження, абзацу, тексту, змісту. На семантику кожного слова, терміна, поняття, фрази, словосполучення впливають різні асоціації, які формують фіксовану картину комунікації.

Заняття з іноземної мови дають широкі можливості студентам юридичних спеціальностей оволодіти правничою термінологією через призму мовної картини світу, що відображає національні, культурологічні, історичні, правові особливості сприйняття і бачення суспільства.

Сучасний майбутній юрист, адвокат, суддя тільки тоді зможе знайти свою нішу фахового визнання у конкурентоздатному середовищі, якщо зможе кваліфіковано оперувати правничою термінологією не лише рідною, але й іноземною мовою.

Цьому сприятимуть як методично-кваліфіковано підготовлені та проведені академічні заняття з іноземної мови, зустрічі, конференції, спілкування з юристами-фахівцями — носіями мов,

так і самостійні зусилля студентів, спрямований на опановання юридичними термінами іноземними мовами на основі

аудіо-, відео- та комп'ютерних інформаційних джерел.

Список літератури:

1. Науковий вісник кафедри ЮНЕСКО КДЛУ. — К.: Видавничий центр КДЛУ, 2000. — С. LXVII.
2. *Вежбицкая А.* Язык. Культура. Познание. — М.: 1996. — 416 с.
3. Правда Украины. 10 ноября 2005г. Интересные факты.
4. *Антошок Н., Краснолуцький К.* Англомовні країни та Україна. Міжнародні організації. — Вінниця: Нова Книга, 2004. — 228 с.
5. *Зернецький П., Берт С., Вересоцький М.* Business English for Law Students. — Вид. дім «Кієво-могилянська академія», 2005. — 246 с.
6. *Start Redman.* English Vocabulary in Use. Cambridge University Press. 2002. — 270 с.
7. English of Law. International Instruments on Human Rights. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 752 с.
8. Большой англо-русский словарь. — М.: Русский язык, 2004 (в двух томах).
9. Webster's Encyclopedic Dictionary. — New York, 2000.
10. Юридический Энциклопедический словарь. — М.: Энциклопедия, 1984. — 414 с.
11. Англо-русский словарь глагольных словосочетаний. — М.: Русский язык, 1986. — 634 с.
12. *Карабан В.І.* Переклад з української мови на англійську. Навчальний посібник-довідник для студентів вищих закладів освіти. — Вінниця: Нова книга, 2003 — 608 с.
14. Переклад англійської наукової і технічної літератури. — Вінниця: Нова книга, 2004. — 574 с.
15. Англійсько-український юридичний словник. — Вінниця: Нова книга, 2004. — 1085 с.
16. Переклад англомовної економічної літератури. Економіка США: загальні принципи / За ред. Л.М. Черноватого та В.І. Карабана. — Вінниця: Нова книга, 2004. — 491 с.
17. *Alexander L.G.* Longman English Grammar. — New York, 2002. — 374 с.
18. *Devlin J.A.* Dictionary of Synonyms and Antonyms. — A Time Warner Company, 1987. — 348 с.
19. *Ніколаєва С.Ю., Бадаянц Г.С.* Текстові завдання з англійської мови. — К.: Освіта, 1998. — 210 с.
20. *Коптілов В.* Теорія і практика перекладу: Навч. посіб. — К.: Юніверс, 2002. — 280 с.
21. *Мірам Г.* Алгоритми перекладу: Вступ. Курс з формалізації перекладу (англ. мовою). — К.: Твім інтер, 1998. — 170 с.
22. *Martin H. Hanser, A Dictionary of Contemporary Idioms.* — Pan Books London. 2003, - 220 с.
23. Разум сердца. Мир нравственности в высказываниях и афоризмах. — М., 1990. — 605 с.

РЕЗЮМЕ.

В статье предлагается творческий подход к изучению юридической терминологии в ходе преподавания иностранных языков будущим юристам. Разнообразие примеров

на базе английского языка освещает лингво-культурный, профессиональный аспект моделирования содержания занятий по иностранным языкам для студентов общеправовых, адвокатских специальностей, а также для будущих специалистов по международному праву.

SUMMARY.

The article suggests creative approach towards studying judicial terminology by future lawyers in the process of teaching foreign languages. Variety of the examples based on the English language teaching highlights linguocultural and professional aspects of modelling the plot of foreign language classes for the law students.

*Рекомендовано кафедрой
іноземних мов та перекладу*

Отримано 25.11.05



*Н.Г. Ботвина,
кандидат філологічних наук, доцент
(Академія адвокатури України)*

Державотворча роль мови

Ключові слова: *державна мова, офіційна мова, національна мова, мова міжнаціонального та міжнародного спілкування*

Стаття 10 Конституції України встановлює: “Державною мовою в Україні є українська мова. Держава забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України”.

Державна мова — це мова, якою складаються й видаються державні закони, постанови, укази, інші акти, ведеться документація в державних і недержавних установах, здійснюється судочинство, проводиться навчальна й виховна робота в усіх видах навчальних закладів, оформлюються результати науково-дослідних робіт. Державна мова — це основний засіб спілкування в усіх сферах державної, громадської й виробничої діяльності. Володіння й користування державною мовою забезпечує всім громадянам рівні можливості для повноправної участі в будь-якій сфері суспільного життя незалежно від їхніх національних, територіальних, мовних та інших особливостей.

Державна мова як спільна для всіх громадян виконує в суспільстві ряд надзвичайно важливих функцій, зокрема:

– інтеграційну — об’єднує людей, створює в них відчуття групової іден-

тичності, отже, сприяє перетворенню населення в суспільство;

– організаційну — виступає засобом мобілізації зусиль, адекватного передавання волі від одних структур суспільства до інших;

– інформаційну — забезпечує здатність підтримувати високу інтенсивність внутрішніх зв’язків, якими крізь час і простір поширюються інтелектуальні й моральні імпульси, що пронизують усе суспільство.

Отже, спільна для всього суспільства мова дає змогу сконцентрувати весь його інтелектуальний потенціал і таким чином у процесі історичного розвитку врешті-решт переростає в могутню рушійну силу для суспільного прогресу.

До сьогодні історики та лінгвісти сперечаються про час виокремлення української мови з мови-основи. Вік її коливається в межах від 5 тис. років до XIV або й VII століть. Український філолог Олександр Опанасович Потебня говорив, що “це не народження дитини і не падіння яблука, про яке при спостереженні можна сказати, що воно сталося о такій-то годині, хвилині... Тут встановлюється тільки сторіччя, пізніше за яке могло відбутися виділення мови”.

В історії української мови існує кілька версій щодо часу її виокремлення.

Так, на думку польського і російського сходознавця Михайла Красуського,

українська мова є найстаршою в Європі, її сліди треба шукати в говірках племен, котрі у IV—III ст. до н.е. кочували південними степами. У праці “Древность малороссийского языка”, яка була опублікована у 1818 році в Одесі і передрукована у 1991 році в Києві, Красуский на основі зіставлення індоєвропейських мов дійшов висновку, що малоросійська (українська) мова давніша не тільки за всі слов’янські мови, а й за грецьку, латинську та санскрит — давньоіндійську літературну мову. Сьогодні санскрит в Індії знає 2,5 млн. чол. з 750 млн. жителів. Саме малоросійська (українська) мова, на думку вченого, може пояснити багато місць у порівняльно-історичному мовознавстві, дешифрувати ряд санскритських, грецьких, латинських слів. Такі власне українські мовні явища, як чергування етимологічних звуків [o] та [e] у відкритому складі з [i] у закритому складі (воли — віл, село — сіл, мого — мій, шести — шість, росла — ріс, везла — віз), уживання дієслівного суфікса -в (знав, робив), наявні і в санскриті.

Російський мовознавець Ф.І. Буслаєв, дослідивши лексику і фразеологію «Слова о полку Ігоревім», інші писемні джерела давньоруської доби, а також пам’ятки чеської літератури, твори давнього українського фольклору, заявив про те, що українська мова древніша від мови російської.

“Сенсаційні” відкриття мають місце і в наш час. Професор Київського державного лінгвістичного університету І.П. Ющук зіставив українську мову з найдавнішою індоєвропейською мовою — латинською і вказав на “архаїчність” української мови, оскільки вона має велику кількість прадавніх індоєвропейських елементів, можливо, переконое вчений, більше, ніж у будь-якій із сучасних мов, що входять до цієї сім’ї. Спільність між українською та латинською мовами встановлюється на рівні фонетики. І тут цілком резонно постає питання: “Невже така близькість фонетичних систем, незважаючи на часову відстань між ними в

дві з половиною — три тисячі років і на всі ті зміни, що відбулися за той час у них, це просто випадковість, а не вияв якихось спільних тривких мовних законів?” Для автора це риторичне питання. На граматичному зрізі, твердить він, “чим давніша латинь береться для зіставлення”, тим більше збігів виявляється. Це передусім подібності в системі відмінків, у родовій приналежності іменників, в особових закінченнях дієслів, спільне є в займенниковій системі.

Спільний лексичний фонд, установленний І.П.Іщуком, охоплює мову дорослої людини і життєво найважливіші дитячі слова: тато, мама, папа (“хліб”), вава (“ранка”). Загальний висновок такий: “... українська мова в окремих своїх рисах, моментах почала формуватися ще перед трьома тисячами років — можливо, водночас із латинською, якщо не раніше. Адже українська мова зберегла багато того, що вже класична латинь утратила”.

Донедавна єдино правильним вважався погляд, зі яким початок формування української мови, як і російської та білоруської, припадає на XII—XIV ст. Мовою-основою була давньоруська (спільносхіднослов’янська мова (VIII—XVI ст.).

Ця мова постала на основі спільнослов’янської, яка свою чергу виникла на ґрунті індоєвропейської мови. Як твердять учені, у V—IV тис. до н. е. існувала давньоєвропейська цивілізація. Вона об’єднувала численні племена і займала територію від Волги до Єнісею (за переконанням одних дослідників) або від Балкан до Дунаю (ні думку інших). До індоєвропейської родини входили слов’янська, індійська (хінді, урду, бенгальська, циганська), іранська (перська, таджицька, афганська, осетинська), балтійська (латиська, литовська, латгальська), германська (англійська, німецька, голландська, шведська, норвезька, датська), романська (французька, іспанська, італійська, португальська, румунська, молдовська, провансальська, реторо-

манська), кельтська (бретонська, валлійська, ірландська), грецька, албанська, вірменська мовні групи. Нині вона є однією з найбільших у світі мовних сімей. Індоевропейськими мовами користуються 45,5% населення світу. Спільнослов'янська мова мала багатотисячову історію і дала життя сучасним тринадцятьом слов'янським національним мовам: українській, білоруській (східнослов'янська підгрупа мов), польській, чеській, словацькій, нижньолужицькій, верхньолужицькій (західнослов'янська підгрупа мов), болгарській, словенській, македонській, сербській, хорватській (південнослов'янська підгрупа мов). Слов'янські мови — третя за чисельністю, після романської та германської, мовна група в індоевропейській мовній сім'ї, цими спілкуються понад 300 млн. осіб.

Багато наших сучасників висловлюються про постання української мови на праслов'янському ґрунті, зокрема професор Колумбійського університету, представник української еміграції Юрій Шерех (Шевельов) вичленовує протоукраїнську мову VII—XI ст.

Відомий історик, філософ, літературознавець Іван Огієнко вважав, що десь за 5 тисячоліть до Христа всі теперішні так звані індоевропейські народи говорили ще більш-менш однією спільною мовою, що умовно мовознавці назвали індоевропейською. З часом мова ця розпалась на окремі говірки, що дали початок розвитку сучасним мовам Європи та Азії. Серед цих мов була і слов'янська. Очевидно, що в історії мов був час, коли балтійські мови (литовська, латиська, пруська) та слов'янська мали багато спільного й утворювали балтослов'янську мовну спільноту. Про це свідчать такі слова: сніг, снег, sniegas та ін.

Десь у I тисячолітті по Христі балтослов'янська спільність розпалась. Мови пішли в подальше життя кожна своєю дорогою: по-своєму розвивалася праслов'янська мова. Її доба була довгою. Десь 2000 літ.

Слов'яни проживали між річками Вісла (захід), Дніпро (схід), Дністер чи Прут (південь) до фінів (на північ). Вони не сиділи спокійно, рухалися, шукаючи вигідніших просторів.

З VI ст. у житті праслов'янської мови розпочалась доба перетворення говорів на окремі мови. Це тривало до IX—X ст. Центром найдавнішої території українців було Подніпров'я.

На нашій землі, як свідчать археологічні розкопки, жило багато народів: кімерійці (1000 літ до Христа), скіфи (VII ст. до Христа), сармати (IV—III ст. до Христа), роксолани чи олани, готи (II—III ст. по Христі), гуни (IV—V ст.), болгари, авари. Вони лишили про себе пам'ять у понад 600 різних топографічних назвах (річки, пагірки тощо).

Українці то відступали, то знову заселяли споконвічні землі під впливом кочовиків. В основу українського народу увійшли такі племена: поляни (Київщина тепер), древляни (Прип'ять, Дніпро), сіверяни (по Десні й лівих допливах середнього Дніпра), уличі (між Дністром та Бугом), тиверці (на південний захід від уличів, над Дністром, аж до моря); дуліби, волиняни (над Бугом), хорвати, лучани (Галичина).

Процес виоформлення племен пов'язаний був із її економічним, політичним розвитком. На основі племен виробились говори української мови.

Як жили племена? На півночі заслоною був ліс (за ним жили словени, в'ятичі, фіни, що потім склали великоруський народ). Ліси не приваблювали хліборобні українські племена. На заході межею були Карпати, на півдні — степ, у якому товклися азійські кочові орди. Сюди азіати гнали фізичні та геологічні зміни в Азії.

Україна, що в IX—X ст. звалася Русь, об'єднувала східних слов'ян. Але це було об'єднання державне, політичне, а не етнічне і не мовне. Держави а єдність для розвитку мови — це чинник великої ваги, але не вирішальний. Та й ця єдність не була довгою. У 1125 р. помер Воло-

димир. І наша ж династія Рюриковичів пішла на північ і понесла туди назву Русь, що стала спільною для півдня і півночі. Русь це була назва державна, а не назва мовної спільності.

Формування літературної мови в Києві почалося з 988 р., коли Володимир із хрещенням приніс й літературну мову — церковнослов'янську (старослов'янську). Уже тоді на півдні говорили віра, а на півночі — вера, а літературне було вєра.

Антропологія ясно й докладно довела, що расово українці, росіяни й поляки — це різні окремі народи. Так само різні в них мови, кожна самостійна.

Отже, найстаріша назва українського народу і його першої держави — Русь. Цю назву принесло нам шведське плем'я (варяги), що захопило в IX ст. владу над східними слов'янами (пор., фіни Швецію звать Ruotsi). Варягами були Рюрик, Олег, Ігор та ін.

Інші вчені вважають, що слово Русь слов'янське, місцеве, оскільки греки звали русами полян, русинами пізніше називало себе населення Карпат, Закарпаття, Прикарпаття.

Швидше всього, що Русь — назва самих полян, а потім і всієї наддніпрянської держави. Русь — Київська земля.

Слово Україна з'явилося пізніше — десь у XII ст. Воно означає край, у края, тобто “погранична територія”, як вважають одні учені; інші думають, що край, країна — “рідна земля, населена своїм народом”; ще інші прихильні до зв'язку із словом укрятти — відділити, відрізати; пізніше україною називали князівства.

За Богдана Хмельницького слово Україна стало вживатися в офіційних актах. У XVII ст. так її називали вже послы, подорожні, купці і т. ін.

З XIV ст. входить в ужиток нова назва — Мала Русь. Вважають, що постала вона завдяки грекам, а з грецької Мала Русь, Mikra Rosia означає “Русь старша, початкова, основна”.

Ось так в історії української мови співіснують версії щодо її походження залежно від того, які (мовні, економічні, археологічні тощо) наукові факти зіставляються. Це лише фрагменти з історії виникнення української мови. А в кінці 90-х років XX ст. відбувається утвердження її як державної.

На земній кулі налічується понад 3000 мов. Але не всі вони — мови національні. Чимало серед них племінних.

Українською мовою розмовляє понад 40 мільйонів чоловік, і звучить вона майже однаково по всій Україні, а також за її межами, де є українці. За кількістю тих, хто користується нею, вона стоїть приблизно на 15–20 місці в світі.

При поліетнічності населення країни і, відповідно, наявності в ній дво- чи багатомовності завжди виникає проблема співіснування мов різних етносів не тільки і, власне, не стільки на побутовому, а насамперед на офіційно-державному рівні. У мовному законодавстві держав світу відомі три основні підходи до розв'язання цієї проблеми.

У першому випадку як державний засіб спілкування виступає мова однієї, звичайно найчисленнішої національності, що відіграла провідну роль в історичному формуванні Держави. Таку функцію виконує іспанська мова в Іспанії, англійська — у США і т. ін. Ця роль мови може бути закріплена Конституцією, як, наприклад, в Іспанії, або не закріплена, як, наприклад, у США. У законодавстві різних країн назва цієї мови може бути різною — офіційна, державна або національна, з чого можна зробити висновок, що поняття “державна мова” та “офіційна мова” є тотожними.

Другий шлях вибору загальнодержавного засобу спілкування в умовах багатомовності — визначення як офіційної, або державної, всіх основних мов країни. Це може бути переважно в тих країнах, де важко визначити якусь одну корінну національність (наприклад, у Люксембурзі де дві офіційні мови

— французька і німецька), або є території компактного проживання двох і більше різномовних етносів. Наприклад, у Швейцарії є три офіційні мови — німецька, французька та італійська, однак ця тримовність здійснюється тільки в центральних органах влади (у роботі Федеральних зборів тощо). Фактично ж у країні має місце постійна одномовність: вона розділені чітким кордоном на три частини, у кожній з яких використовується як офіційна тільки одна з трьох мов. Подібна мовна ситуація в Бельгії. Тут також на рівні центральних установ визнано французьку, нідерландську та німецьку. Країна розділена чітким лінгвістичним кордоном на три частини: фламандську (з нідерландською мовою) валлонську (з французькою) та двомовний округ столиці Брюсселя. Дві офіційні мови існують у Фінляндії (фінська, шведська), у Канаді (англійська, французька). Така ситуація склалася в цих країнах внаслідок компактно-територіального поділу різномовних етнічних груп.

У законодавствах деяких країн співвідносяться поняття національної, державної та офіційної мови. Така картина властива в основному постколоніальним країнам, у яких поряд з місцевими (“національними”) мовами функціонують як офіційні мови колишніх метрополій — англійська, французька, іспанська, португальська (наприклад, в Індії, Гані та ін.). Спроба запровадження понять “офіційна” і “державна” мови була розроблена в СРСР перед його розпадом. Після того як мови корінних народів кожної із республік були проголошені державними, офіційною мовою в межах усього Радянського Союзу було запропоновано вважати російську. Співіснування понять “державна” та “офіційна” мови закріплене в законодавстві Республіки Крим: державними проголошено російську, українську і кримськотатарську мови, а офіційною тільки першу з них.

Виходячи із історичних та мовно-культурних особливостей формування

етнічного складу населення України, де кількісну перевагу на всій території, крім Криму, мають українці, роль державної і тим самим офіційної мови в Україні має виконувати одна мова — українська. Крім того, це є виправданим, оскільки статус державної забезпечує українській мові можливість поступово розширити сфери функціонування.

У ст. 10 Закону України “Про мови в Україні” від 28.02.1995 сказано, що в роботі державних та громадських органів, установ і організацій, розташованих у місцях проживання більшості громадян інших національностей, можуть використовуватися поряд з українською й інші національні мови. Цим положенням гарантуються мовні права всіх інших національностей України. У такому розумінні за мовами цих національностей можна закріпити статус офіційних — на відміну від загальнодержавної української.

У Європі кількість офіційних і державних мов зростає. “Якщо в 1815 році (під час Віденського конгресу), — пише Орест Ткаченко, — їх було лише 13, то в 1919 р. (під час підписання Версальської мирної угоди) уже 27, а в 1945 р. (під час Потсдамської конференції) — 35. Отже, поява дедалі нових мов — закономірність загальносвітова. І на цьому тлі піднесення статусу української мови до рівня державної мови України виглядає не як якийсь виняток, а як цілком природне явище”.

Докладної історії української мови як державної (офіційної) немає.

У дописемний період розвитку східнослов'янських племен у перших державних утвореннях вироблялося наддіалектне мовлення у законодавчій сфері та державному керівництві.

З об'єднанням цих племен в одну державу на основі киево-поляньського діалекту та суміжних говорів починав формуватися єдина літературна мова. Після прийняття християнства в Київській Русі в церковно-релігійній сфері поширюється старослов'янська мова, яка з самого початку в нас зазнавала

впливу живого мовлення, увібрали в себе велику кількість східнослов'янських елементів, а кінці XI ст. повністю набула руського характеру. Проте вона не витіснила давньоруську писемну мову з законодавства, діловодства, офіційного та приватного листування, літописання, красного письменства. Ця мова фактично була державною.

Після татаро-монгольської навали на території Галицько-Волинського князівства в XI—XII столітті в державному вжитку далі залишається давньоруськокиївська писемна мова. Ця спільна українсько-білоруська мова з початку XIV ст. функціонувала в законодавстві, судочинстві, великокнязівській канцелярії, державному листуванні.

Близький до державного статусу у XIV — першій половині XVI ст. українська мова посідала в Галичині та Західній Волині, що входили до складу Польщі. Вона вживалася в справочинстві, судах, мабуть, на основі якогось привілею, що не дійшов до нас.

Хронологія тотального духовного й фізичного нищення української мови починається з кінця XVI століття. Після Люблінської унії українська шляхта продовжувала обстоювати рідну мову, домагалася, щоб “русською мовою та письмом” велася юридична документація, але в юридично-ділову галузь усе активніше входили польська та латинська мови. Сейм Польщі 1669 року прийняв ухвалу, згідно з якою все діловодство мало вестися тільки польською й латинською мовами. Сейм 1696 року ще гостріше поставився до цього. Наслідки полонізації дали про себе знати: в адміністративних установах, упродовж тривалого часу, українська мова не вживалася. Не мала вона статусу державної і на тих українських землях, які були загарбані Австро-Угорщиною.

У зносинах із польськими королями українською мовою в XIV ст. часом користувалися татарські хани.

Протягом XIV—XVII ст. українська

писемно-літературна мова була мовою державного діловодства в Молдавському князівстві.

У XVIII ст. українська мова тут майже цілковито зникла з офіційного вжитку.

На Лівобережній Україні в державних установах українська мова збереглася до початку 80-х років XVIII ст., коли російський царат ліквідував залишки автономії України.

Найсумніші часи для української мови ї XIX—поч. XX ст., бо не тільки в офіційному, а й шкільному вжитку українська мова була силоміць повністю витіснена російською.

Аж після революційних подій у 1917 році було знято в Росії обмеження українського друкованого слова, але в державному шкільництві української мови не відновлено.

У період так званої перебудови радянського суспільства усе наполегливіше ставиться питання про статус української державної мови. (1989 р. прийнято Закон УРСР “Про мови в Українській РСР”).

Боротьба українців за відновлення власної державності, за консолідацію як нації завжди була невіддільно пов'язана з боротьбою за права рідної мови (рідною мовою вважають мову своєї нації, мову предків, яка пов'язує людину з її народом, з попередніми поколіннями). Як переконує світовий досвід, в основі духовного єднання людей у певну спільноту лежала й тепер лежить насамперед мова. Мова виконує такі найважливіші функції: а) інтегруючу — мова об'єднує людей, створює в них відчуття групової єдності, групової ідентичності і, отже, сприяє перетворенню населення в суспільство; б) організуючу — мова виступає засобом планування, мобілізації зусиль, адекватної передачі із лі від одних структур суспільства до інших; в) регулюючу мова забезпечує здатність підтримувати й відтворювати високу інтенсивність внутрішніх зв'язків, якими поширюються інтелектуальні й моральні імпульси, що пронизують суспільство.

Ці функції мова найуспішніше виконує тільки тоді, коли вона витворена даним суспільством, пристосована саме до його менталітету, до його умов існування, і стала спільним надбанням для всіх його членів.

Історія інших державних мов дає багато таких прикладів. Відродження втраченої майже дві тисячі років тому власної держави євреї тісно пов'язали з відродженням своєї давньої мови — іврити. Для вивчення іврити було створено мережу денних і вечірніх курсів, видавалась потрібна література, спеціальні газети.

В Індонезії, яка нараховує близько 200 млн населення є понад 300 мов і близько 1 тис. діалектів. Понад 300 років країна перебувала під владою Голландії. Метрополія доклала усіх зусиль, щоб накинути індонезійському суспільству голландську мову. Тим часом індонезійці, скидаючи колоніальне ярмо, відкинули нав'язану їм мову.

Танзанія, де 12 млн населення і понад 100 мов, єдиною національною мовою країни проголосила мову суахілі. Вона вживається в усіх державних установах. Цією мовою проводиться навчання в школах. Обов'язковою умовою одержання диплома про закінчення середньої школи є досконале володіння державною мовою.

Коли Італія здобула незалежність, італійська мова ледь животіла: із понад 25 млн. населення Італії тільки 600 тис. володіли італійською мовою — решта розмовляли німецькою, французькою та діалектами. І за дорученням італійського уряду відомий письменник Алессандро Мандзоні розробляє програму утвердження італійської мови серед населення Італії.

У Франції наприкінці XVIII століття майже шість мільйонів французів (із 25 мільйонів) не знали французької мови і приблизно стільки само не могли вести зв'язної розмови (до цього числа входили 4—5 мільйонів нефранцузів), тобто поло-

вина населення не володіла мовою своєї країни. У прикордонних департаментах населення розмовляло німецькою мовою, італійською чи іспанською мовами, залежно від департаменту. Військова повинність, розвинена освіта (обов'язкова з 1886 року), поширення французької книги і особливо газет, журналів, державні чиновники, які мусили вживати мову держави, — усе це сприяло утвердженню французької мови на всій території держави й у всіх сферах суспільного життя. Як наслідок — консолідація суспільства й духовне та економічне зростання Франції.

Стартова ситуація в Україні незрівнянно сприятливіша, ніж вона була свого часу у Франції, Італії, Індонезії чи Ізраїлі під час їхнього становлення як держав. Українською мовою в Україні вільно володіли, за переписом 1979 року, близько 80% громадян. В Україні потрібна була цілеспрямована й ефективна підтримка з боку державних чиновників, правильна мовна політика, яка б повернула зденационалізовану частину українського народу до рідної мови, а національним меншинам дала змогу зберегти свої мови й водночас оволодіти державною мовою в повному обсязі.

Державотворча функція мови пов'язана із поняттям її престижу. Престиж мови — це її авторитет у міжнародному та міжнародному спілкуванні. Він залежить від багатьох чинників, домінуючим серед них є інформативність мови, тобто застосування її як носія найважливішої і найновішої інформації.

Значимість мови не перебуває у прямій залежності від кількості людей, що нею послуговуються. Китайською мовою, наприклад, розмовляє більше мільярда землян, але вона не входить до числа найпрестижніших. Далеко не завжди престиж мови залежить і визначається мілітаристичною потугою її носіїв. Іноді престиж мови має не загальний характер, а забезпечує її функціонування в одній із сфер. Так, у музиці вже декілька століть

найвищий престиж у світі має італійська мова.

Престижними можуть бути навіть мертві мови, якщо вони характеризуються високим рівнем окультурення і ними заковано велику кількість важливої інформації. Прикладом може служити латина.

Престиж мови — величина змінна. В історії відомо чимало випадків піднесення і падіння мов. Зрозуміло, що це залежить не від самої мови, а від суспільства — носія мови, його місця та ролі в загальному процесі.

Є два способи забезпечення статусу престижності для своєї мови. Перший — шляхом всебічного розвитку суспільства на шляху прогресу. Другий — шляхом утистки інших мов політичними, військовими, економічними засобами. Наприклад, у франкістській Іспанії були офіційно заборонені всі мови, крім кастильської (іспанської). Зрозуміло, що другий шлях може привести тільки до тимчасового успіху.

Престижним для мови є її визнання як засобу міжнародної комунікації.

Міжнародні мови — це мови, що є засобом спілкування народів різних держав. Вони є природні та штучні.

Висування тієї або іншої мови на світову роль визначається сукупністю екстралінгвальних (політичних, економічних, культурних) та лінгвальних чинників. Цей статус мови юридично закріплюється завдяки її визнанню як офіційної або робочої мови міжнародних організацій чи конференцій (ООН, ЮНЕСКО). Такими є англійська, арабська, іспанська, китайська, російська, французька.

Серед штучних мов міжнародного спілкування можна назвати кілька, їх створенням займаються ще з XVII—XIX ст. Так, у 1879 р. створено волапюк, з 1887 р. поширюється есперанто, що мало велике коло прихильників, з 1907 р. користувалися мовою ідо, з 1921 по 1922 р.р. — окциденталь, а з 1951 р. існує інтерлінгва тощо.

Список літератури:

1. Юридичні терміни. Тлумачний словник / За ред. В.Г.Гончаренка. — К.: Либідь, 2003.
2. Артикула Н.В. Мова права і юридична термінологія. — К.: Стило, 2004.
3. Бабич Н.Д. Основи культури мовлення. — Львів: Світ, 2000.
4. Коваль А.П. Культура ділового мовлення. — К.: Вища школа, 1997.
5. Білецький А.О. Про мову і мовознавство. — К.: Артек, 1997.
6. Культура української мови. — К.: Либідь, 1990.
7. Люис Р.Д. Деловые культуры в международном бизнесе. — М. — 1999.
8. Ботвина А.В. Міжнародні культурні традиції: мова та етика ділової комунікації.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются факторы существования и сохранения национальной идентичности, одним из главных компонентов и самым характерным признаком которой является язык.

SUMMARY

The article deals with factors of existing and reservation of national identity of which one of the main components and the most characteristic features is language.

Рекомендовано кафедрою української філології та культурології

Отримано 09.12.05.



*В.М. Цімох,
студент-магістрант
(Академія адвокатури України)
Науковий керівник доцент О.С. Захарова*

Питання застосування принципу диспозитивності за новим Цивільним процесуальним кодексом України

Ключові слова: *принцип диспозитивності, попереднє судове засідання, судовий розгляд, принципи судового судочинства, диспозитивність.*

Однією з найефективніших форм захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб є судовий захист. Можливість широкого застосування судової влади для захисту прав і свобод громадян та організацій передбачена Конституцією України [1]. Судова влада при вирішенні судових спорів реалізується шляхом здійснення правосуддя у формі цивільного судочинства. Гарантоване Конституцією право на судовий захист передбачає не тільки можливість звернення зацікавленої особи до відповідної судової установи за захистом своїх прав, але й вимагає від цієї особи активної участі на підтвердження своїх вимог.

Прийняття нового Цивільного процесуального кодексу України [2] (далі — ЦПК України) є великим кроком у вдосконаленні українського цивільного процесуального законодавства. Метою прийняття та введення у дію зазначеного нормативного акта (кодекс набрав чинність 1 вересня 2005 року) була та залишається спроба зробити цивільний процес процедурою, яка полегшить

особам вирішення питань відновлення порушеного або оспорюваного права, а суддям швидко та якісно вирішувати цивільні судові спори.

З введенням у дію нового Цивільного кодексу України [3], головною рисою та відмінністю від попередніх цивільних норм є посилення диспозитивної засади у взаємостосунках суб'єктів цивільних правовідносин. Диспозитивний характер цивільного законодавства повинен визначити і визначає найголовнішу рису цивільного судочинства та законодавства, що його регулює. Більше того, диспозитивна засада цивільного судочинства як одна з найважливіших повинна визначати й інші його засади — змагальність, процесуальну рівноправність сторін [4].

Диспозитивний спосіб застосування цивільного судочинства характеризується дозволом і визначається правами суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин на активну поведінку під час захисту своїх інтересів у межах, встановлених нормами ЦПК України.

Цивільне процесуальне право України і врегульоване ним цивільне судочинство побудовано за конституційними принципами.

Принципи, що стосуються цивільного процесу в цілому, закріплені в Консти-

туції України: правосуддя здійснюється виключно судами (ст. 124); правосуддя здійснюють професійні судді (ст. 127); юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124); незалежність суддів і підкорення їх лише закону; законність; рівність всіх учасників процесу перед законом і судом, змагальність сторін та свобода надання ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; доступність судового захисту в цивільних справах (ст. 129) тощо [5, с. 67].

У принципах цивільного процесуального права концентруються погляди законодавця на характер та зміст сучасного судочинства щодо розгляду та вирішення судами правових конфліктів [6, с. 25].

У принципах відображені політико-правові ідеї та погляди на право як соціальну цінність. Зміст принципів має демократичний характер і полягає в тому, що, закріплені в нормах права, вони характеризують здійснення правосуддя тільки судом на засадах рівності осіб перед законом і судом, одноособовість і колегіальність розгляду цивільних справ, незалежність суддів і підкорення їх тільки законові, гласність, здійснення судочинства державною мовою. Широкі і реальні права учасників процесу та надійні гарантії їх реалізації, доступність і простота судочинства, які дають можливість кожній заінтересованій особі реалізувати право звернення до суду за захистом і на судовий захист, надані Конституцією України [7, с. 35].

Гарантовані Конституцією важелі застосування принципів цивільного процесу мають забезпечувати законне та справедливе вирішення цивільних спорів.

Принципи будь-якої галузі права, у тому числі цивільного процесуального, тісно пов'язані один з одним та утворюють єдину логіко-правову систему. Тільки разом узяті як система, вони характеризують цивільне процесуальне право як фундаментальну галузь права

та обумовлюють публічний характер цивільного судочинства, побудованого на засадах, насамперед, законності, рівності, змагальності та диспозитивності. Порушення будь-якого з принципів (наприклад безпосередності дослідження доказів), призводить до порушення іншого принципу — законності, або всього ланцюга принципів [6, с. 25].

Виконання завдань цивільного судочинства і його ефективність залежить від правильного застосування судами при розгляді цивільної справи норм матеріального і процесуального права. Принципи сприяють правильному пізнанню і застосуванню цих норм.

Не зупиняючись на розгляді більшості основних принципів цивільного процесу, які потребують глибокого аналізу у зв'язку з їх зазначенням у новому ЦПК (законність, гласність та відкритість судового розгляду тощо), перейду до аналізу проблемних, на мій погляд, питань щодо застосування, перш за все, принципу диспозитивності і, як наслідок, використання вказаного принципу, а також застосування принципів змагальності та з'ясування об'єктивної істини у зв'язку з дією нового кодексу.

Принцип диспозитивності — один із головних принципів цивільного процесуального права, оскільки він визначає механізм виникнення, розвитку та закінчення цивільної справи, є рушійним початком цивільного процесу.

У теорії цивільного процесуального права принцип диспозитивності (в перекладі з латинської диспозитивності (*dispono*) — розпоряджаюся) визначено як можливість вільно розпоряджатися своїми суб'єктивними матеріальними та процесуальними правами. Іноді зустрічаються спроби теоретиків перелічити статті Цивільно-процесуального кодексу, в яких закріплений принцип диспозитивності. Такі спроби видаються марними. Принцип диспозитивності виявляє та отримує своє нормативне закріплення стосовно всіх стадій цивільного процесу

та застосовується до всіх видів судових проваджень [8, с. 41-43].

Диспозитивність полягає у наданій заінтересованим особам, які беруть участь у справі, можливості вільно здійснювати свої права, розпоряджатися ними, виконувати процесуальні дії, спрямовані на відкриття, розвиток і припинення справи у суді, а також використовувати інші процесуальні засоби з метою захисту суб'єктивних майнових і особистих немайнових прав та державних і громадських інтересів, що охороняються законом. Кожна особа, яка звернулася за судовим захистом, розпоряджається своїми вимогами на свій розсуд, не порушуючи при цьому прав та інтересів інших осіб, що охороняються законом [7, с. 65].

Не аналізуючи всіх положень нового ЦПК, що викликають зауваження або дискусії, у тому числі стосовно застосування головних принципів цивільного процесу, хочу зосередитись на новелі стадії судового процесу, яка визначена главою 3 ЦПК та має назву „Проведення у справі до судового розгляду”, точніше окремих положень цієї глави.

Проблемні положення вказаної стадії цивільного процесу, про які піде мова далі, на мій погляд, є зневаженням та нехтуванням основними принципами цивільного судочинства щодо руху цивільного процесу, перешкодою у використанні учасниками процесу певних засобів доказування, а суду — у встановленні наявності чи відсутності певних обставин, що мають значення для повного та правильного вирішення цивільної справи для з'ясування істини по справі, яка розглядається.

Наступна стадія судового розгляду, яка за новим ЦПК визначена главою 4 та має назву “Судовий розгляд”, у деяких випадках перетворюється на просту формальність. Адже на даній стадії процесу законодавцем не створена можливість учасникам судового розгляду надати будь-які додаткові докази.

Про таку неможливість сторін скористатись своїм правом безпосередньо вказано у частині другій статті 27 ЦПК: “Особи, які беруть участь у справі, для підтвердження своїх вимог або заперечень зобов'язані подати усі наявні у них докази або повідомити про них суд до або під час попереднього судового засідання”. Як бачимо, і судді при здійсненні судочинства на стадії судового розгляду не будуть надавати учасникам процесу можливості на використання додаткових засобів доказування, адже цим вони порушуватимуть процесуальний порядок судового розгляду, визначений ЦПК.

Порядок проведення попереднього судового засідання, метою якого є з'ясування можливості врегулювання спору до судового засідання або забезпечення правильного та швидкого вирішення справи, обумовлений статтею 130 ЦПК. Частиною шостою вказаної статті визначено, що суд, якщо спір не врегульовано до початку судового розгляду, зокрема, визначає факти, які треба встановити для вирішення спору і які з них визнаються кожною стороною, а які підлягають доказуванню; з'ясовує, якими доказами кожна сторона буде обґрунтовувати свої доводи чи заперечення щодо невизнаних обставин, та встановлює строки подання цих доказів; за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про витребування доказів та виклик свідків, про проведення експертизи, залучення до участі у справі спеціаліста, перекладача, особи, яка надає правову допомогу, про судові доручення щодо збирання доказів та інше.

Забезпечення правильного та швидкого вирішення цивільної справи, яке є метою цієї стадії розгляду справи, достатньо зрозуміле. Але наступна норма Кодексу, а саме — стаття 131, викликає ряд запитань.

У цій статті зазначено, що сторони зобов'язані подати свої докази чи повідомити про них суд до або під час по-

переднього судового засідання у справі. Докази подаються у строк, встановлений судом з урахуванням часу, необхідного для подання доказів, а також те, що докази, які подані з порушенням вимог, встановлених частиною першою цієї статті, не приймаються, якщо сторона не доведе, що їх подано несвоєчасно з поважних причин.

Саме те, що законодавець не надає можливості учасникам процесу користуватись принципом диспозитивності при подальшому розгляді справи, а також надання будь-яких доказів у майбутньому при безпосередньому розгляді справи, викликає здивування.

Зазначеним розділом ЦПК визначений порядок виклику свідків, витребування та порядок залучення до справи та подальша доля письмових та речових доказів, підстави та порядок призначення та проведення експертизи, у тому числі питання щодо комісійної, комплексної, додаткової і повторної експертизи. Також вирішуються питання щодо забезпечення доказів.

Підкреслю, що всі ці процесуальні питання вирішуються на стадії, зазначеної главою, яка має назву “Провадження у справі до судового розгляду”, тобто ще до розгляду цивільної справи по суті.

При цьому, якщо буквально, крок за кроком прослідкувати процес провадження справи до судового розгляду, можна помітити те, що особи, які беруть участь у цій стадії, судом не встановлюються, права та обов'язки їм не роз'яснюються, учасникам процесу не повідомляється склад суду та не роз'яснюється право його відводу.

Встановлення осіб, які з'явилися для вирішення спору, а також перевірку повноваження їхніх представників (ч. 3 ст. 163 ЦПК), оголошення складу суду, а також право його відводу (ст. 166 ЦПК), роз'яснення особам, які беруть участь у справі, їх прав та обов'язків (ст. 167 ЦПК) відбувається на наступній стадії судового процесу, визначеній главою 4 ЦПК.

Тобто, стадія провадження у справі до судового розгляду, врегульована попереднім розділом ЦПК, є стадією вирішення майбутніх питань самого розгляду справи у подальшому.

Але ж в редакції ЦПК 1963 року — Кодексу, який не так давно регулював цивільний процес, відповідно до ст. 143 суддя теж провадив підготовку до судового розгляду, при цьому опитував позивача по суті заявлених ним позовних вимог, з'ясовував у нього можливі з боку відповідача заперечення та за необхідності пропонував позивачеві подати додаткові докази, а також роз'яснював йому всі процесуальні права та обов'язки позивача; за необхідності, викликав відповідача для попереднього опиту з обставин справи, з'ясовував можливість з його боку заперечення щодо позову, роз'яснював йому всі процесуальні права та обов'язки, а також з'ясовував у відповідача, якими доказами він міг підтвердити свої заперечення, виконував інші дії з підготовки справи до судового розгляду, у тому числі вирішував, з урахуванням думки осіб, які мали брати участь у справі, питання про проведення експертизи.

Якщо уважно проаналізувати стадію „Судовий розгляд”, визначену главою 4 нового ЦПК, можна дійти висновку про те, що питання надання нових доказів, у тому числі виклик свідків, призначення експертиз, надання суду додаткових письмових та речових доказів судом, а також заяви та клопотання про певні засоби доказування, на сьогоднішній день розглядатись судом при розгляді цивільної справи не будуть, оскільки про це не було заявлено в стадії провадження до судового розгляду. Такої можливості законодавець не передбачив. Норм, які б дали можливість надання нових доказів на зазначеній стадії у ЦПК, не визначено, більш того, є безпосередня вказівка щодо подання доказів саме на стадії попереднього розгляду справи.

Але ж відомо та зрозуміло, що про-

цес саме тому і є процесом, тобто дією, за якої можуть бути виявлені певні обставини, які можуть бути підтверджені безпосередньо на стадії саме розгляду цивільної справи, можуть знаходитись певні письмові або речові докази, може виникнути необхідність у проведенні експертизи, нерідко й не однієї, а також необхідність вислухати пояснення свідка, про якого стало відомо під час розгляду справи, інколи не одного, а також будь-які інші обставини, які не були з'ясовані сторонами до початку розгляду справи. Відомо, що при розгляді судової справи доволі часто трапляються випадки, коли виявляються певні обставини, про які учасники процесу могли не згадати або просто не подумати до початку розгляду справи.

Якщо буквально тлумачити норми нового ЦПК, права на подання нових засобів доказування, які встановлюються, у тому числі на підставі показів свідків, письмових та речових доказів, висновків експертів (ст. 57 ЦПК), таких прав учасники судового розгляду під час розгляду цивільної справи мати не будуть, якщо про це не було заявлено на попередньому судовому засіданні (ст. 130

ЦПК), адже це заборонено попередніми нормами Кодексу.

Щоправда, ЦПК містить норму, яка може надати можливість учасникам судового розгляду скористатись своїм правом щодо подання нових доказів (ч. 2 ст. 191 ЦПК), але реалізація цього права, як бачимо, залежить від волі суду.

Але ж теорією цивільного процесу визначені загальні принципи цивільного судочинства — диспозитивність, змагальність, встановлення об'єктивної істини. Чому ж тоді учасники цивільного процесу не можуть скористатись своїм правом на справедливий та неупереджений розгляд справ, на забезпечення повного, всебічного й об'єктивного з'ясування обставин цивільної справи з метою захисту порушених, невизнаних та оспорюваних їхніх прав, свобод та інтересів, що є завданням цивільного судочинства (ст. 1 ЦПК).

Як бачимо, законодавець має урахувати наявність зазначених принципів цивільного процесу, насамперед принципу диспозитивності, та надати учасникам судового розгляду право на законне й обгрунтоване рішення суду з урахуванням цих принципів.

Список літератури:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1996. — № 30. — ст. 141 із подальшими змінами.
2. Цивільний процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2004. — № 40–41, 42. — ст. 492 із подальшими змінами.
3. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2003. — № 40–44. — Ст. 356 із подальшими змінами.
4. *Тертишніков В.* Новий Цивільний кодекс України та деякі проблеми цивільного судочинства // Вісник академії правових наук. — 2003. — № 1.
5. *Фурса С.Я., Цюра Т.В.* Докази і доказування у цивільному процесі: Науково-практичний посібник. — К.: Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. — 256 с.
6. Гражданский процесс / Под ред. М.К. Треушникова. — М.: Городец, 1998. — 544 с.
7. *Штефан М.Й.* Цивільне процесуальне право України: Академічний курс: К.: Ін Юре, 2005. — 624 с.
8. Гражданский процесс Учебник / Под ред. В.В. Комарова. — Харьков: Одиссей, 2001. — 704 с.

РЕЗЮМЕ.

Статья посвящена проблеме применения принципа диспозитивности при рассмотрении гражданских споров в суде в связи с вступлением в действие нового Гражданского процессуального кодекса Украины. Проблемным, по мнению автора, видится установленный законодателем порядок заявления средств доказывания при предварительном рассмотрении гражданского дела и невозможность, при дальнейшем рассмотрении дела в суде, предоставления новых доказательств, которые могли бы гарантировать участникам гражданского процесса защиту их прав и интересов.

SUMMARY

The article is devoted to the problem of the principal of disposition while hearing civil disputes in the court in connection with the new Civil Code of Ukraine joined into force. In the author's opinion, the problems are the order of statement of means of substantiation while preliminary consideration of the civil case established by the legislator and the impossibility, at further court consideration of the case, to provide new evidence which could guarantee the participants of the civil case for protection of their rights and interests.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Отримано 17.11.05

**Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до
“Вісника Академії адвокатури України”.**

1. Вимоги до змісту:

1.1. Стаття повинна мати високий науковий рівень.

1.2. За змістом стаття повинна відповідати вимогам Постанови Президії Вищої атестаційної комісії України “Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України” від 15.01.2003 р. № 7-05/1. Зокрема, у ній повинні міститись такі необхідні елементи: а) постановка проблеми в загальному вигляді та її зв’язок із важливими чи практичними завданнями; б) аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв’язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; в) формулювання цілей статті (постановка завдання); г) виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; ґ) висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

Стаття повинна розкривати зміст однієї з рубрик збірника:

1. Теорія та історія держави і права	10. Судоустрій. Прокурорський нагляд
2. Конституційне право	11. Адвокатура. Захист прав людини
3. Цивільне право і процес	12. Міжнародне право
4. Господарське право	13. Студентська наукова творчість
5. Трудове право і соціальний захист	14. Рецензії
6. Земельне право; аграрне право; екологічне право	15. Наукова хроніка
7. Адміністративне і фінансове право	16. Персоналії
8. Кримінальне право і кримінологія	17. Реклама
9. Кримінальний процес і криміналістика	18. Оголошення

Автор статті відповідає за правильність і достовірність викладеного матеріалу, за належність останнього йому особисто, точність викладених у роботі фактів (даних) та якість перекладу.

2. Вимоги до обсягу:

2.1. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації наукової статті – від 0,3 до 0,5 ум.друк.арк. (12 000 – 20 000 друк.знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг складає: мінімум – 7 сторінок, максимум – 12 сторінок, які оформлені у відповідності з вимогами.

2.2. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації рецензії – до 0,3 ум.друк. арк. (до 12 000 друк.знаків, включаючи пробіли). Орієнтовний посторінковий обсяг до – 7 сторінок, які оформлені у відповідності з вимогами.

3. Вимоги до оформлення матеріалів:

3.1. На початку статті в правій частині подається інформація про автора (ініціали автора і прізвище, науковий ступінь (якщо є), вчене звання, місце роботи).

3.2. Назва статті подається після інформації про автора з вирівнюванням по центру сторінки та виділяється напівжирним шрифтом.

3.3. Перед початком статті подається ключова термінологія відповідною мовою (список ключових слів, які зустрічаються у статті), що виділяється напівжирним шрифтом та (або) курсивом. Ключовим словом називається слово або стійке словосполучення із тексту, яке з точки зору інформаційного пошуку несе смислове навантаження. Сукупність ключових слів повинна відображувати поза контекстом основний зміст наукової праці. Загальна кількість ключових слів повинна бути не меншою трьох і не більшою десяти.

3.4. В тексті бібліографічні посилання відображаються цифрами в квадратних дужках у порядку їх зростання за логікою викладення змісту.

3.5. Перелік використаних джерел подається в кінці тексту після слів “Список літератури”. Оформлення списку літератури здійснюється згідно вимог ВАК України (див. Форма 23, затверджена наказом ВАК України від 21 березня 1997 року № 121) та відповідних державних стандартів.

3.6. Після списку літератури подаються резюме російською та англійською мовами. Викладення матеріалу в резюме повинно бути стислим і точним.

3.7. Після статті автор зазначає структурний підрозділ вищого навчального закладу чи наукової установи, який дав рекомендацію до друку вказаних матеріалів. Для аспірантів та пошукачів обов’язкова наявність рецензії наукового керівника з зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім’я та по-батькові).

3.8. Автор підписується на звороті останньої сторінки з зазначенням повних атрибутів (прізвище, ім’я та по-батькові автора, повністю звання, посада, назва кафедри, факультету, вузу, домашня адреса, контактні телефони);

3.9. Текст статті друкується на папері стандартного формату (А 4) через 1,5 інтервала з дотриманням таких розмірів полів: верхнього, нижнього, лівого – 2 см і правого 1 см.

Весь текст повинен бути набраний шрифтом Times New Roman 14pt в одну колонку без застосування будь-якого форматування. Не допускається використання вставок та гіперпосилань. Можна виділяти окремі частини тексту курсивом або напівжирним шрифтом.

Ілюстрований матеріал виконується чітко і якісно. Посилання на ілюстрації в тексті статті – обов’язкове.

При наборі слід:

а) вимкнути “перенос” (Категорично заборонені примусові переноси!!!)

б) абзаци позначати символом “Ентер”

в) вимкнути позначку вирівнювання праворуч,

г) якщо Ваша робота містить нестандартні символи, то подавайте разом зі своєю роботою і шрифти .ttf, які були використані в роботі.

Зразок оформлення статті:

**І.А. Іванов,
кандидат юридичних наук, доцент
(місце роботи)**

Назва статті

Ключові слова: журнал, видавництво, юрист.

Основний виклад матеріалу [1, 13].

Список літератури

1. Криминалистика / Под ред. Р.С. Белкина. — М.: Норма-Инфра, 1999. — С. 13.
2. Стаття 6 Закону України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини” від 16 червня 1999 року // ВВР. — 1999. — № 41. — С. 377.
3. Быков В.М. Криминалистическая характеристика преступных групп. — Ташкент, 1986. — С. 25.

Резюме

Текст російською мовою

Summary

Текст англійською мовою

Стаття рекомендована до друку такою-то кафедрою такого-то навчального чи наукового закладу (протокол №* від”_”_200_року)**

Автор підписує статтю та зазначає прізвище, ім’я та по батькові, повністю звання, посаду, назву кафедри, факультету, вузу, домашню адресу, контактні телефони.

4. Порядок подачі матеріалів до редакційної колегії:

4.1. Стаття подається в електронному варіанті на дискеті у 2 файлах (в форматі doc. та в форматі RTF; назва файла обов'язково латинськими літерами) та в роздрукованому вигляді. На етикетці дискети необхідно вказати прізвище та ініціали автора. Стаття і дискета авторові не повертаються.

4.2. Зі статтею обов'язково надається:

- фотографія автора (розміром не менше, ніж 3x4, бажано в електронному варіанті)
- для аспірантів та пошукачів обов'язкова наявність рецензії наукового керівника з зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім'я та по-батькові)