

ВІСНИК

Академії адвокатури України

▼ ПРАВО • НАУКА • ПРАКТИКА

число 2(9) 2007

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

**Заснований
у жовтні 2004 року**

Виходить 3 рази на рік

Свідоцтво

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

Рекомендовано

*до друку
Вченою радою
Академії адвокатури України
08.10.07. протокол № 2*

Засновник і видавець

Академія адвокатури України

Адреса редакції:

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

КИЇВ 2007

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2007. – Вип. 9.

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

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

Редколегія “Вісника Академії адвокатури України”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Мунтян В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

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

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

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

Фесенко Є.В. — *д-р юр. наук, доц.*

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

Чубарєв В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

Підписано до друку 8.10.07. Формат 70x100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друк.арк. 13,93. Обл.-вид. арк. 17,97. Тираж 150 пр. Замовлення № 2307. Ціна договірна.

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

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

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

ЗМІСТ

<i>РОМОВСЬКА З.В.</i> Науковий аналіз змін, внесених до Цивільного кодексу України.....	5
<i>ЛАДИЧЕНКО В.В.</i> Актуальні питання реформування юридичної освіти (на прикладі викладання конституційного права)	16
<i>ГОНЧАРЕНКО В.Г., КУРДЮКОВ В.В., ЛЕГКИХ К.В.</i> Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні....	22
<i>ГАЛЮК С.Є.</i> Роль мусульманського права в інтеграції ісламського суспільства: історичні та цивілізаційні аспекти	35
<i>ШАМА Н.П.</i> Зміст спадкового договору	40
<i>НСКРАСОВА О.В.</i> Проблеми субсидіарного застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин	47
<i>КОВАЛЬСЬКИЙ Д.В.</i> Структура земельно-процесуальних правовідносин: загальна характеристика	52
<i>ГАФУРОВА О.В.</i> Деякі питання правового регулювання правочинів з земельними ділянками сільськогосподарського призначення	58
<i>ФЕСЕНКО С.В.</i> Коментар до ст. 307 КК з врахуванням законодавчих новел, що конкретизують диспозицію цієї статті	64
<i>КОТЮК І.І.</i> Поняття і загальна характеристика методів криміналістики	72
<i>АСКЕРОВ С.С.</i> Межі обов'язковості вказівок судів вищої інстанції для судів нижчої інстанції згідно законодавства України та Азербайджану	79
<i>ЦИГАНЮК Ю.В.</i> Форми цивільного позову в кримінальному процесі України та країн континентальної правової системи	86
<i>ЄНІ О.В.</i> Поняття клопотання в кримінальному процесі України	94
<i>ПОГОРЕЦЬКИЙ М.А.</i> Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі окремих країн СНД.....	99
<i>ДЕДКОВСКИЙ А.А.</i> Оперативно-розслідна характеристика уличних грабежей	106
<i>БІЛОУС І.М.</i> Особливості початкового етапу розслідування злочинів, передбачених ст. 181 КК України	115
<i>ЧЕРКОВА М.Ю., ШЕСТАКОВА О.А.</i> Про можливість застосування в Україні положень Федеральної програми захисту свідків США	120

<i>КРАВЧЕНКО Л.І.</i>	
Можливості і доказове значення судової експертизи героїну	127
<i>ГАРКУША В.</i>	
Реформування судоустрою: окремі історичні аспекти і паралелі.....	132
<i>ЮДКІВСЬКА А.</i>	
Привілей проти самообвинувачення — в пошуках принципу	138
<i>ФАЛАЛЄЄВА Л.Г.</i>	
Система процедур прийняття рішень Європейського Союзу в їх взаємодії.....	146
<i>ДУБАС Р.Р.</i>	
Договірні відносини України у сфері енергетики.....	163
Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до “Вісника Академії адвокатури України”	170



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

Науковий аналіз змін, внесених до Цивільного кодексу України

Festina lente!

Ключові слова: зміни, нагальність, обґрунтованість, наукова експертиза

1. Стабільність закону — одна з ознак правової держави. Вона забезпечується насамперед високим рівнем його науковості. Останній же характеризується творчим осмисленням попереднього досвіду правового регулювання, спрямованістю на оптимальне законодавче вирішення сучасних проблем суспільного життя.

Стабільність закону, проте, не можна ототожнювати із його недоторканністю.

Найбільшим ворогом доброго, як вважають французи, є краще. “Найвеличніше, найвище, найкраще, — писав Гегель, — може мислитись іще величнішим, вищим, кращим” [3, 191]. Ця теза повною мірою стосується і законотворчості, у сфері якої також немає межі досконалості. У зв’язку з цим прагнення поліпшити Цивільний кодекс, як і інші закони, можна лише вітати. Але це має робитися спокійно, виважено, обережно.

2. Цивільний кодекс УРСР можна було назвати законодавчим актом високого рівня стабільності. Протягом 40-річного періоду його чинності Президія Верховної Ради УРСР прийняла 19 указів, а Верховна Рада України — 14 законів про внесення змін до Цивільного кодексу УРСР.

Найістотніші зміни були зумовлені прийняттям Житлового кодексу УРСР, Закону України “Про власність” та Закону України “Про авторське право та суміжні права”.

Прийняття Житлового кодексу не було поєднане з радикальним оновленням цивільного правового матеріалу: норми з Цивільного кодексу, у більшості випадків без щонайменших змін, були перенесені до Житлового кодексу. В результаті у главі 26 “Найм жилого приміщення” залишилася лише одна стаття.

Закон України “Про власність” відобразив фундаментальні світоглядні зміни в українському суспільстві, що і зумовило відмову від тих норм Цивільного кодексу УРСР, які обслуговували комуністичну ідеологію. В результаті із розділу II Цивільного кодексу було виключено 49 статей.

Приєднання України до міжнародних договорів у сфері охорони прав інтелектуальної власності викликало потребу радикального оновлення авторського права, що у межах Цивільного кодексу УРСР було неможливим. У зв’язку з прийняттям Закону України “Про авторське право та суміжні права” у розділі IV “Авторське право” було залишено лише одну статтю.

Перемогою концепції необхідності посилення матеріальних репресій до особи, яка вчинила протиправну поведінку, було внесення зміни до статті 6 ЦК, відповідно до якої до числа способів захисту було включено відшкодування моральної шкоди.

Отже, ці зміни до Цивільного кодексу УРСР були зумовлені об’єктивними процесами, що відбувалися у суспільстві.

3. З часу прийняття Цивільного кодексу України Верховними Радами IV-го та V-го скликань було прийнято 22 закони, якими внесено зміни та доповнення до 47 його статей.*

4. Цивільна дієздатність фізичної особи у віці від 14 до 18 років у Цивільному кодексі названа неповною, оскільки для вчинення нею низки правочинів потрібна згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника, а на вчинення правочинів щодо нерухомого та іншого цінного майна — також згода органу опіки та піклування.

Стаття 32 ЦК, яка визначає обсяг неповної цивільної дієздатності, була змінена Законами України від 15 травня та 2 червня 2005 р.

Відповідно до першої редакції абзацу 2 частини 2 ст. 32 ЦК, на вчинення неповнолітньою особою правочину щодо транспортних засобів або нерухомого майна повинна бути письмова, нотаріально посвідчена згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника. У новій редакції було додано: “а також дозвіл органу опіки та піклування”. Цю зміну можна вважати виправданою.

При опрацюванні проектів Цивільного та Сімейного кодексів “перетягувався канат” щодо місця інституту опіки та піклування. В результаті не була включена до жодного з них норма про те, що батьки при вчиненні правочинів малолітніми та неповнолітніми дітьми мають такі ж повноваження, як і опікуни та піклувальники.

Зміни ж, внесені до частин 3 та 4 цієї статті, викликають неоднозначне сприйняття. У першій редакції ч. 3 було зазначено: “Неповнолітня особа може розпорядитися грошовими коштами, що внесені іншими особами у фінансову установу на її ім'я, за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника”. У новій редакції конкретизовано: йдеться про грошові кошти, внесені “повністю або частково...”. Однак це доповнення нічого нового не містить, адже банк

фіксує, хто вносить кошти на рахунок іншої особи. Це значить, що визначити, яку суму коштів внесла сама дитина, а яку хтось з її родичів, — можна дуже просто.

Викликає подив інше доповнення: на розпорядження цими грошовими коштами потрібна згода “органу опіки та піклування, батьків (усиновлювачів) або піклувальника.” У цьому ряду орган опіки та піклування поставлено на перше місце. Отже виходить, що для того, щоб отримати, наприклад, 500 грн. на термінові потреби з коштів, внесених бабусею на рахунок внука, неповнолітньому належить звернутися спершу до цього органу, а потім — до матері, батька чи піклувальника. Чому? Навіщо?

У першій редакції частини 4 ст. 32 ЦК містилася норма, відповідно до якої згода на вчинення неповнолітньою особою правочину мала бути одержана від будь-кого з батьків (усиновлювачів). У результаті внесених змін маємо абсолютно інше правило: згода має бути одержана від батьків (усиновлювачів) або піклувальника та (!) органу опіки та піклування. Виходить, щоб продати велосипед, акордеон чи пальто, 14-річний має одержати не лише дозвіл батьків, в тому числі того з батьків, хто проживає окремо, а й органу опіки та піклування.

Тож подиву немає меж.

5. Законом від 23 червня 2005 р. перелік актів цивільного стану, що містився у ст. 49 ЦК, було доповнено позбавленням та поновленням батьківських прав.

Насамперед слід звернути увагу на те, що цей перелік не був вичерпним: слово “тощо” давало підставу включати до нього й інші дії та події. Тому назване доповнення не було необхідним.

6. До набрання чинності Цивільним кодексом України опіка та піклування призначалися виключно органом опіки та піклування.

У ст. 60 ЦК ця законодавча традиція була зламана: суду надано право призначати опіку у разі визнання особи недієздатною і призначати піклування — у разі обмеження її цивільної дієздатності, а

* У цій статті аналізуються основні зміни та доповнення, за порядковим номером статей Цивільного кодексу.

також призначати опіку чи піклування над дітьми, якщо при розгляді справи було виявлено, що вони позбавлені батьківського піклування.

Законом України від 3 березня 2005 р. до цих повноважень суду додано призначення опікуна та піклувальника за поданням органу опіки та піклування.

Автор цього законопроекту мав, певно, благі наміри, однак його ідея призвела не до поліпшення, а до погіршення ситуації.

Уявімо собі, що син має усі підстави для звернення до суду з заявою про визнання душевнохворого батька недієздатним, але сам через каліцтво не може бути опікуном. Задоволення цієї заяви поєднано з призначенням опікуна, кандидатуру якого має подати суду орган опіки та піклування. Так само і опіку над безпритульною дитиною суд може призначити лише тоді, коли органом опіки та піклування буде подана кандидатура гідної для цього особи.

Отже, замість пришвидшення розгляду справ про, наприклад, визнання особи недієздатною ми отримали зворотній результат. Якщо не буде бажаного стати опікуном психічнохворої особи, визнати її недієздатною буде неможливо, адже встановлення опіки у новій редакції ст. 60 ЦК пов'язане із призначенням опікуна.

Суди, звичайно, обходять цю вимогу за допомогою такого правового інструменту як розумність. Але навіть видумувати новий велосипед, якщо на ньому можна доїхати лише до найближчого тину.

7. Зміни, внесені до ст. 60 ЦК, зумовили зміни статей 63 та 75.

У частину 1 ст. 63 внесено доповнення про те, що опікуна та піклувальника може призначити і суд.

У першій редакції ст. 75 ЦК було визначено підвідомчість розгляду заяви про звільнення опікуна та піклувальника: за рішенням органу опіки та піклування, якщо цього просить сам опікун або піклувальник чи особа, над якою встановлено піклування; за рішенням суду — у разі невиконання опікуном чи піклувальником своїх обов'язків.

У зміненому варіанті звільнити опікуна чи піклувальника, якщо вони були призначені судом, може лише суд.

Наукова обґрунтованість цієї новели викликає глибокий сумнів.

Відповідно до ст. 63 ЦК, фізична особа може бути призначена опікуном чи піклувальником лише за її письмовою заявою. На добровільній засаді ґрунтується й перебування у цьому статусі: опікун та піклувальник можуть відмовитися від подальшого виконання своїх обов'язків. Якщо немає іншої особи, яка бажала б стати опікуном чи піклувальником, статус опікуна чи піклувальника у того, хто відмовився, може тривати не більше одного місяця.

Не можна залишати особу опікуном дитини чи піклувальником, якщо підопічний протестує проти цього.

Тобто, якщо опікун, піклувальник чи підопічний заявляють: "більше не хочу", нема правового механізму заставити їх до продовження відносин з опіки та піклування.

Передавати судам розгляд заяв про звільнення від статусу опікуна чи піклувальника лише тому, що особа була призначена опікуном чи піклувальником за рішенням суду — нерозумно і з інших точок зору (надмірна зайнятість суддів; місячний строк примусового виконання обов'язків опікуна чи піклувальника може закінчитися швидше, ніж справа буде розглянута судом).

8. Законом України від 23 лютого 2006 р. статтю 190 "Майно" доповнено частиною 2 такого змісту: "Майнові права є неспоживною річчю. Майнові права вважаються речовими правами".

Відповідно до частини 1 ст. 190 ЦК, "майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки". Отже, під одним термінологічним дахом — "майно" — поміщено три самостійні цивілістичні субстанції — окрема річ (наприклад, автомобіль), сукупність речей (наприклад, садиба чи підприємство), а також майнові права (наприклад, право на гонорар). З цьо-

го впливає, що терміни “річ” та “майнові права” не є синонімами. Це — різні правові категорії.

Тому назвати річчю, наприклад, право вимагати відшкодування матеріальної шкоди — не це просто помилка, це, вибачте, — абсурд.

У зв’язку з цим обговорення сентенції про те, що право вимоги є неспоживною річчю, втрачає сенс. Як і обговорення тези про те, що майнові права визнаються речовими правами.

В теорії цивільного права давно утвердилася думка, відповідно до якої тілесне майно — це речі, які фізично існують, а нетілесне майно — це право вимоги, до якого доторкнутися неможливо. Внесені зміни спрямовані на відмову від цієї усталеної позиції. Але мета виявилася недосяжною.

Так і хочеться вигукнути: автора — на сцену!

9. Законом України від 19 червня 2003 р. було внесено зміну до ч. 1 ст. 249 “Скасування довіреності”. У першій редакції цієї норми було зазначено: “Особа, яка видала довіреність, може у будь-який час скасувати довіреність або передоручення...”. У новому варіанті додано слова “за винятком безвідкличної”.

Чи була у цьому потреба? На мою думку, — ні. Згідно із частиною 4 цієї ж статті, законом може бути встановлено право особи видавати безвідкличні довіреності...”. Зрозуміло, що норма цієї частини є винятком із загального правила, що міститься у ч. 1.

10. Законом України від 12 червня 2004 р. було доповнено перелік вимог, на які не поширюється позовна давність, — на вимоги центрального органу виконавчої влади, що здійснює управління державним резервом, стосовно виконання зобов’язань, що випливають із Закону України “Про державний матеріальний резерв”.

Це доповнення є доречним, оскільки стимулює реальне виконання зобов’язань, що підпорядковані загальнокорисній меті.

11. “Вважається, що негативна інформація, поширена про особу, є недостовірною”. Ця норма частини 3 ст. 277 ЦК

переполошила журналістів: “Ми позбавлені права на власні судження, на власну інтерпретацію подій та явищ”.

В результаті бурхливих обговорень Верховна Рада 22 грудня 2005 р. ухвалила Закон, яким частина 3 була доповнена словами: “якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежного”.

Проблема, що викликала дискусію, стосувалася конструювання правових презумпцій. Єдиної моделі формулювання правової презумпції у законі не було. Так, у ст. 216 ЦК УРСР було записано: “знаходження боргового документа у боржника посвідчує припинення зобов’язання, поки не доведено інше”, а у ст. 209 — “Відсутність вини доводиться особою, яка порушила зобов’язання”. У ст. 7 ЦК УРСР презумпція неправдивості поширених про особу відомостей була сформульована так: “якщо той, хто поширив такі відомості, не доведе, що вони відповідають дійсності”.

У ст. 62 Конституції України презумпція невинуватості визначена так: “Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину, якщо інше не доведено у встановленому законом порядку і не встановлено судом”.

Ця конституційна норма мала б вважатися зразком конструювання правової презумпції. Але, на жаль, при опрацюванні проекту Цивільного кодексу на неї не звернули увагу. У результаті маємо розмаїття підходів (див. статті 204, 397, 435, 614) [5, 155].

Якщо б частина 3 ст. 277 ЦК була доповнена словами “якщо інше не встановлено судом”, можна було б вважати і практичну, і теоретичну проблеми вирішеними. Те, що ми маємо, не просунуло нас вперед у розумінні суті правової презумпції, а лише збільшило число тих презумпцій, що хибно викладені у Цивільному кодексі.

Презумпція, закріплена у законі, може бути спростована лише судом, який розглянув відповідну справу. Іншої процедури спростування презумпції бути не може. Позивач чи відповідач можуть лише подати суду відповідні докази задля такого спростування.

12. Відповідно до ч. 4 ст. 296 ЦК, ім'я фізичної особи, яка затримана, підозрюється у вчиненні злочину, або особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, може бути обнародоване лише у разі набрання законної сили вироком суду щодо неї або винесення постанови у справі про адміністративне правопорушення.

Ця норма була зумовлена конкретною ситуацією, коли заступник Генпрокурора України неодноразово публічно заявляв про скоєння Т-ко тяжкого злочину. Такі заяви не лише не узгоджувалися із презумпцією не винуватості, а й зазіхали на її честь та гідність.

Позитивно оцінюючи цю норму, а також той резонанс, який був викликаний нею (ЗМІ остерігаються вже подавати повне ім'я затриманої особи, чи особи, яка підозрюється у вчиненні злочину), слід визнати, що у ній все ж передали куті меду.

Відкритість судового розгляду кримінальних справ, допуск у судові засідання журналістів призводить до оприлюднення імен осіб, які обвинувачуються у вчиненні злочину. Тому доповнення до ч. 4: "крім випадків, встановлених законом" — є правильним.

13. Законом України від 16 червня 2005 р. частину 1 ст. 209 ЦК було доповнено такими словами: "Договір про закупівлю, який укладено відповідно до Закону України "Про закупівлю товарів, робіт та послуг за державні кошти", на вимогу замовника підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню"*.

Відповідно до ст. 34 цього Закону, нотаріальне посвідчення договору про закупівлю не є обов'язковим, але на вимогу замовника договір підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню. То ж не могло не виникнути питання, чи потрібно доповнювати названу вище статтю Кодексу? На мій погляд, такої потреби не було.

* Цим Законом було доповнено і частину 3 ст. 639 ЦК "Форма договору": "Договір про закупівлю, який укладається відповідно до Закону України "Про закупівлю...", на вимогу замовника підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню та вважається укладеним з моменту його нотаріального посвідчення".

Найперше слід звернути увагу на те, що у частині 1 ст. 209 ЦК йдеться про випадки, коли нотаріальне посвідчення договору вимагається законом або домовленістю сторін. Внесене доповнення стосується випадків, коли нотаріального посвідчення вимагає одна зі сторін.

Згідно із частиною 4 ст. 209 ЦК, на вимогу особи будь-який правочин з її участю може бути нотаріально посвідчений. Оскільки у ній використано слово "вимога", це має означати, що будь-який правочин повинен бути нотаріально посвідчений.

Зайвим у названому вище доповненні є і наголошення на "обов'язковому" нотаріальному посвідченні, адже слова "підлягає" достатньо для підкреслення імперативності правила поведінки, зверненого до того, хто вчиняє цю нотаріальну дію.

Логіка суб'єкта цієї законодавчої ініціативи була б більш зрозумілою, якщо б доповнення було внесено саме до частини четвертої.

У підсумку слід сказати, що зміна до ст. 209 ЦК не була ні необхідною, ні науково виваженою. Виграш міг би бути одержаний лише тоді, коли б у частині 4 слова "можуть бути" замінили на "повинен бути".

14. Законом України від 2 листопада 2004 р. були внесені зміни до ст. 281 "Право на життя". Відповідно до першої редакції частини 6, у випадках, встановлених законом, штучне переривання вагітності могло бути проведене при вагітності від 12 до 28 тижнів, що відповідало на той час Основам законодавства про охорону здоров'я. У новому варіанті межею абортів є вагітність до 24-х тижнів. Така зміна має серйозне обґрунтування.

15. Законом України від 22 грудня 2006 р. були внесені істотні зміни до ст. 295 "Право на зміну імені".

У частині 1 першої редакції цієї статті було записано, що фізична особа, яка досягла 16-ти річного віку, має право змінити своє прізвище та ім'я в порядку, встановленому законом. У новій редакції додано слова "на власний розсуд". Тож виникає

питання, чи бажання дитини змінити своє ім'я та прізвище дійсно є беззастережним?

Відповідь має бути заперечною. Якщо, наприклад, така дитина (згідно із Конвенцією про права дитини, той, хто не досяг повноліття, має статус дитини) заважала би мати ім'я Ісус Христос чи Діва Марія (преса уже повідомляла про такі наміри окремих осіб) або іменуватися так, як убивця-маньяк, то невже її бажання було б задоволено. Я впевнена, що ні. Тому зазначене доповнення є не лише необґрунтованим, а й шкідливим.

У новій редакції частини 2 зазначено, що ім'я та по батькові дитини, якій виповнилося 14 років, може бути змінено без згоди одного з батьків, якщо він “помер, визнаний безвісно відсутнім, оголошений померлим, визнаний обмежено дієздатним, недієздатним, позбавлений батьківських прав щодо цієї дитини, а також, якщо відомості про батька (матір) дитини виключено з актового запису про її народження або якщо відомості про чоловіка як батька дитини внесені до актового запису про її народження за заявою матері”.

Насамперед кидається у вічі термінологічна неточність: “визнання особи обмежено дієздатною” ні у Цивільному, ні у Цивільному процесуальному кодексах України не передбачено. Можливим є обмеження цивільної дієздатності фізичної особи.

Якщо відомості про конкретну особу як батька виключені з актового запису про народження дитини за рішенням суду у зв'язку з відсутністю між ним та дитиною кровного споріднення (ст. 136 СК “Оспорування батьківства особою, яка записана батьком дитини”), графа “батько” відразу заповнюється за допомогою юридичної фікції — за прізвищем матері (ст. 135 СК). Оскільки у цьому разі реальний батько з таким прізвищем не існує, то і питати дозволу на зміну імені дитини немає у кого.

Те ж саме відбувається і у разі нешлюбного материнства, якщо особа не визнала свого батьківства або батьківство не було визнано судом.

У першій редакції частини 3 було зазначено, що по батькові фізичної особи може

бути змінено у разі зміни її батьком свого імені. Малося на увазі, що зміна батьком свого власного імені не має обов'язковим наслідком зміну по батькові дитини (сина чи дочки).

Згідно із новою редакцією цієї частини, фізична особа, яка досягла 14-річного віку, “має право на зміну по батькові у разі зміни її батьком свого власного імені або виключення відомостей про нього як батька дитини з актового запису про її народження”.

Але ж, відповідно до ст. 135 СК, визначати власне ім'я батька у актовому записі про народження нешлюбної дитини — це прерогатива матері. Тож чи може дитина зажадати змінити запис про ім'я батька? Навряд.

У частині 4 до підстав для зміни прізвища, імені та по батькові додано визнання усиновлення недійсним та його скасування, з чим, звичайно, слід погодитися.

Залишилася незмінною частина 5, згідно з якою підставою для зміни прізвища може бути реєстрація шлюбу, його розірвання чи визнання недійсним.

Стаття 295 ЦК доповнена частиною шостою, відповідно до якої підставами для відмови у зміні імені є: перебування заявника під слідством, судом, адміністративним наглядом; наявність у заявника судимості, яку не погашено або не знято в установленому законом порядку; офіційне звернення правоохоронних органів іноземних держав про оголошення розшуку заявника; подання заявником неправдивих відомостей про себе.

По-перше, звертає на себе увагу у цій новелі категоричне “є”. Це має означати, що наявність однієї із названих обставин мусить неодмінно викликати відмову у зміні імені.

Слід звернути увагу і на те, що термінів “під слідством”, “під судом” ні в Кримінальному, ні в Кримінально-процесуальному кодексах немає. Це значить, що вживання їх у Цивільному кодексі є помилковим.

Оскільки частина 6 є підсумковою, то можна зробити висновок про те, що вона

стосується не лише тих випадків, коли особа бажає змінити своє прізвище на краще, милозвучніше, а й тоді, коли реєструється шлюб чи його розірвання, адже у ній немає застереження щодо сфери дії таких обмежень.

Якщо загальна дія зазначених обмежень — це принципова позиція, а не результат неухважності, то вона викликає подвійний подив. Навіть у час тоталітарного режиму можливість зміни прізвища у зв'язку з реєстрацією шлюбу чи його розірванням ні від кого, окрім самої особи, не залежала, ніким не заборонялася.

16. Зміни та доповнення, що були проаналізовані вище, не стосувалися сутнісних, фундаментальних правових понять та категорій. Зміна ж, внесена у ст. 316 ЦК, торкнулася одного із основних цивілістичних інститутів — права власності.

Науковці різних часів та народів відстоювали своє розуміння власності та права власності. Але сходилися на тому, що терміни “власність” і “моє” (або “наше”) — це синоніми; що між законом і власником немає жодного суб'єкта, який би нав'язував, диктував йому свою волю.

Саме ці два фундаментальні положення були покладені в основу ст. 316 ЦК “Поняття права власності”.

Законом України від 19 червня 2003 р. ця стаття була доповнена частиною 2 такого змісту: “Особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління”.

“По большевикам прошло рыданье”. Ці слова В. Маяковського дуже точно відображають той шок, який справила не лише на мене ця новела.

Аналіз частини 2 ст. 316 ЦК почну з огляду мови. Слово “внаслідок” уживається з вказівкою на причину чого-небудь [2, 152]. “Особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав” (ч. 1 ст. 23 СК); “Шкода, завдана... внаслідок непереборної сили...” (ч. 3 ст. 1166 ЦК).

Цивільні права і обов'язки, як записано у ч. 3 ст. 11 ЦК, виникають “з” актів

цивільного законодавства, а не внаслідок цих актів.

У новоявленій частині 2 йдеться про “особливий вид власності”, що відразу зумовило кілька запитань:

1. Що значить термін “вид” власності?

2. У чому суть довірчої власності як особливого виду власності?

Законодавство радянського періоду використовувало термін “форми власності”. Однаковий правовий режим усіх форм власності був започаткований Законом України “Про власність” (1991 р.). Конституцією України покладено на Кабінет Міністрів обов'язок забезпечувати рівні умови розвитку усіх форм власності (п. 5 ст. 116). Отже, використання терміну “форма” власності стало законодавчою традицією, хоча у Цивільному кодексі словосполучення “форма власності” не вжито жодного разу.

Тож чи є термін “вид” синонімом до терміна “форма”? Якщо — так, то тоді навіщо усіх нас збивати з пантелику. Якщо це щось особливе, то тоді довірча власність мала б володіти двома відмінностями: це вид власності, а не форма; вид — не звичайний, а особливий.

Однак говорити ні про перше, ні про друге немає, на мій погляд, достатньої підстави.

У главі 70 ЦК “Управління майном” містяться норми, які регулюють процедуру укладення та виконання договору управління чужим майном. Його основними рисами є такі ознаки: майно, що передане в управління, має бути відокремлене від майна управителя; управитель управляє чужим майном від свого імені; управитель зобов'язаний повідомляти кожного, з ким укладає договір, що він не є власником майна, а лише управляє ним; послуги управителя мають бути оплачені; у разі припинення договору майно передається його власникові.

З цього однозначно випливає, що управитель протягом усього строку дії договору залишається ним і може перетворитися у власника майна лише з особливої підстави, визначеної цим або іншим договором (купівлі-продажу, дарування тощо).

Одночасно із ст. 316 була змінена і ст. 1033 ЦК: “Управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується і розпоряджується відповідно до закону та договору управління майном. Договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передає в управління”.

Термін “довірча власність” може використовуватися у літературі лише задля словесної економії, як синонім складної правової конструкції — “права управителя чужим майном щодо управління ним”.

За терміном “довірча власність” немає того, що є моїм. Тому має рацію професор О.В. Дзера, називаючи довірчу власність квазівласністю [4, 531].

Можна погодитись з думкою про те, що введення права довірчої власності до законодавства України руйнує загальні засади правового регулювання власності як єдиного, монолітного, абсолютного права [1, 308].

У підсумку слід сказати, що для доповнення ст. 316 ЦК, а відтак — і ст. 1033 ЦК не було щонайменшої підстави. Завдяки автору відповідного законопроекту Верховна Рада України збаламутила усю нашу цивілістичну науку.

17. У статті 330 ЦК містилася відсилка не до статті 388, а 390 ЦК. Ця помилка була виправлена Законом України від 28 листопада 2003 р.

Але помимо неї у Кодексі є ще дві більш прикрі помилки.

У частині 1 ст. 261 ЦК слово “або” необхідно замінити на “і”, адже для того, щоб позовна давність почалася, особа має знати не лише про факт порушення свого права, а й про те, хто це порушення вчинив.

У частині 1 пункту 1 ст. 263 ЦК у визначенні суті непереборної сили слово “або” слід також замінити на “і”, оскільки непереборна сила — це поєднання надзвичайності та невідворотності.

18. Згідно із Законом України від 15 грудня 2005 р. стаття 331 ЦК отримала нову назву — “Набуття права власності на

новостворене майно та об’єкти незавершеного будівництва”.

У процесі застосування статті 331 ЦК загострилася проблема правового режиму незавершеного будівництва.

Якщо, наприклад, зведено лише перший поверх будинку, то що ми маємо: незавершений будинок, споруду чи сукупність використаних матеріалів?

У частині 3 ст. 331 ЦК було закріплено позицію Верховного Суду України: до завершення будівництва особа є власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва.

Можна вважати дуже спірною не лише цю позицію, але й потребу включення її у текст Кодексу. Адже використані будівельні матеріали у первісному виді уже не існують. Вони трансформувалися у іншу якість завдяки праці людей, що торкнулися їх. Тому у результаті використання будівельних матеріалів появляється будівля, яка і має вважатися об’єктом права власності Отже, про будівлю як річ ми можемо говорити не лише тоді, коли завершено весь комплекс запроектованих робіт, а й тоді, коли є лише фундамент. Оскільки ця річ є власністю забудовника, він вільний розпоряджатися нею.

У другому абзаці, доданому до частини 3, зазначено, що “у разі необхідності особа, зазначена у абзаці першому, може укласти договір щодо об’єкта незавершеного будівництва...”.

У цій нормі слова “у разі необхідності” є зайвими, оскільки сам власник управнений на те, щоб визначити, що і коли йому чинити. А слова “об’єкт незавершеного будівництва”, які є певною мірою запереченням положення, викладеного у абзаці 1, дають підставу стверджувати, що недобудований будинок, як і недошита сукня, — це також речі, це також об’єкти права власності.

Що ж до частини 4, то, оскільки її зміст не був викладений прозоро, найкращим способом вирішення проблеми була “гільотина” — виключення із статті 331 ЦК.

19. Законом України від 18 листопада 2003 р. було виключено із частини 4 статті 588 ЦК останнє речення: “Заставодержате-

лі, які зареєстрували заставу одного і того ж майна в один день, мають рівні права на задоволення вимог із заставленого майна”. Ця зміна викликана тим, що у ст. 44 Закону України від 18 листопада 2003 р. “Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень” моментом реєстрації обтяження є день, година та хвилина внесення відповідного запису до Державного реєстру.

Одночасно було доповнено ст. 577: “моментом реєстрації застави є дата та час внесення відповідного запису до Державного реєстру обтяжень”.

Але ж терміну “дата” в українському тексті Цивільного кодексу немає. Це у російськомовному офіційному тексті є термін “дата” як аналог українського слова “термін”. А “час” та “година” — різні поняття, чи одне і те ж?

Одним словом, маємо термінологічну плутанину, яку спеціальні служби українського парламенту не помітили. І водночас невідповідність між цими двома законами, які були прийняті Верховною Радою України одного і того ж дня.

20. У ст. 880 ЦК ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження об’єкта будівництва до його прийняття замовником був покладений на підрядника, “крім випадків, коли це сталося внаслідок обставин, що залежали від замовника”.

Законом України від 15 грудня 2005 р. редакція статті була змінена: “Віднесення ризику випадкового знищення або випадкового пошкодження об’єкта будівництва на замовника або підрядника до його прийняття замовником встановлюється відповідно до вимог закону, крім випадків, коли це сталося внаслідок обставин, що залежали від замовника”.

Насамперед слід звернути увагу на те, що застереження “крім випадків...” і у першій, і у другій редакціях є некоректним. Якщо знищення об’єкта сталося “внаслідок” поведінки замовника (тобто поведінки протиправної), застосувати категорію “ризик” до цієї ситуації можна лише з економічної точки зору, в розумінні будь-яких матеріальних втрат, незалежно від причини їх настання.

Для юриста ризик органічно поєднаний з відсутністю протиправної поведінки. Тому при формулюванні норми закону на це слід би зважати.

Якщо знищення об’єкта сталося внаслідок протиправної поведінки замовника, така майнова втрата не матиме ознаки випадковості.

Відмова від чіткої фіксації суб’єкта ризику у разі випадкового знищення чи пошкодження об’єкта будівництва має сенс. Якщо, наприклад, замовник був власником матеріалів, він нестиме ризик випадкового знищення об’єкта у тому сенсі, що не матиме права вимагати від підрядника відшкодування їх вартості. Ризик же підрядника у цій ситуації може полягати у відсутності права на оплату виконаних будівельних робіт.

21. Цим же Законом була змінена і ст. 881: замість чітко визначеного обов’язку підрядника страхувати об’єкт будівництва поміщена норма про те, що таке страхування, якщо інше не встановлено договором, здійснюється підрядником або замовником відповідно до законодавства.

22. Не дивлячись на те, що, відповідно до ст. 124 Конституції, юрисдикція судів поширюється на усі правовідносини в державі, Вищий Господарський Суд України наполягав на збереженні претензійного порядку як обов’язкової судової процедури. Тому у ст. 925 ЦК була буквально протягнута норма, відповідно до якої до пред’явлення перевізникові позову обов’язковим є пред’явлення йому претензії.

Заміна обов’язку пред’явити претензію на право пред’явити претензію відповідає частині 1 ст. 16 ЦК, згідно з якою кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права чи інтересу.

23. Законом України від 1 грудня 2005 р. була змінена частина 2 ст. 1176 ЦК: замість чіткого переліку підстав для виникнення права на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, — зазначено: “у випадках, передбачених

законом”. Цим же Законом були внесені зміни до Закону України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянам незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду”, в результаті яких перелік цих підстав було розширено.

24. Відповідно до ст. 535 ЦК УРСР, право на обов’язкову частку у спадщині мали, в числі інших осіб, неповнолітні діти спадкодавця, тобто ті, яким не виповнилося 18-ти років.

Оскільки Книга шоста “Спадкове право” проекту Цивільного кодексу була написана задовго до Книги першої “Загальні положення”, у якій діти були поділені на малолітніх та неповнолітніх, у статті 1241 ЦК залишилися загальна назва дітей, які не досягли повноліття, а тому носіями права на обов’язкову частку у спадщині були названі, як і раніше, неповнолітні діти.

Зразу зчинилася “шура-бура”, деякі науковці поспішили трактувати цей недогляд як нову позицію законодавця і врешті зрobili висновок про те, що нотаріуси не мають права видавати свідоцтва про право на спадщину (на обов’язкову частку) тим дітям, яким не виповнилося 14-ти років (малолітнім).

Це упущення нікому, звичайно, не робило честі. Але для розпачу все ж не було підстав. Хоча б тому, що термін “неповнолітній” був і залишається загальним, усталеним терміном як антонім до слова

“повнолітній”. Крім цього засади справедливості та розумності, що закріплені у ст. 3 ЦК як ідеологічний фундамент усього цивільного законодавства, давали підстави для того, щоб у процесі застосування ст. 1241 ЦК термін “неповнолітні” завантажити адекватним до нього змістом.

У зміні, внесеній до частини 1 ст. 1241 ЦК Законом України від 3 листопада 2004 р., носіями права на обов’язкову частку у спадщині були названі малолітні діти.

25. Аналіз змін та доповнень, внесених до Цивільного кодексу України станом на 1 жовтня 2007 р., дає підставу зробити такі висновки:

1. Не усі зміни були нагальними;
2. Не усі зміни мали достатнє наукове обґрунтування.
3. Чимало змін не покращили, а погіршили правове регулювання цивільних відносин.
4. Проекти законів про внесення змін та доповнень до усіх кодексів слід надсилати на експертні висновки провідним науковим установам та персонально провідним науковцям, що працюють у певній галузі правничої науки, а також Верховному Суду України. Праця авторів таких висновків має оплачуватися за рахунок коштів, які щорічно закладаються на законотворчу роботу у бюджеті Верховної Ради України.

Список літератури:

1. *Борисова В.І., Спасібо-Фатеева І.В., Яроцький В.Л.* Цивільне право України. Підручник у 2-х т. — К., 2004.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови. Ред. В.Т. Бусел. — К., 2001.
3. *Георг В.Ф.* Гегель. Основи філософії права. — К., 2000.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. — К., 2006.
5. *Ромовська Зорислава.* Українське цивільне право. Підручник. Академічний курс. — К., 2005.

РЕЗЮМЕ

В статті піддаються критическому аналізу законодавельные дополнения к Гражданскому кодексу Украины и новые редакции его отдельных статей.

SUMMARY

The article deals, with the critical analys's of legislative ammendments to the Civil Code of Ukraine and new readings of its separate articles.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 05.09.07



*В.В. Ладиченко,
кандидат юридичних наук, доцент, (Інститут
держави і права ім. В.М.Корецького НАН України)*

Актуальні питання реформування юридичної освіти (на прикладі викладання конституційного права)

Ключові слова: *держава, право, якісна юридична освіта, знання, навички, індивідуальна освіта, Конституція.*

Нинішній етап формування українського суспільства потребує висунення на перший план якісної юридичної освіти. Суспільство потребує ґрунтовного вивчення права, розуміння його як самостійкої, самобутньої, унікальної ланки в процесі буття та розвитку людства. Таке навчання має починатися з розуміння сутності права, як своєрідного феномену, що здатний регулювати суспільні відносини за будь-яких умов. Як справедливо визначає С.С. Алексєєв: “Право одвічне та на все життя” [1, 593]. Л.Л. Фуллер визначив право як “захід з підпорядкування людської поведінки керівництву правил” [9, 103, 114]. Це визначення справедливо підкреслює примат правової діяльності над правовими правилами. Право в дії включає правові установи і процедури, правові цінності та правові поняття і способі думок, так само як і правові правила. Воно включає те, що іноді називають “правовим процесом”, або реалізацією права [2, 307].

Як слушно зауважує В.С. Нерсесянц, вкрай важливо сформувати відповідну мотивацію — позитивне ставлення до права, правових явищ та потреби до постійного розширення та поглиблення правових знань. Потреби такого характеру повинні бути насиченими [6, 30].

Тому, на нашу думку, сьогодні юридична наука і практика стоять перед необхідністю вдосконалення системи ціннісних орієнтирів суспільства, сутню та стрижнем яких повинно стати **право**. Хоча справедливо, що знання історії, літератури, географії та інших дисциплін поліпшує розуміння громадянами державної політики взагалі, але самі ці знання не замінять тривалої, систематичної правової освіти, що здійснюється під час опанування права. Формування свідомого громадянина необхідно розглядати як головну мету правового виховання від дитячого садочка аж до вищого навчального закладу, де цей процес здійснюється в якісно нових умовах.

Доречно в цьому контексті навести слова А. Лінкольна: “Уряд народу, з народу і для народу”. Це означає, що народ має право контролювати власний уряд. Але це право народів ні до чого, якщо люди не матимуть достатніх знань і навичок, аби чинити такий контроль, а також позбавлені рис вдачі, необхідних для сумлінного здійснення такого контролю.

Динамічний розвиток правової системи української держави постійно вимагає переосмислення змісту і структури викладання деяких юридичних дисциплін. Серед особливо проблемних з цього погляду юри-

дичних дисциплін, безсумнівно, варто виділити конституційне право. Це пояснюється обставинами об'єктивного і суб'єктивного характеру. По-перше, конституційне право як галузь у системі права будь-якої держави займає провідне місце в силу змісту регульованих відносин, що складаються в сфері формування, організації і здійснення влади, її взаємин із громадянином. По-друге, основним джерелом галузі є Конституція — нормативно-правовий акт, що володіє верховенством стосовно всіх інших джерел права. По-третє, сутнісні зміни суспільного устрою України, її державного статусу призвели до необхідності перегляду багатьох категорій, теорій і інститутів конституційного права — галузі, що закріплює основи конституційного ладу. І, нарешті, очевидна значимість конституційної культури для юристів будь-якої спеціалізації, тим більше тих, що працюють в органах державної влади.

Безсумнівно, перераховані далеко не всі фактори, що підтверджують важливу роль конституційного права як навчальної юридичної дисципліни, але і вони свідчать про необхідність зміни підходів до структури, змісту і спрямованості курсів конституційного права, послідовності і методики викладання матеріалу, форм його вивчення. На наш погляд, необхідно ставити питання про перегляд концепції викладання конституційного права, перехід до модульної системи його викладання. Це дозволить ефективно використовувати навчальні години, сприятиме глибшій спеціалізації викладачів, спонукає студента до серйозної самостійної роботи, оптимізує навчальний процес в цілому. Варто помітити, що останнім часом намітилася тенденція до вирішення поставленої проблеми, але запропоновані заходи носять половинчастий характер, не охоплюючи проблему в цілому. Алгоритми вирішення яких проблем варто виробити? Насамперед, слід уточнити назву навчальних дисциплін, що входять до конституційного права: форма визначає зміст. Як відомо, назва навчальних дисциплін впливає з найменування відповідної галузі і науки.

В наш час для позначення цієї галузі права і науки використовуються найменування: “державне”, “конституційне”, “конституційне (державне)”. Дана проблема була об'єктом наукової суперечки в дорадянській державно-правовій літературі [3, 3–6], у радянському державознавстві [5, 8–10], остаточно не вирішена вона і зараз. У результаті цього в конституційному праві в наявності значна строкатість найменувань навчальних курсів, підручників і посібників, назв кафедр вузів. Аналіз змісту дискусії по даній проблемі дозволив виявити кілька напрямів руху наукової думки в пошуках аргументів у захист того або іншого підходу. Насамперед, і ця точка зору зустрічається найбільше часто, розбіжності виникають у визначенні обсягу правового регулювання розглянутої галузі права. Прихильники широкого бачення предмета державного права відносять до нього не тільки устрій держави, але і державне управління, значно розширюючи галузь державно-правового регулювання. Подібна точка зору існувала й у дореволюційній, і в радянській науці, що характеризувалася розумінням всеохоплюючої ролі держави в суспільстві, поширенням державної влади як на вищі, так і на місцеві рівні управління. У результаті було жорстко визначено найменування галузі як державне право. Слід зазначити, що термін “конституційне право” не відкидався цілком, але застосовувався в основному лише для найменування галузі права зарубіжних країн. Сучасна наука конституційного права не відкидає тенденції розширення предмета правового регулювання відповідної галузі, але пов'язує це з необхідністю правового регулювання різних аспектів устрою і функціонування громадянського суспільства, що спрямовані на охорону його від втручання держави. У результаті зміщуються акценти в розумінні ролі держави у взаєминах “держава — суспільство — людина”: вихідним і найважливішим орієнтиром визнається людина, а суспільство розглядається як основна зв'язуюча ланка між людиною і державою.

Наступний напрям характеризується неоднозначністю думок про значимість

для характеристики галузі і науки, а отже, і для визначення її найменування, істотних сторін суспільного і державного ладу. Мова йде про оцінку основних рис устрою суспільства і держави, закріплених у нормах Конституції. Конституційне право складається і зміцнюється в державі, для якої характерними є широкі коло проголошених і гарантованих правом свобод людини, здійснення принципу поділу влади, реальне народне представництво і пряме здійснення народовладдя. З цих позицій даний підхід є універсальним, що дозволяє відбити в назві галузі і науки не тільки формальний, але і змістовий бік предмета регулювання і дослідження. Розвинуте конституційне право можливе лише в конституційній державі, що є реальним втіленням держави правової. Трансформація державного права в конституційне право в цьому випадку лише закономірний наслідок демократичних процесів, що існують у суспільстві і державі. На наш погляд, саме оціночний підхід дозволяє зі значним ступенем упевненості говорити про наявність або відсутність у правовій системі держави конституційного права як галузі і науки. Може бути використаний і ще один підхід — відображення в найменуванні галузі її основного джерела. Думається, що подібний підхід не тільки звужує спектр проблем, що підлягають вирішенню, але й у визначених випадках може ввести в оману щодо фактичного змісту розглянутої галузі права. Так, наприклад, радянська Конституція, являючи собою більшою мірою цінність ідеологічного і політичного документа, ніж вищого правового акту, не могла стати реально діючим, безпосередньо застосовуваним джерелом права і, тим більше, дати ім'я галузі.

Важливе значення при визначенні найменування розглянутої галузі права має формальне і фактичне визначення пріоритету його змісту стосовно таких соціальних феноменів, як держава і право. Якщо домінантою визнається держава, то відповідна галузь може бути тільки державним правом, і більш нічим іншим. Нормативне ж закріплення ідеї правової держави, підпо-

рядкування держави праву, верховенство Конституції і закону, послідовне забезпечення цих юридичних гасел свідчить про наявність конституційного права. Тільки закріплення і послідовне проведення демократичних, гуманістичних основ у системі і механізмі державної влади, у взаєминах влади і людини дозволяють говорити про сформоване конституційне право як галузі права конкретної держави. Зміст представлених у даній статті підходів до питання про найменування розглянутої галузі права свідчить про те, що як визначальна повинна використовуватися оціночна концепція в сукупності з аналізом формального і фактичного пріоритету у взаємозв'язку держави і права, однак конкретна держава сама визначає ім'я відповідної галузі свого національного права, керуючись теоретичними й історичними, об'єктивними і суб'єктивними факторами. Для сучасної України нам видається цілком обґрунтованою назва її провідної галузі — конституційне право України, її припустимо і доцільно використовувати в найменуванні відповідної науки і навчального курсу.

Наступна проблема, що стала актуальною після приєднання України до Болонського процесу, — визначення системи навчальних курсів і послідовності їх викладання. З точки зору науки, визначальним фактором у виділенні відповідних навчальних курсів і послідовності їхнього викладання є елементний склад системи науки конституційного права. Множинність елементів системи науки конституційного права покликана сформувати цілісне уявлення про зміст її основних проблем у процесі викладання однойменних дисциплін. Дана проблема вирішується за допомогою наукової методології забезпечення змістової єдності правових категорій за їх ідеологічного різноманіття, у формулюванні загальних оцінок. Так, у залежності від застосовуваного основного методу дослідження можна говорити про теорію та історію конституційного права, порівняльне конституційне право, тощо.

Об'єктом пізнання може виступати конституційне право конкретної держави

або групи держав, об'єднаних за тією або іншою ознакою, що є підставою для виділення в системі конституційного права відповідних наукових і навчальних дисциплін (наприклад, конституційне право України, конституційне право США і т.п., а також конституційне право постсоціалістичних, соціалістичних держав, конституційне право країн СНД, держав Латинської Америки, скандинавських країн, конституційне право держав англосаксонської правової системи, країн мусульманського права і т.п.). За предметом, цілями і методами їх варто віднести до тієї частини науки конституційного права, що з деякою часткою умовності можна назвати особливою частиною конституційного права. Усе більш очевидною стає необхідність при переході на модульну систему викладання виділити в навчальному плані юридичних вузів модуль загального конституційного права, що інтегрує наукові знання про об'єктивні закономірності суспільного розвитку, взаємного впливу конституційно-правових ідей і практики їхньої реалізації. Предмет цього модулю буде вивчатися з позиції загальних принципів, обґрунтованих теоретично і закріплених юридично в позитивному конституційному праві сучасних демократичних держав. Звертання до історії, а також прийоми порівняльного правознавства допоможуть виявити найбільш цінні ідеї, доцільні способи і варіанти організації влади і забезпечення свобод людини, простежити їхнє втілення в конституційних нормах і практиці їхньої реалізації. Варто зазначити, що загальне конституційне право як навчальна дисципліна викладалося на юридичних факультетах російських університетів на початку ХХ в., у дорадянський період. Обґрунтовуючи необхідність відповідного навчального курсу і його предмет, Ф.Ф. Кокоскін писав: "Загальне державне право не є що-небудь принципово відмінне від права кожного окремого народу; це відомі загальні питання, що вирішуються для всіх цих народів однаковим чином". Оскільки "загальні начала зустрічаються в державному праві кожного народу, то їх зручніше виділити в одну дисципліну, що

буде загальним вступом до вивчення конституційного права сучасних культурних народів" [4, 163]. В сьогоденні умовах суть і призначення модулю загального конституційного права відображаються в його найменуванні. Варіантів може бути декілька: конституційне право (загальна частина), загальна теорія конституційного права, вступ до вивчення конституційного права окремих держав. Вивчення конституційного права конкретної держави або групи країн, об'єднаних за тим або іншим критерієм, здійснюється в рамках модулів, присвячених особливій частині конституційного права. У структурі модулів, що відносяться до нього, можна виділити два основних: конституційне право України і конституційне право зарубіжних країн. Устрій нашої держави, відбитий у законодавстві, є предметом модулю конституційного права України. При вивченні відповідної галузі права України застосовуються, насамперед, історико-правовий і формально-юридичний (догматичний) методи. Разом з тим звертання до таких методів, як соціологічний, політико-правовий, порівняльно-правовий, диктується необхідністю показати в історичному і сучасному аспектах вплив на устрій вітчизняної держави і здійснення в ній державної влади, різних факторів, що визначають підвалини і розвиток країни. У викладанні конституційного права України повинно домінувати юридичне начало, при цьому повинно враховуватися, що студенти вже знайомі з теорією конституційного права, а тому основна увага в даному модулі повинна приділятися системному вивченню Конституції України, конституційного законодавства України, юридичним аспектам його застосування, аналізу конкретних норм і відносин, їх оцінці з позиції права, проблемам конституційно-правової відповідальності. Організація і діяльність державних органів України і суспільних інститутів повинна розглядатися з позиції їх конституційно-правового статусу і процедурних правил його реалізації. Взаємини держави й особи мають вивчатися на найвищому рівні правових відносин

щодо забезпечення індивідуальній свободі від домагань влади, обов'язків останньої гарантувати права людині й участі громадянина в здійсненні влади. Така юридизація конституційного права як навчальної дисципліни, його максимальне наближення до конституційно-правових норм і відносин дозволяють досконало вивчити відповідну галузь вітчизняного права. Однак з'ясування юридичної сторони основних начал устрою України, організації влади не виключає звернення до політичних явищ і процесів, що істотно впливають на конституційне право, додаючи науці, а отже, і навчальній дисципліні характеру політичної галузі знання. Таку якість конституційного права варто враховувати у викладанні, але при цьому важливо “розглядати політичні явища лише з метою встановлення юридичних норм, що визначають організацію та умови діяльності державної влади в політичному союзі” [7, 311].

Навчальний модуль конституційного права зарубіжних країн за задачами і методами також відноситься до особливої частини конституційного права. Оскільки його включено до модульної системи викладання конституційно-правових дисциплін, його викладання повинне здійснюватися щодо окремих країн. Вступна частина цього модулю присвячена загальній характеристиці основних тенденцій розвитку конституційного права зарубіжних країн, факторів, що визначають особливості цієї галузі права окремих країн. До неї входять питання класифікації держав за різними критеріями: типом устрою і рівнем соціально-економічного і політичного розвитку (розвинуті країни, соціалістичні, постсоціалістичні держави, країни, що розвиваються, й ін.), характером політичного режиму (демократичний, авторитарний, тоталітарний, посттоталітарний і ін.), типом правової системи (країни континентального права, загального права, соціалістичної правової системи, правових систем релігійного або філософського характеру). Така класифікація є теоретичною основою для вивчення конституційно-правового розвитку і конституційного (державного)

права окремих зарубіжних країн і визначає їх вибір.

Послідовність викладання навчальних модулів — це питання методики. Логіка вивчення предмета дозволяє використовувати обидва можливі шляхи його пізнання: йти від загального до конкретного або навпаки. Мотив доцільності, що орієнтований на задачі повноцінної теоретичної і професійної підготовки студентів юридичних вузів, не повинен допускати багатоваріантності методичного вирішення даного питання. Вивчення розглянутої галузі права сьогодні починається з конституційного права України. На наш погляд, досить обґрунтованим уявляється вивчення спочатку модулю загального конституційного права як теоретичної бази для особливої частини конституційного права, що буде викладатися слідом за загальною. Тим більше такий шлях виправданий у зв'язку зі сприйняттям ідеї цілісності науки конституційного права, домовленістю про загальний понятійний апарат. Даний підхід дозволяє закласти концептуальні знання, що розвиваються і конкретизуються в модулях, присвячених конституційному праву окремих країн, виключає невиправдане дублювання.

Викладання модулю загального конституційного права на перших курсах юридичних вузів як вступу в науку конституційного права, метою якого є ознайомлення з теоретичними основами цієї науки, повинно бути розраховане на слухача-початківця, відрізнитися академічністю, узгоджуватися з модулями інших дисциплін, що передбачені навчальним планом. Разом з тим вивчення цього предмета не виключає включення до навчального плану спеціалізації для старшокурсників, що поглиблено вивчають цикл державно-правових наук, спеціального модулю з проблем теорії конституційного права, що може бути запропонований студентам як вибірковий. Основою для його засвоєння будуть слугувати знання, отримані студентами з загального, українського та зарубіжного конституційного права. Зміст такого модулю має відрізнитися більш високим рівнем теоретичних узагальнень і

висновків. Черговість викладання модулів вбачається наступною: “Конституційне право. Загальна частина”, зміст якого складає загальне конституційне право; за ним повинні викладатися модулі “Конституційне право України” і “Конституційне право зарубіжних країн”. Таким чином вивчення конституційного права буде побудовано з урахуванням вивчення загального конституційного права, потім особливостей реалізації даних проблем в конституційному праві України, а завершиться вивчення блоком тем з конституційного права окремих зарубіжних країн, наприклад, таких як США, Франція, Іспанія, Німеччина, Китай, Великобританія. У даному випадку у студентів сформується цілісне уявлення про конституційно-правову дійсність, що має місце не тільки в Україні, але й у світі.

Таким чином, в процесі реформування системи національної юридичної освіти

як визначальну мету слід розглядати орієнтацію суспільства на побудову моделі *індивідуальної освіти*, що дозволить уникнути опосередкованого навчання та рутинної перевірки знань і дозволить розвиток спеціалізації та швидку зміну кваліфікаційних вимог. А найголовніше — нові (розроблені та апробовані цивілізованими країнами) технології та форми організації навчального процесу, що складають зміст індивідуалізованих моделей освіти, сприяють формуванню окремих особистостей та цілих груп, що готові присвятити себе не “наполегливому збереженню основних інститутів індустріального масового суспільства — єдиного співтовариства величезних корпорацій, загальних профспілок, загальної системи освіти”, а “плідній праці у будівництві особистісно орієнтованого суспільства” [8, 67–68].

Список літератури:

1. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Издательство НОРМА, 2002. — 608 с.
2. Берман Г. Дж. Право і революція: Формування західної традиції права. — К.: IRIS, 2001. — 652 с.
3. Ковалевській М.М. Общее конституционное право. Лекція. — СПб, 1908.
4. Кокошкинъ Ф.Ф. Лекції по общему государственному праву. — Изд. 2-е. — М., 1912.
5. Курс советского государственного права. — М., 1978.
6. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. — М.: Издательская группа НОРМА — ИНФРА М, 1999. — 832 с.
7. Свейшиковъ М.И. Очеркъ общей теории государственнаго права. — СПб, 1896.
8. Тоффлер А., Тоффлер Х. Создание новой цивилизации: политика Третьей волны. Пер. с англ. — Новосибирск: Сибирская молодежная инициатива, 1996. — 475 с.
9. Фуллер Л.Л. Мораль права. — К.: Сфера, 1999. — 232 с.

РЕЗЮМЕ

Общество требует основательного изучения права, понимания его как самостоятельного, самобытного, уникального звена в процессе бытия и развития человечества. Юридическая наука и практика стоят перед необходимостью усовершенствования системы ценностных ориентиров общества, сутью и стержнем которых должно стать право.

SUMMARY

The society demands thorough studying of the law, its understanding as an independent, original, unique part during mankind life and development. Jurisprudence and law practice face the necessity of system improvement of society valuable reference points. An essence and core of these changes should become law.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 24.05.07



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

*В.В. Курдюков,
аспірант
(Академія адвокатури України)*



*К.В. Легких,
аспірант
(Академія адвокатури України)*

Спеціальні знання: генезис, предмет, рівні, форми використання в доказуванні

Ключові слова: спеціальні знання, спеціаліст, експертиза, експертні науки, обов'язкова експертиза, альтернативна експертиза, правові питання.

Питання використання спеціальних знань у судочинстві з певною періодичністю досить активно дискутуються в юридичній літературі. Ми можемо прослідкувати розгортання цих дискусій в працях О.Ф. Аубакірова, Р.С. Белкіна, А.І. Вінберга, В.Г. Гончаренка, Г.І. Грамовича, Ф.Е. Давудова, П.В. Данісявчюса, А.В. Дулова, П.П. Ішенка, Н.І. Клименко, З.О. Ковальчук, В.Я. Колдіна, В.К. Лисиченка, В.М. Махова, Г.М. Надгорного, А.Я. Паліашвілі, М.Я. Сегая, М.О. Селіванова, З.М. Соколовського, В.В. Циркаля, В.І. Шиканова, О.Р. Шляхова та багатьох інших вчених.

Зміни, які відбуваються в світовій економіці та соціальній сфері і, зокрема, в Україні, зумовлюють необхідність розробки нових концепцій розвитку, удосконалення нормативного забезпечення регулювання суспільних відносин як однієї з визначальних ланок прогресу. В Україні,

як і в інших країнах нової демократії, ці питання постають з особливою гостротою, зважаючи на певне відставання організації економічної діяльності, наявність неординарних політичних протиріч і відчутних недоліків нормативної бази та дієвого правосуддя.

В плані великих завдань і перетворень, які стоять перед Україною і повинні втілюватись в життя шляхом різнорівневих і багатоаспектних політичних та правових реформ, одним з провідних напрямів забезпечення цих реформ має бути обґрунтування всіх великих і малих проектів та технологій їх здійснення незаперечними науковими положеннями від найвищого, світоглядного філософського рівня до техніки юридичного діловодства. Такий підхід повинен стосуватися всіх галузей реформування і всіх напрямів правозастосовчої практики.

Тому серед питань надійного і максимального наукового забезпечення право-

суддя в широкому розумінні цього слова, мабуть, найперше місце посідає система нормативних приписів і криміналістичних рекомендацій щодо ефективного використання в процесі доказування в кримінальних справах спеціальних знань. Це цілком зрозуміло, оскільки вирішення переважної більшості ситуацій, які виникають в процесі правового регулювання, вимагає опори на ґрунтовні, досконалі знання, здобуті людством протягом всього його існування.

Такого роду знання, які виходять за межі звичних, побутових знань, дають можливість, за всіх інших умов, здійснювати грамотне і справедливе правосуддя. Ці знання одержали в праві офіційне найменування спеціальних і вимогу розмежування їх в науковознавчому та процесуальному значеннях. Очевидно, що для повноти дослідження треба дати визначення спеціальних знань в обох значеннях, аби в майбутньому мати підстави так чи інакше тлумачити необхідність і допустимість їх застосування в судочинстві, адже без формалізації їхнього використання не можуть прийматись обґрунтовані і законні юридичні рішення.

В наукознавчій літературі спеціальні знання визначаються як результат оволодіння певним рівнем знань і навичок діяльності в конкретній професії та спеціальності [див., наприклад, 29, 1085]. Тобто спеціальні знання здобуваються шляхом освіти і практичної діяльності.

Науковці-юристи, даючи свої визначення спеціальних знань, необхідних для певного забезпечення ефективності судочинства, в принципі не відходять від такого їх розуміння, хоча і конкретизують сферу їхнього застосування. Так, В.М. Галкін вважає їх такими, що “одержані в результаті спеціального навчання або професійного досвіду” [4, 8]. З.М. Соколовський під спеціальними знаннями розуміє “сукупність відомостей, одержаних в результаті професійної підготовки, що створюють для тих, хто ними володіє, можливість вирішення питань у якій-небудь галузі” [30, 202]. Визначаючи це поняття, іноді користуються прийомом протиставлення, як-от: “Спе-

ціальні знання — це знання не загальновідомі, не загальнодоступні, які не мають масового розповсюдження... це знання, якими володіє обмежене коло спеціалістів” [37, 91]. Багато уваги аналізу поняття спеціальних знань приділив Г.М. Надгорний, який сформулював компромісне їх визначення як знань, “що не належать до загальновідомих і утворюють основу професійної підготовки у наукових, інженерно-технічних та виробничих спеціальностях, а також не загальновідомі знання, необхідні для заняття якими-небудь іншими видами діяльності” [20, 42]. Згодом він уточнив це визначення, зорієнтувавши його на кримінальне судочинство, і зазначив, що вони “використовуються для виявлення, закріплення, вилучення, оцінки й дослідження доказів” [21, 18]. З.О. Ковальчук відстоювала введення у визначення спеціальних знань критерію їхньої неочевидності, що, в принципі, як одна з ознак, не викликає заперечень [12, 42].

Варто навести думку В.Д. Арсеньєва та В.Г. Заблоцького, які розглядають спеціальні знання в кримінальному процесі як “систему відомостей, одержаних в результаті наукової та практичної діяльності в певних галузях (медицина, бухгалтерія, автотехніка тощо) і зафіксованих в науковій літературі, методичних посібниках, настановах, інструкціях тощо” [1, 4], та твердження П.П. Іщенка, який ці знання визначає як “будь-які професійні знання, що можуть сприяти у виявленні, фіксації та вилученні доказів” [10, 8].

Багато хто з авторів, які вивчали проблему використання спеціальних знань у судочинстві, виділяють спеціальні знання в галузі права, про що ми вестимемо мову в цій статті далі, а зараз наведемо визначення В.М. Махова, яке є типовим у цьому сенсі: “Спеціальні знання...це знання, притаманні різним видам професійної діяльності, за виключенням знань, які є професійними для слідчого і судді, що використовуються під час розслідування злочинів і розгляду кримінальних справ у суді з метою сприяння встановленню істини у справі у випадках і порядку, визначених

кримінально-процесуальним законодавством” [19, 46].

Розвиток криміналістики і піднесення її ролі в забезпеченні судочинства дав обґрунтовані підстави деяким авторам у визначення спеціальних знань увести категорію пізнання: ці знання в кримінальному процесі визначаються як “знання об’єктивних закономірностей здійснення процедури встановлення (пізнання) обставин розслідуваного злочинного діяння за його наслідками (слідами) певного виду, якщо ця пізнавальна процедура не є очевидною для широкого загалу” [8, 287]. В.О. Попелюшко, виходячи з міркувань максимального забезпечення захисту прав людини шляхом розширення можливостей використання для цього всього розмаїття знань без жорстких обмежень, пропонує визнати, що “в об’єктивному аспекті до поняття спеціальних знань належать знання із будь-якої сфери людської діяльності, а визначення їх структури та меж відноситься до сфери правотлумачення і в кожному окремому випадку здійснюється правозастосовувачем” [23, 73].

Таким чином, ми можемо на підставі наведених міркувань та їх аналізу зробити кілька висновків. По-перше, слід чітко відмежовувати в функціональному сенсі спеціальні знання як результат професійної підготовки і певну спеціалізовану освіченість окремих людей від передбачених процесуальними законами спеціальних знань, які, маючи за своїм змістом повну тотожність з першими, можуть використовуватись у точно встановлених законом формах і межах. Тобто, повністю індивідуальні до становища носія цих знань і їх споживачів, вони перетворюються на процесуально-правову категорію, використання якої передбачено лише визначеними суб’єктами і у встановлених процедурах, що у кожному випадку їх застосування вимагає наявності одного з передбачених суб’єктів, засвідчення його компетентності, а також узаконених шляхів одержання бажаного результату.

По-друге, в процесуальне визначення спеціальних знань обов’язково повинно

включатись загальнонаукове їх поняття як невідмінна змістова основа поняття процесуального, а останнє повинно визначати лише межі і форми особливого використання цих знань в судочинстві та юридично значущі наслідки такого використання.

Зробивши ці загальні зауваження, ми можемо дати наше визначення спеціальних знань в контексті кримінально-процесуального законодавства. Отже, **спеціальними знаннями в кримінальному судочинстві є знання і навички, одержані в результаті фахової освіти та/або практичної діяльності в будь-якій галузі науки, техніки, мистецтва або ремесла, які використовуються визначеними законом учасниками процесу в межах наданих кожному з них повноважень для вирішення за певною процедурою процесуальних завдань.**

Спираючись на наведене визначення спеціальних знань, яке, на нашу думку, максимально точно відбиває теоретичні положення наукознавства, законодавства і практику залучення спеціальних знань до відправлення правосуддя, ми можемо констатувати, що спеціальні знання — це не якась об’єктивізована аморфна сума результатів людського пізнання, а диференційовані за ступенем пізнання даного галузевого предмета науки, рівнем оволодіння суб’єктом судочинства та процесуальною компетенцією цих суб’єктів знання, які можуть і повинні використовуватись у доказуванні фактів, необхідних для встановлення об’єктивної судової істини.

Неважко побачити, що особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, адвокат, суддя, спеціаліст, експерт повинні мати відповідні спеціальні знання, необхідні кожному з них для виконання своїх процесуальних і пізнавальних функцій. Кожен з них **зобов’язаний** мати певні спеціальні знання, без яких він не може обіймати ту чи іншу посаду або мати той чи інший статус. Наприклад, слідчий обов’язково повинен мати обсяг знань, володіючи якими він може виконувати передбачені законом функції розслідування (ст. 114 КПК) [15, 306]. Такі знання набуваються під час одержання вищої юридичної освіти і удо-

сконалюються в ході практичної діяльності та використання різних форм підвищення кваліфікації. Звісно, окремі слідчі можуть мати більш глибокі і різноманітні знання, але це є бажаним, а не обов'язковим фактором. Все це так чи інакше стосується й інших суб'єктів доказування, зокрема, адвоката-захисника (ст. 48 КПК) [15, 129]. Тому цілком природним є уявлення про різні рівні спеціальних знань, які повинні мати суб'єкти доказування, з одного боку, і спеціалісти та експерти, — з іншого. Представники другої групи апіорі в своїх галузях повинні мати більш досконалі знання, ніж представники першої. Але вирішальним тут є не різниця в рівнях спеціальних знань, яку також слід враховувати, а в процесуальних формах та результатах застосування цих знань.

Отже, можна сказати, що потреби судочинства і рівні спеціальних знань породжують питання про процесуальні форми їх застосування і розмежування компетенції суб'єктів — носіїв спеціальних знань. Полеміка з цього приводу точиться з різною інтенсивністю ще з початку минулого століття. Було висловлено немало досить аргументованих конструкцій рівнів і форм застосування спеціальних знань, причому науковий аналіз здійснювався, в основному, принципово під кутом зору компетенції суб'єктів доказування. Одні автори до суб'єктів доказування, саме які визнавалися правомочними застосовувати в судочинстві спеціальні знання і науково-технічні засоби, відносили лише осіб, що ведуть кримінальний процес [32, 47], другі — учасників процесу, що виконують у доказуванні не епізодичну, а постійну роль [31, 494], треті — тих, хто здійснює процесуальну функцію [11, 32], четверті вважають, що до них слід віднести без обмежень всіх суб'єктів кримінально-процесуальних відносин [1, 51; 9, 84].

Аналіз процесуальних **повноважень** учасників процесу і юридичної доцільності введення їх у пізнавально-доказову сферу судочинства показує, що наведені та подібні точки зору страждають непослідовністю і не відповідають канонам доказового

права, адже доказування в процесі перш за все і головним чином пов'язується з наявністю самостійних процесуальних інтересів окремих учасників, що є підставою для надання їм права або права і обов'язку збирати та подавати юридичні докази, а також оцінювати їх з метою відстоювання своєї правової позиції або прийняття передбачених законом рішень. Законодавець за цим принципом встановив точний перелік таких учасників, який не підлягає ні обмежувальному, ні поширювальному тлумаченню, а саме: підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, суддя, слідчий, особа, що веде дізнання, прокурор, захисник, цивільний позивач, цивільний відповідач, представники потерпілого, цивільного позивача та цивільного відповідача.

Тут виникає цілком резонне запитання: а чи не можуть використовувати спеціальні знання не перелічені вище інші учасники процесу? Відповідь може бути лише одна, — безумовно, можуть, але в приватному порядку, і результати такого застосування не матимуть ніякого юридичного значення, якщо вони не будуть переведені в процесуальне русло за відповідною процедурою компетентними особами. Та й серед суб'єктів доказування наданим їм правом практично користуються, за рідкісними випадками (які все-таки трапляються!), лише суб'єкти, для яких це є професійною діяльністю: переважно — особи, що ведуть дізнання, і слідчі, рідше — прокурори, судді, захисники (адвокати).

Проте кількість випадків безпосереднього використання в своїй діяльності спеціальних знань всіма суб'єктами доказування разом узятими у порівнянні з постійною професійною діяльністю спеціалістів та експертів, які залучаються до участі в процесі суб'єктами доказування, є відчутно невеликою. Тому, вивчаючи процес і наслідки застосування в судочинстві спеціальних знань, не можна залишити поза увагою класифікацію суб'єктів пізнання і доказування, розмежування їхньої компетенції і юридичне значення результатів їхньої діяльності. Оскільки спеціалісти і експерти мають левову частку у використанні

спеціальних знань і науково-технічних засобів, то в основу класифікації повинно бути покладено не ознаку доказування, а процесуальну форму діяльності суб'єктів застосування, маючи на увазі, що все в процесі спрямовано на доказування, але воно здійснюється безпосередньо особами, що мають самостійні процесуальні інтереси, та опосередковано через використання допомоги спеціалістів та висновків експертів.

Не вдаючись в полеміку відносно форм процесуального застосування спеціальних знань, зазначимо, що вже півстоліття панівною є точка зору, яка з невеликими змінами і несуттєвими доповненнями сприймається сучасними вченими і практиками. Ми вважаємо істинним положення, за яким спеціальні знання та науково-технічні засоби в судочинстві застосовуються безпосередньо суб'єктами доказування (ми обґрунтовано переважно будемо звертатися лише до фігури слідчого), спеціалістами в сенсі ст. 128¹ та ст. 270¹ КПК, офіційно призначеними експертами (судовими експертами) [18, 11; 28, 15; 35, 25].

Слідчий є знаковою процесуальною фігурою, здійснюючи збирання і дослідження доказової інформації на основі наявних у нього спеціальних знань, особливо в галузі криміналістики, і за допомогою наданих йому офіційно науково-технічних засобів. В ході проведення слідчого огляду, слідчого експерименту та інших процесуальних дій слідчий вирішує багато завдань дослідницького характеру, результати яких, будучи зафіксованими в протоколах — джерелах доказів, цілком можуть використовуватись як докази у кримінальній справі. Важливо лише, щоб фіксувались не висновки слідчого, його умовиводи, а констатувались засвідчені всіма учасниками слідчої дії факти, які вони реально спостерігали.

Допустимість і корисність одержання безпосередньо слідчим доказових фактів шляхом застосування спеціальних знань знаходить підтримку багатьох авторів, які обґрунтовують свої твердження теоретичними положеннями доказового права і вимогами практики [5, 68; 6, 19], причому

В.П. Колмаков пише, що ідентифікаційні прийоми повністю доступні слідчому, судді, оперативному працівнику [14, 37], М.П. Шаламов виступає за більш широке використання слідчим засобів дослідницького характеру [34, 40–59], З.М. Соколовський впевнений, що слідчий має право у елементарних випадках проводити ідентифікацію цілого за його частинами [30, 72]. Примітно, що ще на зорі ХХ століття, коли науково-технічне забезпечення роботи слідчого було вкрай примітивним, вже лунали прогресивні вимоги, щоб слідчий був “не тільки вправі, але й зобов’язаний звертатися до таких технічних прийомів, які дозволили б відтворити оглядом все істотне” [2, 95], та про те, що “необхідно піднести суддівський огляд (тоді були судові слідчі. — Авт.) на ступінь наукового обслідування — точного, ясного і відчутного” [3, 190].

Таким чином, слідчий (в основному) і названі нами інші суб'єкти доказування утворюють першу групу осіб, яким формально дозволяється використовувати спеціальні знання в кримінальному судочинстві. Тому ми вважаємо помилковим твердження деяких авторів, зокрема, В.М. Махова, що самостійне, без сприяння обізнаних осіб, використання слідчим спеціальних знань не є процесуальною формою їх використання на тій підставі, що в КПК не існує норм про надання йому таких повноважень [19, 74]. По-перше, для слідчих та інших суб'єктів доказування, які за освітою і характером діяльності належать до гуманітарних професій, знання в галузі криміналістичної техніки, що переважно застосовується під час проведення слідчих дій, безумовно, є спеціальними і, по-друге, саме їх використання слідчим на досудовому слідстві та суддею в ході судового розгляду передбачено і навіть рекомендовано цілою низкою норм КПК, зокрема, ст. 85, 85¹, 85², 114, 176, 195. Крім того, приписи ст. 85 КПК дають право слідчому використовувати спеціальні знання та науково-технічні засоби під час проведення будь-якої слідчої дії.

Другою процесуальною формою використання спеціальних знань є участь

у проведенні слідчих та судових дій **спеціаліста**. Ним практично одноставно на підставі кримінально-процесуальних норм вважають особу, яка володіє знаннями та навичками і залучається органом дізнання, слідчим, прокурором або судом для сприяння у виявленні, закріпленні та вилученні доказів [наприклад, 10, 10].

Процесуальні обов'язки і права спеціаліста точно викладені в законі. В ст. 128¹ КПК сказано, що спеціаліст зобов'язаний за дорученням слідчого брати участь у проведенні слідчої дії, використовуючи свої спеціальні знання і навички для сприяння слідчому у виявленні, закріпленні та вилученні доказів; звертати увагу слідчого на обставини, пов'язані з виявленням та закріпленням доказів; давати пояснення з приводу спеціальних питань, які виникають під час проведення слідчої дії [15, 328, 547]. Правильною слід визнати практику, коли участь спеціаліста не обмежується лише проведенням слідчої дії, а охоплює і підготовку до неї, і обробку результатів, наприклад, упакування речових доказів, бо в деяких випадках некваліфіковане здійснення цих заходів може звести нанівець результати всієї слідчої дії.

Підкреслюючи зростаючу роль спеціалістів у розслідуванні, а також у судовому розгляді справ, необхідність розширення сфери застосування їхніх знань і навичок, варто вказати на неприпустимість змішування функцій спеціалістів з функціями експертів, коли перші на підставі огляду слідів та інших об'єктів на місці події роблять висновки, наприклад, про непридатність слідів для ідентифікації, про що робиться відповідний запис в протоколі огляду.

Не викликає сумнівів положення, що якщо слідчий може й сам застосувати які-небудь засоби, все ж краще ці операції доручати спеціалісту. Це дозволить слідчому ефективніше проводити слідчі дії в тактичному плані. Значне розширення використання знань спеціалістів, безумовно, слід визнати позитивним явищем. В той же час слідчі нерідко передоручають спеціалістам застосування криміналістичної техніки, не контролюючи їх, сподіваючись на їхній

досвід і знання, а це іноді призводить до того, що фіксуються такі обставини і предмети, які не мають відношення до справи, а важливі — ігноруються. Це особливо буває помітно під час фотографування і відеозйомок, які виконуються спеціалістом.

Керує слідством і веде його слідчий. Тому дії спеціаліста в ході проведення слідчих дій повинні здійснюватись за вказівкою і з дозволу слідчого. Це правило особливо важливо виконувати в тактичному відношенні, оскільки лише слідчий, що веде розслідування і почав вже логічну діяльність щодо виявлення обставин даного злочину та має, крім іншого, більш-менш широку інформацію, здобуту з багатьох джерел, зможе правильно визначити конкретні завдання розслідування у даній справі, обсяг інформації та межі дослідження доказів. Найкваліфікованіший спеціаліст без слідчого не зможе логічно, цілеспрямовано і повно застосувати науково-технічні засоби та точно спрямувати в належне русло свої знання.

Спеціаліст не є самостійною процесуальною фігурою, а виступає як технічний помічник слідчого і діє лише в межах компетенції останнього [15, 328]. Тому він не може бути суб'єктом доказування ні за яких умов і ні в якому сенсі. В зв'язку з цим не можна не визнати помилковим твердження В.Д. Арсенєва і В.Г. Заблоцького, які вважають, що спеціаліст виступає як суб'єкт доказування, котрий бере участь у всіх трьох елементах цього процесу — збиранні, дослідженні й оцінці доказів [1, 71]. Ці автори дуже вільно трактують поняття доказування в кримінальному процесі, безпідставно не обмежуючи його ніякими формальними рамками. Відчуваючи слабкість своєї позиції, вони зразу ж застерігають, що "процесуальною особливністю доказової діяльності спеціаліста є відсутність у більшості випадків будь-якого **специфічно оформленого результату її**. Вона начебто розчиняється в доказовій діяльності слідчого і суду та її результатах... Тому необхідно визнати неприпустимим хоча б часткове передоручення слідчим спеціалісту проведення слідчої дії і оформлення

її результатів” [1, 72]. З цієї плутанини випливає, що названі нами автори, підносячи спеціаліста до рівня суб’єкта доказування, тут же фактично спростовують своє твердження, заявляючи, що діяльність спеціаліста начебто “розчиняється” в доказовій діяльності слідчого, тобто вона явно в процесуальному сенсі не є самостійною.

Третьою процесуальною формою використання спеціальних знань є проведення судової експертизи, яка призначається у випадках, коли для вирішення питань, що мають значення для справи, під час провадження у справі необхідні спеціальні знання в галузі науки, техніки, мистецтва тощо. Експертиза може бути проведена спеціалістами практично у будь-якій галузі знань, а експертом може призначатись будь-яка особа, яка не зацікавлена у справі та яка формально й фактично є обізнаною у даних питаннях [15, 223; 19, 79]. Висновок експерта належить до джерел доказів, бо на підставі проведених досліджень встановлюються **нові дані**, які є доказами у справі і належать до особистих доказів, оскільки вони формуються і виходять від людини [15, 196, 198].

Не дивлячись на те, що висновок експерта ґрунтується на даних певної галузі знань, які знаходяться за межами обізнаності слідчого, чому він, рівно як і суд, повинен покладатися на високу фахову підготовку і добросумлінність експерта, останній тим не менше не належить до кола суб’єктів доказування, бо не має самостійного процесуального інтересу. Тому В.Д. Арсеньєв і В.Г. Заблоцький припускаються грубої помилки, стверджуючи, що експерт виступає і як суб’єкт, який бере участь в збиранні (поданні) доказів [1, 59], оскільки експерт бере участь, виконуючи волю компетентних осіб, у **формуванні** доказів, а **збиранням** їх і **оцінкою** займаються за визначенням лише слідчий та інші особи, які саме на основі збирання і оцінки доказів можуть відстоювати свою процесуальну позицію (доказування) та вимагати прийняття відповідного юридичного рішення.

Здобування доказових фактів шляхом використання спеціальних знань у формі

експертизи не викликає ніяких сумнівів, коли мова йде про знання, які виходять за межі професійних знань слідчого, проте коли ми стикаємося з необхідністю використання спеціальних криміналістичних знань, представником яких за освітою є слідчий, то виникає проблема гносеологічного і процесуального чину. Справа в тому, що в криміналістиці, точніше — в криміналістичній техніці, немає чітких розмежувань між названими спеціальними криміналістичними знаннями і професійними знаннями слідчого [19, 48]. Адже, як ми вже визначили, слідчий під час проведення слідчих дій використовує спеціальні знання, а спеціаліст, якого слідчий запрошує для допомоги, діє виключно в межах компетенції слідчого. Зовсім інакше виглядає ситуація, коли слідчому треба пояснити на основі криміналістичних знань якість явище і, оцінюючи закономірності його розвитку, зробити певний умовивід. У даному випадку наявність у слідчого таких знань не звільняє його від необхідності призначення експертизи, бо суміщення функцій суб’єкта доказування і суб’єктів, що залучаються до забезпечення процесу доказування, є неприпустимим [19, 77]. Очевидно, що одного критерію “спеціальні знання” для розмежування компетенції слідчого й експерта-криміналіста недостатньо [6, 21].

Експерт у ході проведення спеціалізованого дослідження, використовуючи всю різноманітність видів розумової діяльності і застосовуючи найрізноманітніші реєструючі й дослідницькі науково-технічні засоби, підходить до найвідповідальнішого етапу — до оцінки встановлених даних і формулювання на підставі такої оцінки свого висновку. Останній в кожному випадку експертизи є підсумком пізнання об’єктивної дійсності. Тому, на нашу думку, потрібно виділити два критерії розмежування компетенції експерта-криміналіста і слідчого. По-перше, експертне дослідження речових доказів повинно проводитись на підставі спеціальних криміналістичних знань особи, яка це дослідження робить. По-друге, результатом такого дослідження має бути оціночне судження з умовиводом

[6, 25]. Свого часу під різними кутами зору подібні думки висловлювали й інші вчені [13, 107; 25, 223; 36, 81].

Авторитет висновків експертів надзвичайно високий, оскільки в них зосереджена передова наукова думка і багаторазово перевірений досвід професіоналів. Тому, не дивлячись на те, що в нашому кримінальному процесі жоден з доказів не має наперед встановленої сили, під час оцінки доказів суб'єктами доказування висновку експерта мимовільно надається особливе значення, висловлюється особлива довіра. Це явище легко пояснюється у психологічному відношенні, але у теоретико-прикладному плані вимагає зміцнення непохитності принципу вільної оцінки доказів. Саме до руйнування цього принципу веде тенденція, що виникла в надрах професійної експертної діяльності, до виділення з галузевих наук “експертних знань” та “експертних наук” і надання діяльності експерта елементів юридичного доказування [22, 37; 24, 31; 26, 19, 164].

На наш погляд, автори цієї точки зору припускаються методологічної помилки. Тут, передовсім, потрібно виходити з поняття експертизи та її співвідношення з тією галуззю знань, залучення яких необхідно для вирішення спеціальних питань, що виникають. Експертиза являє собою дослідження речових доказів та інших об'єктів особами, обізнаними у спеціальних галузях знань, з метою одержання висновку і широко застосовуються в торгівлі, медицині, будівництві, економіці, екології, міжнародних відносинах. Означені експертизи в своїй пізнавальній сутності нічим не відрізняються від експертиз, які проводяться за дорученням правоохоронних органів, або так званих судових експертиз. У всіх без виключення сферах людської діяльності суть експертизи може бути лише одна — наукове, на рівні сучасних уявлень даної конкретної науки, витлумачення, роз'яснення якої-небудь обставини або факту шляхом вивчення, дослідження відповідних вихідних даних. Експертиза — це застосування положень тієї чи іншої науки як цілісної системи певних знань. Виділення

специфічних “експертних” знань із загальної системи даної науки викликає уявлення про ці знання, як про якісь особливі знання, що виходять за межі предмета даної науки, проте засоби, методи і методики предметних експертиз складають елемент змісту відповідних наук.

Давно вже у вченні про загальнонауковий метод експертних оцінок встановлено, що він за своєю сутністю є шляхом до опосередкованого пізнання, а тому не можна розвивати криміналістику, відносячи розробку питань, пов'язаних з дослідженням речових доказів, виявлених у процесі розслідування, до одної дисципліни, а розробку методів розслідування — до іншої. Криміналістика охоплює весь комплекс питань, пов'язаних з роботою слідчого у розслідуванні злочинів і роботою експерта-криміналіста у дослідженні речових доказів.

Отже, не потребує великих зусиль довести, що якщо “експертні знання” виходять за межі даної науки і утворюють новий предмет, тобто відбивають специфічні закономірності об'єктивного світу (його фрагмент), то утворюється нова наука, і розмова про “експертні знання” у даній науці втрачають сенс. Якщо ж ці знання залишаються у межах даної науки, то їх відособлення веде до схоластики і шкідливого прагматизму.

З позиції вчення про пізнання сам по собі термін “експертні знання” є некоректним. Знаннями, необхідними для наукового витлумачення того чи іншого факту, за ідеєю володіє кожний спеціаліст у даній галузі, якщо йому доручити проведення експертизи. При цьому не має ніякого значення, вперше даним спеціалістом проведеться експертиза чи для нього це звичне заняття. Природно, у другому випадку він буде краще виглядати у технічному і методичному відношеннях, але знання предмета даної науки від цього аніскільки не зміняться і не будуть чимось специфічним через те, що вони застосовуються при проведенні експертизи. З великою умовністю експертними можна назвати знання саме у частині методики і техніки застосування

даних конкретної науки при проведенні експертиз, хоча тут більше підходять поняття навичок і наукової творчості. Предметно-гносеологічна ж сутність науки залишається непохитною, незалежно від мети і суб'єкта застосування її положень.

Концепція “експертних наук”, яку ми критикуємо, теоретично виявляється неспроможною, а слідування їй на практиці приводить до формального перебільшення ролі експертизи у судовому пізнанні, розмиттю кордонів між слідчою (судовою) і експертною діяльністю і гальванізує давно відкинута ідею “експерт — науковий суддя”.

Досліджуючи проблеми спеціальних знань у судочинстві, не можна залишити поза увагою питання про спеціальні правові знання і можливість їх використання у формі судової експертизи.

Довгі роки в юридичній науці панувала доктрина про неприпустимість в судочинстві експертного дослідження правових питань, що з огляду на професійну підготовку і діяльність осіб, які мають право вирішувати справи по суті, не вимагає використання спеціальних знань, бо в процесуальному сенсі такі знання для цих осіб до спеціальних не належать [10, 8; 15, 224; 17, 115; 19, 46; 21, 18; 23, 72]. Ідея такої заборони є повністю зрозумілою і, на перший погляд, достатньо обґрунтованою — не допустити втручання в **юридичну** діяльність органів досудового розслідування і суду, чим забезпечити їх процесуальну незалежність, збирання й вільну оцінку доказів на основі своїх обов'язкових професійних **юридичних** знань і формування неупередженого переконання як мотиву та підстави прийняття правового рішення. Проте на якомусь етапі ця конструкція почала пробуксовувати. Коли остаточно завершилася дискусія відносно природи криміналістики і вона незаперечно була визнана юридичною наукою, а потім з'явилося обґрунтоване твердження, що вона є міжгалузевою юридичною наукою, яка забезпечує певним чином правове регулювання будь-яких явищ, котрі виникають в суспільстві і потребують такого регулювання [7, 13], — на порядок денний постало питання про правомірність

криміналістичної експертизи, яка на досудовому слідстві посідає провідне місце серед інших судових експертиз. Виникла тупикова колізія: з одного боку, юридичні знання не належать до спеціальних, з іншого — знання в галузі юридичної науки криміналістики є спеціальними, бо інакше не було б підстав призначати криміналістичні експертизи [6, 20; 19, 47; 21, 15].

Щоб зберегти непорушно не у всьому переконливу концепцію, її прихильники вдалися до наукознавчого аналізу і, правильно звернувши увагу на те, що наука містить знання різних рівнів, на цій підставі віднесли нижчий рівень знань криміналістики до компетенції слідчого (будемо вважати, що й інших суб'єктів доказування), а вищий рівень її знань природничо-технічного характеру — до компетенції експерта-криміналіста, надавши цьому, вищому рівню знань статус спеціальних. Інакше кажучи, один з підрозділів єдиної юридичної науки криміналістики вони віднесли до спеціальних знань, а решту — до професійних знань слідчого без ознаки спеціальних [19, 47; 21, 16].

Перший крок до визнання правомірності експертизи з правових питань об'єктивно було зроблено, хоча аргументацію щодо цього ніяк не можна визнати переконливою. Справа в тому, що наука визначається як сфера людської діяльності, функцією якої є вироблення і теоретична систематизація об'єктивних знань про дійсність і яка включає як діяльність щодо одержання нового знання, так і її результат — суму знань, що лежить в основі наукової картини світу (його фрагмента). Безпосередньою метою науки є описання, пояснення і передбачення процесів та явищ дійсності, які складають предмет її вивчення, на основі відкритих нею закономірностей [29, 876]. Таким чином, наука являє собою цілісну систему діяльності і знань, які дозволяють пізнати якийсь фрагмент дійсності. Будь-яка наука може бути витлумачена як окрема “логіка” і методологія, оскільки закони, принципи, теоретичні положення кожної з них в їх цілісності мають певне методологічне значення в процесі пізнання [7, 11].

Якщо виділити з науки якусь її складову і надати їй самостійного значення у пізнанні об'єктивного світу, то це вже буде нова, відокремлена наука, природно, зі своїм предметом і окремонауковими методами. Тому, вирішуючи питання про можливість залучення спеціальних знань конкретної науки до вирішення завдань судочинства у формі експертизи, слід говорити про рівні спеціальних знань, рівні проникнення даною наукою в глибини сутності речей. При цьому треба точно уявити, що наука має всі рівні своїх даних, взятих разом, вона не може бути “більш науковою” або “менш науковою”, в той час як її представники, безумовно, мають різні рівні оволодіння її багатствами, а коли мова заходить про споживачів її даних, то рівень їхніх знань повинен бути таким, щоб забезпечити нормальне виконання ними своїх професійних (посадових) функцій, що й відбувається, в основному, на практиці. Коли ж цих **необхідних** знань виявляється недостатньо, то практика вимагає втручання осіб з більш високим рівнем спеціальних знань — експертів, які здатні внести в пізнавальний процес елемент наукової творчості (метод експертних оцінок) і видати результат вирішення поставлених перед ними завдань у вигляді власного науково обґрунтованого умовиводу.

Виходячи саме з таких позицій, окремі автори цілком резонно зазначають, що серед юристів існує спеціалізація, причому, часом, — досить істотна, а тому було б неправильним з боку слідчого ігнорувати поглиблені знання юристів, що спеціалізуються в якійсь вузькій сфері правової діяльності [19, 47]. Судді, прокурори, слідчі, адвокати достатньо обізнані з необхідними у повсякденній роботі на певному рівні галузями права, — зауважує В.О. Попелюшко, — “але ні у кого не виникає думка зупинити процес для оволодіння ними відповідними специфічними правовими знаннями, щоб вирішити справу по суті” [23, 73]. Тут, безумовно, потрібна допомога відповідних фахівців-юристів.

У випадках конкуренції норм права, наприклад щодо кваліфікації злочину,

може виникнути потреба у застосуванні спеціальних знань найвищого теоретичного рівня, особливо якщо врахувати величезну кількість розбіжностей у кваліфікації та просто неправильної кваліфікації у всіх судових інстанціях. При цьому слід зазначити, що дуже грамотні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України щодо кваліфікації приймаються з залученням могутнього наукового потенціалу Науково-методичної ради, до складу якої входять видатні науковці-юристи. Такі роз'яснення мають всі ознаки експертизи, висновки якої апріорі застосовуються на практиці.

Цілком природно, що тут виникає логічне запитання, чому юрист-практик у випадках колізії правових норм і пробілів у законодавстві не може використати в доказуванні допомогу експерта-правознавця, який на підставі своїх **спеціальних** знань висловить науково-теоретичне оціночне судження щодо правової кваліфікації конкретних обставин і діянь? Відповідь повинна бути позитивною, по-перше, тому, що вирішується питання кваліфікації в теоретичному, **абстрактному** сенсі, не зачіпаючи конкретних оцінок вини, осудності, відповідальності, і, по-друге, висновок експерта, як і інші докази, не має наперед встановленої сили, і слідчий (суд) приймає його в системі з усіма доказами [17, 116]. При цьому не викликає сумнівів допустимість альтернативної експертизи.

Викладене спонукає нас навести ще один аргумент на користь експертизи з правових питань під кутом зору буквального тлумачення ст. 75 КПК, яка рекомендує призначати експертизу в тих випадках, коли для вирішення певних питань потрібні **наукові**...знання [15, 223]. Але ж слідчий і суддя не є науковцями в галузі права (хоча у виключних випадках вони можуть ними бути, захистивши кандидатські або докторські дисертації), а їхні знання є необхідним мінімумом науково обґрунтованих знань, необхідних їм для нормального здійснення однотипної професійної діяльності. Тому норма ст. 75 КПК не перешкоджає призначенню судової експертизи з метою **наукового** (очевидно — науковцями!) пояснення

правових явищ і фактів та висловлення щодо них наукових оціночних суджень.

Тому ми, поділяючи погляди А.О. Селіванова і високо оцінюючи його аргументацію на користь правової експертизи, наведемо його визначення цієї експертизи, яка уявляється як дослідження матеріальних і процесуальних ознак актів, що підлягають вивченню в суді за їх змістом і формою, і результати якого ґрунтуються на висновках судових експертів з метою надання допомоги суду у досягненні об'єктивності у доказуванні, дотриманні принципів рівності, змагальності, презумпції невинуватості та захисту прав і свобод громадян [27, 24].

Завершуючи аналіз питань застосування спеціальних знань у кримінальному судочинстві, не можна залишити поза увагою питання обов'язкового призначення судових експертиз. Наш законодавець в ст. 76 КПК встановив чіткий перелік випадків обов'язкового призначення експертиз, який не підлягає поширювальному тлумаченню [15, 227]. В ст. 433 КПК, яка встановлює предмет доказування у справах про злочини неповнолітніх, міститься ще одна підстава обов'язкового призначення експертизи [15, 869]. Як видно з переліку цих випадків, обов'язкові експертизи призначаються, коли питання стосуються людини та її життєдіяльності, для чого законодавець передбачає необхідність залучення спеціалістів у галузі медицини або психіатрії. Визнавши, що фактично єдиним об'єктом обов'язкових експертних досліджень є людина, законодавець визначив, що такі дослідження повинні проводитись лише в зазначених ним випадках [16, 113].

Список літератури:

1. *Арсеньев В.Д., Заблоцкий В.Г.* Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. — Красноярск: Изд-во Красн. ун-та, 1986.
2. *Бразоль Б.Л.* Очерки по следственной части. — Петроградъ, 1916.
3. *Владимировъ Л.Е.* Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ. — Ч. III. — СПб, 1910.
4. *Галкин В.М.* Средства доказывания в советском уголовном процессе. — Ч. 2. — М.: ВНИИСЭ, 1968.
5. *Герасун Л.* Огляд речових доказів у криміналістичному кабінеті // Радянське право. — 1963, № 5.

Між тим, за межею цього принципового законодавчого припису залишилась сфера психічних станів і діяльності людини, не обтяженої душевними захворюваннями, коли виникають сумніви у нормальності розвитку, адекватності дій та їх самооцінки, здатності передбачати наслідки своїх вчинків [33, 254].

Основний сенс і проблема нашого занепокоєння полягає в тому, що на лаву підсудних потрапляє людина, відносно якої, як рівної серед рівних, не може бути прийнято рішення, яке хоча б на йоту не враховувало всі особливості її психіки у всіх її проявах, що буде запорукою дійсно справедливого правосуддя.

Тому, на нашу думку, доцільно доповнити ст. 76 КПК необхідністю проведення обов'язкової судово-психологічної експертизи у певних випадках, коли а) виникають обґрунтовані сумніви у можливості людини (а не тільки неповнолітнього) повністю усвідомлювати значення своїх дій, керувати ними та передбачати їх наслідки; б) є підстави вважати, що людина за своїм психічним розвитком не досягла рівня віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, хоча її біологічний вік передбачає таку можливість; в) характер дій людини і її стан після їх вчинення свідчать про наявність у неї фізіологічного афекту.

Вважаємо, що є цілком резонні підстави для поширення дії правил обов'язкового призначення судово-психологічної експертизи на потерпілих і свідків, звичайно, з певними корективами [16, 116].

6. *Гончаренко В.Г.* Науково-технічні засоби у роботі слідчого. — К.: Вид-во Київ. ун-ту, 1972.
7. *Гончаренко В.Г.* Методологічні проблеми вчення про предмет криміналістики // Актуальні проблеми криміналістики. — Харків: Гриф, 2003.
8. *Свтушенко А.Д.* Концепція спеціальних знань у кримінальному процесі: криміналістичний аспект // Актуальні проблеми криміналістики. — Харків: Гриф, 2003.
9. *Зусь Л.Б.* Механізм уголовно-процессуального регулювання. — Владивосток: Изд-во Влад. ун-та, 1976.
10. *Ищенко П.П.* Специалист в следственных действиях (уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты). — М.: Юрид. лит., 1990.
11. *Каз Ц.М.* Субъекты доказывания в советском уголовном процессе. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1968.
12. *Ковальчук З.А.* К вопросу о разграничении компетенции при исследовании вещественных доказательств // Криминалістика и судебная экспертиза. — К., 1964. — Вып. 1.
13. *Колдин В.Я.* Идентификация при производстве криминалистических экспертиз. — М., 1957.
14. *Колмаков В.П.* Вдосконалювати тактику проведення ідентифікаційних слідчих дій // Радянське право. — 1968, № 10.
15. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка та В.Г. Гончаренка. — К.: Юрисконсульт, 2007.
16. *Курдюков В.В.* Деякі питання обов'язкового призначення експертизи в кримінальному процесі України // Вісник Академії адвокатури України. — 2007. — Число 1(8).
17. *Легких К.В.* Метод експертних оцінок при вирішенні правових питань в кримінальному судочинстві // Вісник Академії адвокатури України. — 2006. — Вип. 3(7).
18. *Лисиченко В.К., Циркаль В.В.* Формы использования специальных познаний и виды участия специалистов на предварительном следствии // Применение специальных познаний в борьбе с преступностью. — Свердловск, 1983.
19. *Махов В.Н.* Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. — М.: Изд-во ун-та дружбы народов, 2000.
20. *Надгорный Г.М.* Гносеологические аспекты понятия “специальные знания” // Криминалістика и судебная экспертиза. — К., 1980. — Вып. 21.
21. *Надгорный Г.М.* Соотношение специальных и юридических знаний // Криминалістика и судебная экспертиза. — К., 1984. — Вып. 28.
22. *Надгорный Г.М.* Предмет судебно-экспертной отрасли знаний и предмет судебной экспертизы // Криминалістика и судебная экспертиза. — К., 1976. — Вып. 13.
23. *Попелюшко В.О.* Спеціальні знання в кримінальному процесі та захист // Вісник Академії адвокатури України. — К., 2006. — Вип. 3(7).
24. *Романов Н.С.* Закономерности и механизм формирования предмета судебной экспертизы и предмета отрасли судебно-экспертных знаний // Криминалістика и судебная экспертиза. — К., 1980. — Вып. 21.
25. *Сегай М.Я.* Методология судебной идентификации. — К., 1970.
26. *Сегай М.Я., Стринжжа В.К.* Судебная экспертиза материальных следов-отображений (проблемы методологии). — К.: Ін юре, 1997.
27. *Селиванов А.О.* Проблеми запровадження в судовому процесі правової експертизи як умови досягнення об'єктивного і обґрунтованого судового рішення // Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві. — К.: Академія адвокатури України, 2002.
28. *Селиванов Н.А.* Основания и формы применения научно-технических средств и специальных знаний при расследовании преступлений // Вопросы криминалистики. — М., 1964. — № 12.

29. Советский энциклопедический словарь. — М.: Советская энциклопедия, 1981.
30. Соколовский З.М. Понятие специальных знаний // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 1969. — Вып. 6.
31. Теория доказательств в советском уголовном процессе. — М.: Юрид. лит., 1973.
32. Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. — М.: Госюриздат, 1959.
33. Холопова Е.Н., Иванова А.А. Судебно-психологическая экспертиза в оценке следователей, адвокатов и судей Украины // Актуальні проблеми криміналістики. — Харків: Гриф, 2003.
34. Шаламов М.П. Некоторые проблемы советской криминалистики. — М., 1965.
35. Шиканов В.И. Актуальные вопросы уголовного судопроизводства и криминалистики в условиях современного научно-технического прогресса. — Иркутск: Вост.-Сиб. книж. изд-во, 1973.
36. Штротас А.Ю. Основания и формы деятельности сведущих лиц в советском уголовном процессе // Сборник научных работ. — Вильнюс, 1963. — Вып. 1.
37. Эйсман А.А. Заключение эксперта (структура и научное обоснование). — М.: Юрид. лит., 1967.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы понятия специальных знаний вообще и специальных знаний в процессуальном смысле, применения специальных знаний в формах непосредственного их использования следователем и иными субъектами доказывания, специалистом как процессуальным помощником следователя (судьи) и судебным экспертом, разграничения компетенции следователя и эксперта-криминалиста, обосновывается необходимость и возможность проведения судебных экспертиз для решения правовых вопросов, предлагается расширить круг обязательных экспертиз путем введения в него судебно-психологической экспертизы для решения конкретно указанных в статье вопросов.

SUMMARY

The article tackles the issues of the notion of special knowledge in general and special knowledge in procedural sense, the application of special knowledge in the forms of their direct usage by the investigator and other subjects of proof, specialist as a procedural assistant of the investigator (judge) and a legal expert, the sharing of competence of the investigator and an expert-criminalist. There is an explained necessity and a possibility of carrying out of forensic expertise for the solution of legal issues, there is also an offer to broaden the circle of obligatory expertise by means of introduction forensic expertise for the solution of the issues defined in the article.

*Рекомендовано кафедрой кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 25.06.07



С.Є. Галюк,
аспірантка
(Львівський державний університет внутрішніх
справ)
(Науковий керівник: професор Л.А. Луць)

Роль мусульманського права в інтеграції ісламського суспільства: історичні та цивілізаційні аспекти

Ключові слова: мусульманське право, іслам, арабське суспільство, мусульманська правова система.

Розвиток людства у сучасних умовах супроводжується глобальними викликами та проблемами, серед яких є і прогнозоване західною доктриною “зіткнення цивілізацій”. Цивілізаційний універсалізм, що використовується Заходом у відносинах із незахідним світом, сприяє занепаду в країнах останнього механізмів соціального регулювання відносин, які створювалися століттями, були і є ефективними для забезпечення цілісності суспільства.

Водночас налагодження цих механізмів могло б сприяти запобіганню конфліктів між державами західного та незахідного світів. Крім цього, важливим є виявлення перспектив діалогу між відповідними державами та становлення стійкого механізму міжцивілізаційної взаємодії. Суттєву роль у такому механізмі мало б відіграти мусульманське право.

У юридичній літературі мусульманське право не обділене увагою як зарубіжних, так і вітчизняних вчених. Зокрема, проблеми мусульманського права досліджувалися у працях Абдуль-Бахи, Аль-Бухарі, Аль-Маудуді, Х. Бехруза, В. Бориса, Ван ден Берга, К. Зайдана, Г. Керімова, А. Кримського, І. Кутби, В. Лубського, С. Махмасані, Ю. Мусси, А. Саїдова, М. Сапронової, Л. Сюкіяїнена, Ю. Тихомірова.

Проте інтеграційні можливості цього складного, поліфункційного явища є малодослідженими.

Мусульманське право як система нормативної регламентації, що базується на ісламській релігії, завжди відіграло важливу роль в інтеграції мусульманського суспільства. Воно виникло в період розпаду родоплемінного устрою та становлення ранньфеодальної держави на заході Аравійського півострова у VII ст. н.е.

Для арабського суспільства у цей час характерним було соціальне розшарування та язичництво. Політеїзм арабського суспільства породжував соціальні конфлікти та моральний занепад, що викликало потребу у створенні релігії ісламу (спеціального соціального інституту, який став об'єднуючим фактором для арабських племен).

Іслам (араб “islam” — покірність, присвята себе Богові) — наймолодша із трьох світових релігій та друга (після християнства) за чисельністю. Виникнення ісламу тісно пов'язане із діяльністю пророка Мухамада ібн Абдулаха (570-632 рр.), який є одним із символів віри ісламу.

В період із 622 р. по 632 р. Мухамад створив нове релігійне вчення — іслам (божественне одкровення), яке завдяки системі

монотеїзму сприяло консолідації арабських племен та утворенню заснованої на ісламі держави — Арабського Халіфату. При цьому Мухамад займав абсолютно панівне становище у халіфаті як засновник і тлумач нової релігії, як законодавець і верховний суддя [7, 325]. А вже його наступник розпочав завойовницькі війни, що сприяло улагодженню внутрішніх суперечок, які виникли після смерті Мухамада, та територіальному розширенню Арабського Халіфату. Саме в цей період Зейдом ібн Сабітом за дорученням Халіфа Абу Бакра укладається перший текст Корану — основного джерела ісламу (632-634 рр.) [9, 76]. Щоправда, у період із 644 по 656 рр. попередні версії Корану були знищені, а Зейду ібн Сабіту було доручено складання нової редакції Корану, яка визнана серед мусульман достовірною та остаточною [3, 117-118], хоча його приписи викликають суперечки в ісламі і до сьогодні. Зокрема, і дотепер предметом основних суперечок між суннітами та шіїтами є легітимність верховної влади [6, 64].

Таким чином, основою Арабського Халіфату, а потім і Османської імперії став іслам, який значною мірою обумовив тринадцятирічний період існування цієї держави.

Іслам — це специфічна тотальна система регламентації суспільних відносин, в якій релігія є детермінуючим та уніфікаційним фактором. Він розуміється як всеоб'ємна релігія, яка має прояв у всіх сферах арабського суспільства, поєднуючи теологічне та світське. Поряд з цим це і світогляд, і культ, і етика, і право, і звичаї та традиції, тобто система, що претендує на задоволення всіх соціальних потреб.

Така конструкція ісламу забезпечила стійкий, довготривалий характер релігійного фактору та гарантованість від деформацій, дозволила створити структуру колективної свідомості, яка обумовлює стійку у часі соціальну поведінку.

На думку деяких дослідників, ефективність та стійкість такої конструкції гарантується не лише детальними релігійними заборонами, а й фіксованою визначеністю основних соціальних дій, маловаріантністю

поведінки під впливом зовнішніх факторів, комбінованістю релігійних, моральних, політичних, правових та інших елементів у межах нормативної системи [1, 82-105].

Іслам характеризується універсальністю, тобто можливістю прийняття його настанов всім людством та здатністю поширення на будь-якій території. І це зумовлене тим, що в період його швидкої експансії щодо більш розвинутих цивілізацій відбувалася асиміляція відповідних елементів неарабської культури (наприклад, іудейства, християнства, грецької філософії тощо), щоправда через їх ісламізацію. Отже, арабське суспільство в багатьох сферах було відкритим для впливу іноземних соціальних (зокрема, правових) моделей, що забезпечувало його адаптованість в конкретні історичні періоди розвитку.

Іслам сприяв і становленню особливої мусульманської цивілізації, в ході розвитку якої низка неісламських елементів була асимільована та модифікована в процесі взаємодії різних культур. Історія розвитку ісламського суспільства — це прояв двох суперечностей: соціальної інтеграції (через релігійну та правову уніфікацію) і диференціації (як способу адаптації до соціально-територіальних особливостей).

Водночас необхідно зазначити, що, створюючи нове моноцентричне, Мухамад не мав на меті створити ще й право, але поряд із релігійними настановами він включив і низку соціально-правових правил поведінки (80 віршів із 500), які співпадали із релігійними постулатами і були необхідними для забезпечення цілісності мусульманського суспільства.

Такий зв'язок релігійних та правових норм і принципів став основою мусульманського права — системи правових та неправових регуляторів, що забезпечують відповідність поведінки суб'єктів ісламським постулатам і цінностям.

Мусульманське право має низку характерних ознак: має релігійний характер; об'єктивується через релігійні джерела, юридичну практику, звичаї; містить вчення про обов'язки (по відношенню до Бога та по відношенню до інших людей); має

казуальний характер (є комплексом конкретизованих приписів); забезпечується мусульманською спільнотою; тлумачення норм здійснюється основними правовими школами.

До основних джерел мусульманського права відносять такі релігійні джерела як Коран та Сунну. У літературі зазначається, що більшість норм мусульманського права виникла в результаті доктринальних роз'яснень загальних настанов Корану та Сунни [8, 12]. Разом з тим необхідно зазначити, що приписи щодо релігійного культу є точними та не допускають роз'яснень; інші ж приписи мають абстрактний характер і потребують тлумачення та конкретизації. Обґрунтовуючи рішення на основі Корану та Сунни, ісламські юристи створили мусульманське право. Їх завдання полягало у тому, щоб систематизувати методи легітимації нових рішень, які б не суперечили принципам, зафіксованим у Корані та Сунні [5, 164]. Проте норми мусульманського права та релігійні норми часто співпадають за змістом, оскільки держава, санкціонуючи останні, надає їм загальнообов'язковості. Саме така норма і стає частиною мусульманського права. Таким чином, регулювання низки відносин здійснюється і релігійною, і правовою нормою.

У літературі крім цього виокремлюються і сформовані мусульманською правовою доктриною такі джерела як Іджма (загальна думка авторитетних правників зі спірного питання) та Кіяс (судження за аналогією) [10, 67]. Вони фіксують нові правила поведінки на основі тлумачення припису Корану та Сунни, а часто і просто спираючись на раціональні аргументи [4, 55], бо проблеми мусульманського суспільства потребували їх розв'язання у нових конкретноісторичних умовах, але не могли бути вирішені на підставі Корану та Сунни.

Крім названих джерел, норми мусульманського права можуть міститися і в додаткових та малих джерелах права [2].

Отже, мусульманське право в цілому має релігійну основу та орієнтується на ре-

лігійну свідомість як при його формуванні, так і в процесі застосування та реалізації. Всі складові мусульманського права тісно взаємодіють з відповідними елементами ісламу, а у свідомості мусульман норми мусульманського права оцінюються як єдині релігійно-правові настанови, в яких юридичні та релігійні аспекти майже не розрізняються.

Ісламські правознавці вважають, що спираючись на загальні принципи ісламу та використовуючи ті чи інші джерела, а також їхні комбінації, завжди можна добрати норму, що в стані врегулювати конкретний випадок. В цьому і проявляється гнучкість системи мусульманського права, яка дозволяє використовувати його норми і в наш час.

При цьому необхідно зазначити, що мусульманське право у традиційному вигляді до початку ХХ ст. діяло лише у країнах Аравійського півострова та Перської затоки. Інші мусульманські правові системи в період експансії рецептували ознаки континентального та загального типу.

До середини ХХ ст. більшість мусульманських правових систем були зорієнтовані на буржуазні правові моделі. Сфера застосування норм мусульманського права звужилася в основному до правового статусу особи, сімейного та спадкового права. У ХІХ ст. та ХХ ст. мусульманське право було модифіковане шляхом: 1) “вестернізації” запозичення правових ідей, принципів та норм континентального та загального права; 2) кодифікації розділів, які не зачепила “вестернізація”; 3) зняття дуалізму у судовій системі (обмеження діяльності суддів, що застосовували мусульманське право) [7, 342].

Сучасні мусульманські правові системи умовно можна поділити на декілька груп: 1) ті, де іслам визнається державною релігією і безпосередньо застосовуються норми мусульманського права; 2) ті, де іслам визнається державною релігією, але норми мусульманського права застосовуються за допомогою звичаю; 3) ті, де іслам не визнається державною релігією, а мусульманське право застосовується лише у сфері релігій-

ного культу та статусу особи; 4) ті, де іслам не визнається державною релігією, а його приписи дотримуються мусульманським населенням. Таким чином, мусульманське право вже не діє як самостійна система.

Разом з тим, у сучасних умовах спостерігається відродження ісламу, посилення ісламського фактора у світовій економіці, політиці, культурі. Це зумовлюється, насамперед, економічними факторами. Але поряд з цим необхідно зважати і на те, що іслам є молодію релігією, яка не вичерпала свого потенціалу. Крім цього, він є не лише релігією, а способом життя, що визначає світогляд та щоденну поведінку людей.

Вагомим фактором, який впливає на ісламізацію суспільства, є закріплення норм та принципів ісламу у конституціях мусульманських держав, визнання більшістю з них ісламу державною релігією.

Значну роль у “мусульманському відродженні” відіграють і міжнародні ісламські організації: Всесвітня ісламська ліга, Організація ісламської конференції, Афро-Азійська ісламська організація та засоби масової інформації, що пропагують ісламські цінності.

Водночас відбувається трансформація норм мусульманського права, модифікація

їх до нових потреб суспільства у межах основних принципів ісламу (завдяки доволі широкому діапазону гнучкості мусульманського права). І хоча на даний час мусульманське право значно поступилося позитивному праву, багато сучасних мусульманських держав орієнтуються у правотворчій діяльності на конкретні норми мусульманського права.

Особливостями мусульманського права як соціально-нормативного комплексу, що складається з різних за характером, але заснованих на релігійних принципах правил поведінки, пояснюється те, що мусульманське право впродовж багатьох століть могло модифікуватись і виконувати регулятивні функції у різні історичні періоди. Крім цього, воно є відкритою системою, що запозичувала елементи інших типів правових систем і вдало пристосовувала до управління справами свого суспільства.

Це дає підставу для висновку, що мусульманське право завжди було і залишається фактором інтеграції ісламського суспільства. Водночас, воно гнучке і має необхідні властивості для забезпечення діалогу між державами західної та мусульманської цивілізацій.

Список літератури:

1. *Батунский М.А.* К проблеме взаимоотношений религиозной и политической элит на мусульманском Востоке // Общество, элита и бюрократия в развивающихся странах Востока. — М., 1974. — Книга 1.
2. *Бехруз Х.* Еволюція ісламського права: теоретико-компаративіське дослідження: Автореф....дис. д-ра юр. н. — Одеса, 2006.
3. *Васильев Л.С.* История религий Востока. — М.: Политиздат, 1988.
4. *Лубський В.І., Борис В.Д.* Мусульманське право. — К.: ВІЛБОР, 1997.
5. *Луць Л.А.* Сучасні правові системи світу. — Львів: ЛНУ ім. І. Франка, 2003.
6. *Климович Л.И.* Книга о Коране, его происхождении и мифологии. — М.: Политиздат, 1988.
7. *Копейчиков В.В.* Теорія держави і права. — К.: Юрінком Інтер, 2002.
8. *Фадель Абдель Вахід Абдель Рахман.* Зразкове викладення основ мусульманського права (араб. мова) — Багдад, 1969.
9. *J. Ad-Din As-Suyuti.* The History of the Khalifas, who took the Right Way. — London: Great Britain, 1995.
10. *Schacht J.* An Introduction to Islamic Law. — Oxford, 1964.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена роли мусульманского права в интеграции исламского общества. Установленная в ходе исследования конструкция ислама обеспечила стойкий характер религиозного фактора и гарантированность от социальных деформаций за счет сформированной структуры коллективного сознания. Такая связь религиозных норм и принципов стала основой мусульманского права — системы правовых и не правовых регуляторов, которые обеспечивают соответствие поведения субъектов исламским постулатам и ценностям. В тоже время оно имеет необходимые качества для обеспечения диалога между государствами западной и мусульманской цивилизаций.

SUMMARY

The Article is dedicated to the Role of the Muslim Law in the Integration of the Islam Society.

Such Islam construction has provided a stable, long term character of the religious factor and a guarantee from the deformations; it has allowed it to create the structure of collective consciousness, which makes social behaviour stable in time.

Such a relation Relation of religious and law norms and principles has become the basis of Islam Law — the system of law and non-law regulators, which provide the adequateness of behaviour among the subjects to Islamic norms and values.

It makes all the grounds to make the resume, that the Muslim law has always been and remains the factor of the integration of the Muslim society. At the same time it is flexible and has all the necessary features for the dialogue provision among the states of western and Muslim civilization.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 19.09.07



*Н.П. Шама,
аспірантка
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)
(Науковий керівник професор В.М. Коссак)*

Зміст спадкового договору

Ключові слова: *спадковий договір, істотні умови, предмет спадкового договору, відчужувач, набувач.*

Договірні умови фіксують у своєму змісті досягнення сторонами згоди, їх взаємне узгоджене рішення щодо всіх важливих з їхньої точки зору питань стосовно конкретного договору (предмета, ціни, строків, характеру та обсягу тих дій, які повинні бути вчинені сторонами, тощо), які отримують своє відображення у змісті договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 628 ЦК України зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

З цього законодавчого положення слідує, що сторони є вільними у визначенні тих умов, на яких вони бажають укласти договір, але при цьому вони повинні включити до змісту договору й ті умови, які згідно з законодавством є обов'язковими для того чи іншого договору.

Якщо говорити про зміст спадкового договору, то треба зауважити, що у главі 90 ЦК, присвяченій правовому регулюванню спадкового договору, відсутні норми щодо того, які умови повинні бути включені до змісту спадкового договору, зокрема й ті, які треба вважати істотними. Лише у ст. 1305 ЦК йдеться про характер та момент вчинення набувачем тих дій, до вчинення яких він може бути зобов'язаний за спадковим договором.

Тому, оскільки відсутня спеціальна норма, треба виходити з загальної норми ч. 1 ст. 638 ЦК, що істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Предметом спадкового договору, з одного боку, є майно, на яке після смерті відчужувача набуде право власності набувач, а з іншого — ті дії, до вчинення яких за договором зобов'язується набувач.

Закон не конкретизує, яке саме майно може бути предметом спадкового договору. Тому треба виходити із загального поняття майна, даного у ст. 190 ЦК, згідно з якою під майном належить розуміти окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Однак видається, що предметом спадкового договору може бути лише рухоме або нерухоме майно і не можуть бути майнові права. Такий висновок слідує з самих норм ст. 1302 та ч. 1 ст. 1307 ЦК, відповідно до яких майно, визначене спадковим договором, переходить у власність набувача лише після смерті відчужувача, і на таке майно накладається заборона відчуження.

Вирішальне значення при визначенні того, що майнові права не можуть бути

предметом спадкового договору, мають два фактори:

1) майнові права можуть бути нечинними на момент смерті відчужувача;

2) на майнові права не можна накласти заборону відчуження, як цього вимагає норма ч. 1 ст. 1307 ЦК.

Якби у спадковому договорі відповідно до його назви мова йшла про право спадкування, то майнові права однозначно могли б перейти у власність певної особи в порядку спадкування, оскільки спадкоємець стає універсальним правонаступником у всій сукупності права та обов'язків, які належали спадкодавцю на момент смерті. Таким чином, за спадковим договором може бути передане у власність рухоме або нерухоме майно. Це, зокрема, можуть бути квартира, будинок, частина будинку чи квартири, земельна ділянка, автомобіль, цінні папери тощо.

Закон не обмежує в кількості того майна, щодо якого відчужувач може укласти спадковий договір. Тому набувач після смерті відчужувача може набути право власності одразу на кілька об'єктів, якщо про це була домовленість сторін.

Предметом спадкового договору може бути лише те майно, яке належить відчужувачеві на праві власності на момент укладення договору, і не може бути майно, право власності на яке у відчужувача може виникнути в майбутньому, оскільки на майно, визначене у спадковому договорі, нотаріус накладає заборону відчуження, а накласти заборону відчуження на майно, яке ще відчужувачеві не належить, просто неможливо. Таким чином, спадковий договір може бути укладений щодо кількох об'єктів рухомого або нерухомого майна, яке на момент укладення договору повинно належати відчужувачеві на праві власності.

Аби уникнути будь-яких непорозумінь щодо того, яке майно може бути предметом спадкового договору, ми пропонуємо доповнити гл. 90 ЦК статтею 1302¹ такого змісту:

Стаття 1302¹. Предмет спадкового договору

1. Предметом спадкового договору може бути річ, яка визначена індивідуальними ознаками і належить відчужувачеві на праві власності.

2. Предметом спадкового договору не можуть бути майнові права.

Спадковий договір є двостороннім договором, а тому обов'язки за договором покладаються як на відчужувача, так і на набувача.

На відчужувача не покладається обов'язок передати у власність набувача майно, визначене спадковим договором, бо право власності на таке майно переходить до набувача лише після смерті відчужувача. Але, зрозуміло, що після своєї смерті відчужувач передати майно не може, бо вже не є учасником цивільних правовідносин.

В цьому контексті зазначимо про недолік цивільного законодавства, яке залишило не регламентованим питання моменту набуття права власності за спадковим договором, адже у гл. 90 ЦК відсутня спеціальна норма з цього приводу, так само як і відсутня вона у ст. 334 ЦК, яка визначає момент набуття права власності за договором.

Відповідно до ч. 1 ст. 334 ЦК право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Якщо договір підлягає нотаріальному посвідченню, то право власності за таким договором, хоч би й майно уже було передане, виникає лише з моменту такого посвідчення (ч. 3 ст. 334 ЦК). А якщо договір про відчуження майна ще й підлягає державній реєстрації, то право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації (ч. 4 ст. 334 ЦК).

Згідно зі ст. 1304 ЦК спадковий договір, хоча й підлягає нотаріальному посвідченню, однак не передбачає передання майна набувачеві за життя відчужувача. Тому керуватися в цьому відношенні нормою ч. 3 ст. 334 ЦК, яка є загальною, видається неможливим.

Право власності на майно відчужувача за спадковим договором не може

виникнути у набувача раніше моменту смерті відчужувача, що слідує з положень ст. 1302 ЦК. Нотаріальне ж посвідчення спадкового договору в даному випадку є вимогою, з дотриманням якої пов'язується дійсність спадкового договору, а не момент виникнення у набувача права власності на майно відчужувача.

Тому ми пропонуємо доповнити гл. 90 ЦК статтею 1302² такого змісту:

Стаття 1302². Момент набуття права власності за спадковим договором

1. Право власності на майно, визначене спадковим договором, виникає у набувача після смерті відчужувача, якщо договором не встановлений більш пізній момент.

2. Якщо предметом спадкового договору є майно, яке підлягає державній реєстрації, право власності у набувача виникає з моменту такої реєстрації.

На відчужувача покладається обов'язок не відчужувати майно, з приводу якого укладено договір [1, 72; 2, 631]. Хоча прямо в жодній з норм гл. 90 ЦК, присвяченій правовому регулюванню спадкового договору, не зазначається про цей обов'язок відчужувача, такий висновок слідує з норми ч. 1 ст. 1307 ЦК. Заборона відчуження майна, визначеного спадковим договором, фактично виконує в даному випадку функцію засобу забезпечення виконання зобов'язання, призначення якого полягає в тому, аби забезпечити належне виконання боржником свого обов'язку. Власне з тим, щоб забезпечити після смерті відчужувача набуття набувачем саме того майна, яке було визначене спадковим договором, на відчужувача й покладається обов'язок не відчужувати зазначене майно.

Однак вказане не означає, що на відчужувача покладається лише цей обов'язок. Виходячи з принципу свободи договору, закріпленого ст. 627 ЦК, сторони є вільними у визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. А це означає, що сторони договору на підставі взаємної домовленості можуть передбачити, що на відчужувача покладаються й інші

обов'язки, включивши відповідні умови до змісту договору.

Як уже згадувалося, право власності на майно, щодо якого укладений спадковий договір, належить відчужувачеві аж до моменту його смерті. З цього слідує, що до вказаного моменту відчужувач з деякими обмеженнями (внаслідок накладення на майно заборони відчуження) здійснює правомочності власника, тобто володіє, користується майном, а також розпоряджається ним в інших ніж відчуження формах. Відчужувач, зокрема, не може стосовно майна, що є предметом спадкового договору, укласти договір купівлі-продажу, дарування, довічного утримання або ж розпорядитися цим майном на випадок смерті.

Але відчужувач може використовувати майно, що є предметом спадкового договору, для власних потреб, отримувати з нього плоди та доходи, а також дозволити використовувати вказане майно іншим особам. Так, відчужувач може передати майно, що є предметом спадкового договору, на підставі договору найму в тимчасове користування іншим особам. Зрозуміло, що у зв'язку з цим якість речі, переданої в користування, може погіршитися. Тому набувач може бути зацікавлений у тому, аби річчю, яку він набуде у власність після смерті відчужувача, взагалі не користувалися, або ж не користувалися окремі визначені особи.

Крім того, треба допускати, що майно, визначене спадковим договором, може бути випадково знищене чи пошкоджене або знищене чи пошкоджене внаслідок недбалого ставлення відчужувача, а отже набувач після смерті відчужувача не зможе набути у власність вказане майно. Щоб забезпечити себе від такого ризику, набувач може наполягати на включенні до спадкового договору умови про те, що у разі випадкового знищення або пошкодження майна, визначеного спадковим договором, відчужувач зобов'язується замінити це майно на інше майно, визначене за погодженням сторін. При цьому, якщо така умова включається до змісту спадкового договору, то в ньому повинно бути

чітко визначено те майно, яке слугуватиме заміною майна, первісно визначеного у спадковому договорі, аби в подальшому уникнути непорозумінь. Адже набувач бере на себе конкретні обов'язки лише з огляду на вартість чи цінність для нього майна, яке він набуде після смерті відчужувача.

Таким чином, свої майнові інтереси набувач може забезпечити шляхом передбачення відповідних умов у договорі, звісно, якщо на це буде згода відчужувача. Якщо відчужувач погодиться на включення вказаних умов до змісту договору, то їх виконання стане для відчужувача обов'язковим, а недотримання розглядатиметься як порушення умов договору.

Із вказаного слідує, що за погодженням сторін на відчужувача може бути покладено обов'язок взагалі не передавати майно, що є предметом спадкового договору, в користування іншим особам; не передавати майно, що є предметом спадкового договору, певним визначеним у договорі особам чи категорії осіб; належним чином утримувати майно, що є предметом спадкового договору, з метою недопущення його знищення чи пошкодження; не вчиняти дій, які б могли призвести до знищення чи пошкодження майна, що є предметом спадкового договору, та інші обов'язки, щодо яких повинна бути досягнута згода сторін.

Якщо говорити про обов'язки набувача за спадковим договором, то згідно зі ст. 1302 ЦК ці обов'язки виражаються у виконанні розпоряджень відчужувача, а ст. 1305 ЦК конкретизує, що ці обов'язки можуть полягати у вчиненні набувачем певної дії майнового або немайнового характеру як до, так і після відкриття спадщини.

На наш погляд, з положень ст. 1305 ЦК слідує кілька суперечностей. По-перше, норма ст. 1305 ЦК передбачає, що набувач за договором може бути зобов'язаний вчинити певну дію після відкриття спадщини, тобто після смерті відчужувача. Але такі розпорядження відчужувача, якщо говорити термінологією ст. 1302 ЦК, вчинити певну дію після смерті відчужувача носять

характер заповідальних (тестаментарних), тобто розпоряджень на випадок смерті. На підтвердження того, що розпорядження відчужувача вчинити певну дію як майнового, так і немайнового характеру після його смерті носять характер заповідальних розпоряджень, свідчить і ч. 3 ст. 1307 ЦК, в якій зазначається, що відчужувач має право призначити особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті. Якщо перевести цю норму в площину спадкового права, то в даному випадку йдеться про особу, яка здійснює функції виконавця заповіту, тобто виконавця розпоряджень на випадок смерті.

Однак обов'язок виконання вказаних розпоряджень після смерті відчужувача не може бути покладено на набувача, бо спадковим договором не встановлюється право спадкування, а отже набувач після смерті відчужувача не набуде статусу його спадкоємця, на якого й може бути покладено обов'язок щодо виконання розпоряджень на випадок смерті як майнового, так і немайнового характеру. Щодо майна, яке не є предметом спадкового договору, відчужувач може вільно розпорядитися на випадок смерті, склавши заповіт і призначивши у ньому спадкоємців. Саме цих спадкоємців вказані розпорядження відчужувача на випадок смерті і можуть стосуватися, а не набувача, який набуває майно не в порядку спадкування.

Спадковий договір, передбачений ЦК України, не є договором на випадок смерті, а є договором *inter vivos*, тому його зміст не можуть становити розпорядження на випадок смерті, а обов'язки набувача за договором повинні виконуватися ще за життя відчужувача. Крім того, передбачення законодавцем можливості покладення на набувача обов'язку вчинити певну дію після смерті відчужувача пов'язана з певними проблемами практичного характеру щодо забезпечення виконання набувачем таких обов'язків. У ч. 3 ст. 1307 ЦК вказується, що відчужувач має право призначити особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті.

У разі відсутності такої особи контроль за виконанням спадкового договору здійснює нотаріус за місцем відкриття спадщини, у зв'язку з чим виникає декілька питань.

Якщо відчужувач призначає особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті, то постає вже питання про те, яким чином забезпечити здійснення такою особою контролю за виконанням набувачем своїх обов'язків, адже вона не бере на себе обов'язку здійснювати такий контроль і не отримує за це відповідної винагороди.

Якщо відчужувач не призначає особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті, то незрозуміло, чому ці функції повинен виконувати нотаріус за місцем відкриття спадщини (абз. 2 ч. 3 ст. 1307 ЦК), адже нотаріус за законом не може бути виконавцем заповіту. Про це повинен потурбуватися сам відчужувач. Крім того, майно, визначене спадковим договором, не має жодного відношення до спадщини, оскільки не входить до її складу.

Таким чином, проаналізувавши наведене, можна зробити висновок, що передбаченням можливості покласти на набувача обов'язок вчинити певні дії після смерті відчужувача законодавцем була зроблена невдала спроба виправдати саму назву договору — “спадковий договір”, оскільки включення до змісту спадкового договору, передбаченого гл. 90 ЦК, вказаних розпоряджень є несумісним із його законодавчим поняттям (ст. 1302 ЦК) як договору *inter vivos*, а не *mortis causa* та й пов'язане з неможливістю практичної реалізації положень ч. 3 ст. 1307 ЦК.

По-друге, у нормі ст. 1305 ЦК законодавець вживає термін “відкриття спадщини” і з цим моментом пов'язує вчинення набувачем тих чи інших дій за договором. На наш погляд, використання в даному випадку терміну “відкриття спадщини” є некоректним. Адже термін “відкриття спадщини” є характерним для спадкового права і вживається у зв'язку з набуттям майна у власність в порядку спадкування. Набувач же за спадковим договором не набуває

майна, визначеного договором, в порядку спадкування, на чому неодноразово наголошувалося. Таке майно не включається до складу спадщини, а тому й немає підстав пов'язувати момент виконання набувачем своїх обов'язків за договором з моментом відкриття спадщини.

По-третє, у нормі ст. 1305 ЦК йдеться про те, що набувач може бути зобов'язаний вчинити певну дію немайнового характеру. Але тут треба виходити з того, що предметом договору взагалі не можуть бути немайнові відносини. Тому за спадковим договором набувач може бути зобов'язаний вчинити певну дію лише матеріального характеру, бо про жодні обов'язки немайнового характеру в рамках договірної зобов'язання йтися не може.

У спадковому договорі набувач може бути зобов'язаний вчинити певну дію на користь третьої особи, визначеної відчужувачем. Такий висновок слідує з норми ст. 1305 ЦК, в якій йдеться про дії, які набувач може бути зобов'язаний вчинити, але немає застереження, що такі дії повинні бути вчинені лише на користь відчужувача. Тому сторони в договорі можуть передбачити, що набувач зобов'язаний вчинити певні дії на користь третьої особи, визначеної відчужувачем. Це, зокрема, можуть бути діти, батьки відчужувача, його близькі родичі і т.п. При цьому в умовах договору сторони можуть передбачити, що набувач за договором зобов'язаний одночасно вчинити певні дії на користь відчужувача, а інші — на користь третьої особи, бо для набувача загалом немає значення, на чію користь вчинити певні дії. В цьому аспекті набувача цікавить лише те майно, яке він отримає після смерті відчужувача, а також характер, обсяг та вартість тих дій, які він буде зобов'язаний вчинити на виконання своїх обов'язків за договором, а те, на чію користь він буде зобов'язаний вчинити такі дії, принципового значення для набувача не має.

Закон не конкретизує і навіть не дає приблизного переліку тих дій, до вчинення яких може бути зобов'язаний набувач. Відсутність в законі такого переліку дає всі

підстави говорити про те, що набувач може бути зобов'язаний вчинити будь-яку дію майнового характеру, про яку домовилися сторони. Це, зокрема, можуть бути дії з надання утримання і догляду, виконання певної роботи, надання певної послуги, періодичної сплати визначеної грошової суми, одноразової сплати певної грошової суми, еквівалентної вартості майна, визначеного спадковим договором, передання відчужувачеві у власність певного майна і т.п. Так, набувач може бути за договором зобов'язаний періодично (щомісячно, щоквартально) сплачувати відчужувачеві чи визначеній ним третій особі певну грошову суму в порядку забезпечення утриманням протягом якогось строку чи довічно. При цьому сторони повинні чітко передбачити в договорі, розмір та строки здійснення цих платежів. Він може бути зобов'язаний забезпечувати відчужувача чи визначену ним третю особу лікувальними засобами протягом певного строку чи довічно, причому в договорі повинно бути чітко обумовлено щомісячну грошову суму, в межах якої набувач зобов'язаний забезпечити відчужувача чи третю особу такими лікувальними засобами. Набувач також може бути зобов'язаний оплачувати медичні послуги чи медичну допомогу, яких потребує відчужувач чи третя особа, довічно або протягом певного періоду. При цьому сторони також повинні передбачити певну грошову суму, в межах якої може здійснюватися така оплата. Набувач може бути зобов'язаний забезпечувати відчужувача чи визначену ним третю особу путівками для санаторно-курортного лікування. При цьому сторони повинні передбачити, протягом якого періоду (наприклад, протягом 5 років з моменту укладення договору), в які строки (раз на рік чи 2 рази на рік) та в межах якої суми відчужувачеві чи визначеній ним третій особі повинні надаватися путівки. Він може бути зобов'язаний оплачувати у встановлені строки протягом передбаченого договором періоду відчужувачеві чи визначеній ним третій особі комунальні послуги, послуги за користування газом, електроенергією, телефонним зв'язком.

Набувач може бути зобов'язаний провести ремонт квартири, в якій проживає відчужувач чи визначена ним третя особа, причому сторони повинні в договорі чітко обумовити, який саме ремонт зобов'язується провести набувач — дрібний чи капітальний, його обсяги, строки та суму, в межах якої повинен бути проведений ремонт, щоб уникнути будь-яких зловживань з боку відчужувача чи третьої особи. Він також може бути зобов'язаний за договором одноразово сплатити відчужувачеві певну грошову суму, еквівалентну вартості майна, визначеного спадковим договором, так само як і передати у власність відчужувачеві певне майно. При цьому сторони повинні визначити в договорі строки вчинення вказаних дій.

Сторони на власний розсуд за умови досягнення згоди можуть передбачити у спадковому договорі й будь-які інші обов'язки набувача. Але в кожному разі сторони повинні чітко визначити ті дії, до яких зобов'язується набувач, їх обсяг, вартість та строки вчинення.

Що стосується прав, якими за договором наділені сторони, то відчужувач, зокрема, має право вимагати від набувача належного виконання ним своїх обов'язків, передбачених договором. У разі невиконання набувачем розпоряджень відчужувача, останній має право вимагати розірвання спадкового договору в судовому порядку. Таке право закріплено за відчужувачем законом (ч. 1 ст. 1308 ЦК). Однак сторони, виходячи з принципу свободи договору, можуть передбачити у договорі й інші підстави, за наявності яких відчужувач може вимагати розірвання договору. Крім того, сторони можуть погодити в договорі умову про те, що за наявності певних, передбачених договором, підстав відчужувач має право в односторонньому порядку відмовитися від договору.

Що стосується прав, якими за договором наділений набувач, то він має право вимагати виконання відчужувачем тих обов'язків, які покладаються на відчужувача законом, а також тих, які відчужувач погодився на себе взяти внаслідок домов-

леності сторін (наприклад, не передавати майно, визначене спадковим договором, в користування іншим особам). Крім того, закон надає набувачеві право вимагати розірвання спадкового договору в судовому порядку у разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача (ч. 2 ст. 1308 ЦК). Сторони, однак, виходячи з того ж таки принципу свободи договору, можуть передбачити й інші підстави, за наявності яких набувач має право вимагати розірвання договору або відмовитися від нього в односторонньому порядку.

До змісту договору сторони також можуть включити умову про те, що за наявності певних, передбачених договором, обставин кожна з них залишає за собою право змінити певні умови договору.

У договорі сторони можуть також передбачити умови, які стосуються відповідальності сторін за невиконання чи неналежне виконання ними умов договору, оскільки у гл. 90 ЦК, присвяченій правому регулюванню спадкового договору,

відсутні спеціальні норми, що встановлюють підстави та розміри відповідальності його сторін.

Таким чином **істотними умовами спадкового договору** є умови про:

1) майно, яке після смерті відчужувача перейде у власність набувача (автомобіль, будинок, квартира, земельна ділянка, частина будинку чи квартири тощо);

2) місцезнаходження майна, якщо йдеться про нерухомість;

3) якісні характеристики майна;

4) склад та вартість майна;

5) дії, які зобов'язаний вчинити набувач відповідно до умов договору;

6) характер дій, які зобов'язаний вчинити набувач;

7) обсяги та вартість таких дій;

8) строки вчинення набувачем передбачених договором дій;

9) інші умови, на включенні яких до змісту договору наполягає хоча б одна зі сторін.

Список літератури:

1. Васильченко В. Розробка теорії спадкового договору на сучасному етапі // Вісник прокуратури. — 2003, № 11.

2. Цивільне право України. Книга 2 / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової — К.: Юрінком Інтер, 2002.

РЕЗЮМЕ

В статье анализируются условия, составляющие содержание наследственного договора, и определяются те из них, которые являются для наследственного договора существенными. В статье обращается внимание на некоторые проблемы обеспечения исполнения приобретателем тех обязательств, которые он обязан исполнить по договору после смерти отчуждателя.

SUMMARY

The article discloses terms forming the contents of the contract of inheritance and determines those of them which are considered to be essential. The article focuses attention on some problems of maintenance of performing acquirer's obligations which are to be fulfilled after alienator's death.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

Подано 02.04.07



О.В. Некрасова,
аспірантка
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)
(Науковий керівник професор О.В. Дзера)

Проблеми субсидіарного застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин

Ключові слова: цивільне законодавство, сімейні відносини, субсидіарне застосування.

Як відомо, кожна галузь права розрахована на застосування до певної групи суспільних відносин. Залежно від того, наскільки повно і всебічно здійснюється процес “охоплення” відповідних суспільних зв'язків юридичними приписами, судять про ефективність тієї або іншої галузі права. Тим часом, на практиці зустрічаються ситуації, коли відсутні норми, які регламентують відносини в цій галузі, але вони існують в суміжній галузі права. В подібних випадках говорять про можливість субсидіарного застосування норм права.

У плані загальної оцінки названої категорії необхідно відзначити, що в законодавстві України немає ні поняття субсидіарного застосування права, ні умов використання цього методу. Зазначене поняття було сформульовано в наукових дослідженнях, а умови його застосування визначені судовою практикою. При цьому, як відзначив Ю.Х. Калмиков, “органи владного правозастосування не користуються поняттям “субсидіарне застосування”, вони або прямо посилаються на необхідність використання тієї або іншої норми із суміжної галузі права, або формулюють можливість звернення до останньої у вираженнях на зразок “відповідно до ст. ...” [4, 28]. Подібна невизначеність не сприяє

стабільності процесу реалізації юридичних приписів.

Необхідно відзначити, що питання можливості субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин довгий час залишається предметом дискусій у юридичній літературі. При цьому точки зору, висловлювані в процесі дискусії, обумовлені, у першу чергу, протилежним підходом до місця сімейного права в системі права. Більшість авторів, які наголошують на позиції існування сімейного права, як самостійної галузі права, припускають, що застосування норм цивільного права до сімейних відносин має субсидіарний характер [6, 16; 7, 9]. Це означає, що сімейні відносини регулюються, насамперед, нормами сімейного законодавства, а цивільне законодавство застосовується лише до тих сімейних відносин, які не врегульовані нормами сімейного права, і лише остільки, оскільки це не суперечить сутності сімейних відносин. З іншого боку, прихильники визнання сімейного права підгалуззю цивільного права пропонують розглядати співвідношення цивільного і сімейного права як співвідношення загальних і спеціальних норм. На цій основі робиться висновок про регулювання сімейним законодавством лише спеціальних рис

сімейних відносин, у тій же частині, в якій сімейні правовідносини не мають специфіки, вони повинні регулюватися цивільним законодавством [1, 31; 5, 16].

Існують різні погляди і на підстави субсидіарного застосування норм цивільного права до сімейних відносин. Деякі вчені вважають, що за допомогою цивільного права усуваються прогалини в сімейному праві [3, 184]. Інша думка зводиться до того, що наявність в цивільному та сімейному праві деяких спільних рис дозволяє застосовувати цивільне право до сімейного в цілях заощадження правових засобів [14, 166]. Цю точку зору підтримують і інші вчені. Н.М. Єршова вважає, якщо в окремих випадках норми цивільного права застосовуються до сімейних відносин, це “свідчить не про відставання сімейного права, не про його прогалини, а про наявність об’єктивних підстав до цивільно-правового регулювання названих відносин. Тут особливо помітно виявляється близькість цивільного та сімейного права, підкреслюється рухливість меж між ними, що приводить до заощадження правових засобів, яке виражається в застосуванні норм цивільного законодавства в сфері сімейних відносин” [2, 9].

Звернемося до законодавства: частина 1 ст. 9 Цивільного кодексу України передбачає застосування положень Цивільного кодексу до регулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Цією статтею передбачена можливість субсидіарного застосування норм Цивільного кодексу до відносин, що виникають в інших сферах.

Стаття 8 Сімейного кодексу України уточнює положення ч. 1 ст. 9 ЦК, і закріплює: якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім’ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин. Зі змісту статті слідує, що в регулюванні можливості за-

стосування цивільного законодавства до сімейних відносин відбулися значні зміни, оскільки в законодавстві, яке діяло раніше, регулювання сімейних відносин нормами цивільного права допускалося тільки у випадках, прямо передбачених законом. Це тим більше важливо, тому що в наукових дослідженнях із сімейного права в радянський час був висловлений погляд, згідно з яким застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин не допускалося [11, 11–30].

З врахуванням висловлених в літературі міркувань і на основі законодавства спробуємо визначити загальні умови, при яких припустиме субсидіарне застосування цивільно-правових норм до регулювання сімейних відносин.

Насамперед, як справедливо зауважує Ю.Х. Калмиков, необхідно, щоб норма, використовувана для врегулювання конкретних суспільних відносин, була взята із галузі права, яка визнається суміжною [4, 29]. Як член цивілістичної сім’ї, сімейне право традиційно, поряд із цивільним, відноситься до суміжних галузей. Сімейне і цивільне право виступають як суміжні галузі завдяки подібності в предметі і методі регулювання, а головне — віднесення їх до сфери приватного права [8, 407; 9, 19; 10, 38].

Неодмінною умовою субсидіарного використання права є наявність розвинутого законодавства в профілюючій галузі, нормами якої доводиться керуватися при відсутності відповідних правил у суміжній, як правило, “дочірньої” галузі права. Домінуюче положення і профілююче значення цивільного права визначене об’ємністю та розвиненістю його законодавства. Жодна галузь права не має такої кількості джерел правового регулювання, як цивільне право. Найбільший інтерес у цьому сенсі викликає Цивільний кодекс, який детально регламентує відповідні відносини і містить такі, досить загальні поняття і норми, яких немає в суміжних галузях і якими можна у разі необхідності скористатися. Саме констатація активного використання в сімейно-правовій сфері

понятійного апарата цивільного права, на думку Н.Н. Тарусіной, підсилює тезу про допустимість субсидіарного застосування до сімейних відносин норм цивільного права [12, 18].

Сімейний кодекс закріпив важливе положення про те, що якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані цим Кодексом, вони регулюються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК). Таким чином, цивільне законодавство може застосовуватися до майнових відносин між членами сім'ї за умови, що вони не врегульовані відповідними нормами сімейного законодавства і є необхідні норми цивільного законодавства. Таке трактування законодавцем підстав застосування цивільного законодавства до сімейних відносин пов'язане з посиленням договірних і диспозитивних начал у сімейному праві. Але в будь-якому разі застосування норм цивільного законодавства не повинно суперечити сутності сімейних відносин, які володіють певною специфікою. Вказане положення має принципове значення, оскільки дозволяє виключити будь-які перекручування суті відносин, які регулюються сімейним законодавством в результаті застосування тих або інших норм цивільного законодавства.

Треба відзначити, що законодавче формулювання підстав застосування цивільного законодавства до сімейних відносин не охоплює в повній мірі усього кола цих відносин. Наприклад, деякі цивільно-правові норми, які застосовуються у сімейному законодавстві, взагалі не підпадають під категорію майнових відносин. Це норми про правила застосування позовної давності, обчислення строків та деякі інші. На основі вищевикладеного пропонується викласти норму статті 8 СК України наступним чином: "Якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами або інші правові питання не врегульовані цим Кодексом, вони регулю-

ються відповідними нормами Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин."

Наступним механізмом застосування цивільного законодавства до сімейних відносин є аналогія. Заповнення прогалин у сімейному законодавстві за допомогою аналогії закону або аналогії права передбачене ст. 10 СК України, в якій закріплено, якщо певні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права). Таким чином, аналогія закону полягає у застосуванні відповідної норми Сімейного кодексу до регулювання інших, подібних сімейних відносин. Аналогія права полягає у регулюванні сімейних відносин, обійдених в законі або договорі, за допомогою загальних засад регулювання сімейних відносин, сформульованих у статті 7 СК [10, 42].

Треба зазначити, що в Сімейному кодексі РФ передбачена можливість застосування за механізмом аналогії не тільки норм чи принципів сімейного права але і цивільного права. Таку позицію слід визнати правильною, тому що теоретично можна уявити ситуацію, коли норм сімейного права буде недостатньо для врегулювання спірних відносин. Тим більше, що таке застосування не протирічить ч. 1 ст. 7 СК, відповідно до якої сімейні відносини регулюються Сімейним кодексом та іншими нормативно-правовими актами, до числа яких в першу чергу, входить Цивільний кодекс. Наприклад: у Сімейному кодексі відсутня норма, яка надавала б одному з подружжя право привілеєвої купівлі частки у праві спільної сумісної власності подружжя на майно, яка продається іншим з подружжя. Заповнити цю прогалину можна за допомогою аналогії, застосувавши відповідну норму Цивільного кодексу про спільну часткову власність. Але в

будь-якому випадку вирішення спірних відносин за допомогою аналогії закону із використанням норм цивільного права не повинно суперечити сутності сімейних відносин. У зв'язку з вищезазначеним доцільно викласти частину 1 ст. 10 СК України в такій редакції: “Якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу або Цивільного кодексу України, які регулюють подібні відносини (аналогія закону)”.

Якщо відсутні норми Сімейного чи Цивільного кодексів, які уявляється можливим застосувати в тій чи іншій життєвій ситуації навіть за аналогією закону, то у таких випадках права та обов'язки членів сім'ї повинні регулюватися, виходячи із принципів аналогії права. Частина 2 ст. 10 СК затверджує наступне: “Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права)”. Застосування норм за аналогією права обумовлено тим, що загальні засади права мають регулюючий характер, наділені універсальністю, імперативністю та загальнозначимістю [13, 11]. Регулюючий вплив загальних засад права розповсюджується на прогальні відносини в силу того, що саме загальні засади найбільше сприймаються правосвідомістю у зв'язку з тим, що це універсальний регулятор поведінки людей.

Викликає інтерес можливість застосування загальних засад цивільного законодавства при регулюванні сімейних відносин за аналогією права. Це обумовлено тим

що, як було вище зазначено, сімейне та цивільне право найближчі один до одного галузі права, вони наділені родинними рисами. Крім того, сімейне право не затверджує деякі важливі принципи правового регулювання, які містяться серед загальних засад цивільного законодавства, і мають значення для сімейного права, а то: неприпустимість позбавлення права власності, свобода договору. Не викликає сумнівів те, що ці принципи важливі не тільки для регулювання цивільних відносин, а і сімейних теж. Тому є необхідним застосування за аналогією права не тільки загальних засад сімейного права, а і цивільного. Зважаючи на вищевикладене, є сенс викласти частину 2 ст. 10 СК наступним чином: “Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного чи цивільного законодавства”.

Незважаючи на те, що норми про аналогію при регулюванні правовідносин не мають широкого застосування на практиці, їх необхідність обумовлена реаліями самого життя. Безумовно, що аналогія закону або аналогія права, використовувані в конкретних ситуаціях, сама по собі є тимчасовим явищем, яке дозволяє знайти вихід з нетривіальної ситуації, що створилася. Як тільки вона “проявилася” у судовому рішенні це означає, що в плані законотворчої діяльності повинен з'явитися пункт, що регулює нові відносини. Суспільна практика завжди буде ставити питання, які вимагають регулювання шляхом аналогій. Але потрібно додержуватися принципу — “Si jure discedas, vagus eris!” — Якщо ти відступиш від права, то втратиш шлях.

Список літератури:

1. Антокольская М.В. Семейное право: Учебник. — М.: Юристъ, 2001.
2. Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. — М.: Юрид. лит., 1977.
3. Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций. В 3 ч. — Ленинград: Изд. Ленингр. ун-та, 1965. — Ч. 3.
4. Калмыков Ю.Х. Условия субсидиарного применения норм гражданского законодательства к семейным отношениям // Основы законодательства Союза ССР и союзных

республик о браке и семье в правоприменительной практике. — Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1978.

5. Комментарий к Семейному кодексу РФ / Отв.ред. И.М. Кузнецова. — М.: БЕК, 1996.

6. Комментарий к Семейному кодексу РФ / Под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. — М.: Юрист, 1997.

7. *Манаев К.И.* Семейно-имущественные правоотношения в СССР: Автореф. дисс... докт. юрид. наук. — Баку, 1973.

8. *Мокичев К.А.* Теория государства и права. — М., 1965.

9. Научно-практичний коментар Сімейного кодексу України / За ред. Ю.С. Червоного. — К.: Істина, 2003.

10. *Ромовська З.В.* Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар. — К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2003.

11. *Рясенцев В.А.* Семейное право. — М.: Юрид. лит., 1971.

12. *Тарусина Н.Н.* Семейное право. Учеб. пособие. — М.: Проспект, 2001.

13. *Явич Л.С.* Право развитого социалистического общества (сущность и принципы). — М.: Юрид. лит., 1978.

14. *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. — Свердловск, 1972.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию механизмов применения норм гражданского законодательства для регулирования семейных отношений. Рассматриваются проблемы такого применения.

SUMMARY

The subject of this article is investigation of questions of mechanisms of civil standards application to family relations regulation and problems of such application.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 02.04.07



*Д.В. Ковальський,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)*

Структура земельно-процесуальних правовідносин: загальна характеристика

Ключові слова: *суб'єкт, об'єкт, зміст, земельно-процесуальні правовідносини.*

Специфічною особливістю земельно-процесуальних правовідносин є участь у них представника органів державної влади або органів місцевого самоврядування. У зв'язку з цим у юридичній літературі суб'єктів правовідносин підрозділяють, з одного боку, на безпосередньо зацікавлених у результатах юридичного процесу, тобто тих, захисту інтересів, реалізації суб'єктивних прав або юридичних повноважень, здійсненню юридичних обов'язків яких сприяє весь арсенал процесуальних способів, засобів і прийомів, а з іншого — на лідируючих суб'єктів, що виконують свої функції в “чужому” інтересі, з метою оптимального вирішення юридичної справи, що розглядається [10, 94]. Зокрема, можна погодитися з думкою А.П. Гетьмана, який зазначає, що суб'єкти еколого-процесуальних правовідносин мають різний інтерес в еколого-правовому процесі й діють відповідно до свого інтересу. Крім того, певна частина суб'єктів таких відносин наділяється законодавством владними повноваженнями, необхідними для реалізації інтересу інших суб'єктів у вирішенні індивідуально-конкретних еколого-юридичних справ. Тому вчений пропонує прийняти за основу для класифікації суб'єктів еколого-процесуальних правовідносин поділ на безпосередньо заінтересованих і лідируючих суб'єктів,

визначивши першу групу як основну, а другу — як допоміжну [4, 100].

Група основних суб'єктів власне земельно-процесуальних правовідносин складається з юридичних і фізичних осіб. До юридичних належать: підприємства, установи, організації, спільні підприємства, міжнародні об'єднання й організації за участю українських та іноземних юридичних осіб, підприємства, що цілком належать іноземним інвесторам, а також іноземні держави, міжнародні організації, іноземні юридичні особи. До фізичних осіб відносяться: громадяни України, іноземні громадяни, а також особи без громадянства. Характерною ознакою суб'єкта земельно-процесуальних правовідносин є належні йому процесуальні право- і дієздатність, які доцільно визначати за аналогією з нормами цивільно-процесуального права щодо загальної процесуальної право- і дієздатності, але з урахуванням вимог земельного законодавства.

Суб'єкти процесуальних правовідносин пов'язані між собою корелятивними зв'язками, але щоб специфічний соціальний зв'язок такого типу не виявився тільки можливістю, передбаченою нормами процесуального права, суб'єкти процесуальних правовідносин повинні мати процесуальну правосуб'єктність, що є загальною передумовою участі гро-

мадян, організацій у правовідносинах, являє собою встановлену законом можливість бути суб'єктом процесуальних правовідносин і охоплюється поняттям процесуальної правоздатності й процесуальної дієздатності [7, 216]. Процесуальна правоздатність — це встановлена законом можливість мати процесуальні права й обов'язки. Особливість процесуальної правоздатності полягає в тому, що вона виникає одночасно з правоздатністю в матеріальному праві, реалізація норм якого здійснюється в юридичному процесі [7, 216]. Під земельно-процесуальною правоздатністю, на нашу думку, слід розуміти можливість мати земельно-процесуальні права та обов'язки. На відміну від неї, земельно-процесуальну дієздатність слід розуміти як здатність своїми діями особисто набувати земельно-процесуальні права та створювати для себе відповідні обов'язки, іншими словами, здійснювати процесуальні дії, спрямовані на реалізацію прав на землю. За загальним правилом повна земельно-процесуальна дієздатність належить окремій фізичній особі з моменту досягнення 18-річного віку. Юридичні особи, основними напрямками діяльності яких є планування заходів щодо охорони, раціонального використання природних ресурсів, організація інженерного забезпечення робіт з охорони природних ресурсів, контроль, регулювання і виконання заходів з охорони цих ресурсів [4, 101-102] тощо, набувають земельно-процесуальні право- і дієздатність з моменту державної реєстрації у відповідних державних органах.

Земельно-процесуальна правосуб'єктність іноземних громадян, а також осіб без громадянства дещо відрізняється від правосуб'єктності громадян України в частині володіння й користування земельними ресурсами. Так, іноземні громадяни та особи без громадянства можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого

майна, що належать їм на праві приватної власності.

Необхідно звернути увагу ще на одну обставину, що відбиває специфіку процесуальних правовідносин за суб'єктною ознакою. У процесуальних правовідносинах однією зі сторін завжди виступає уповноважений державою орган із владними повноваженнями, які отримують нормативне закріплення в процесуальних актах або в нормативно-правових актах, поряд із нормами матеріально-правового характеру. Державно-владні процесуальні повноваження виконують функцію конкретизуючих компонентів загальної компетенції уповноважених органів, будучи одночасно елементом змісту конкретних процесуальних правовідносин. Правосуб'єктність уповноваженого органу визначається компетенцією, яка поширюється на сферу суспільних відносин, у межах якої діє орган держави, тобто коло його діяльності [7, 218]. Тому в земельно-процесуальних правовідносинах органи державної влади та місцевого самоврядування реалізують свої процесуальні повноваження через компетенцію. У правовому аспекті мета створення та функціонування названих органів полягає у впливі на земельно-процесуальні правовідносини (їх виникнення, зміну, припинення), тому є доцільним в аспекті визначення компетенції (повноважень відповідного органу із застосування норм чинного законодавства до конкретних осіб) в майбутньому проводити дослідження питання стосовно лідируючих суб'єктів земельно-процесуальних правовідносин.

Отже, суб'єктами земельно-процесуальних правовідносин є громадяни, юридичні особи, у тому числі іноземні, держава, органи державної влади та місцевого самоврядування, іноземні держави та міжнародні організації, які здійснюють права на землю, а також забезпечують регулювання земельних правовідносин. Суб'єктів земельно-процесуальних правовідносин можна поділити на дві групи: громадяни, юридичні особи та держава, які безпосередньо зацікавлені у вирішенні земельно-правової справи; органи держав-

ної влади та місцевого самоврядування, які забезпечують державно-правове регулювання у сфері земельних відносин.

Якщо мова йде про об'єкт земельно-процесуальних правовідносин, необхідно усвідомлювати нерозривний зв'язок цих правовідносин із земельно-матеріальними правовідносинами. Погоджуючись із В.Д. Сорокіним, який підкреслював, що як процесуальні правовідносини неможливо відокремити від матеріальних, так і об'єкт процесуальних правовідносин не може відрізнятись від об'єкта первинних матеріальних правовідносин [8, 70], можливо припустити, що земля, як об'єкт матеріальних правовідносин, не може не бути об'єктом процесуальних правовідносин. На думку С.С. Алексеєва, правовідносини поділяються на пасивні та активні. Головне в правовідносинах активного типу — юридичний обов'язок, сутність якого полягає в необхідності здійснення позитивних дій. Істотною особливістю об'єктів у правовідносинах активного типу є те, що вони завжди виступають у вигляді результату дій зобов'язаної особи [1, 143]. Земельно-процесуальні правовідносини наближені саме до активного типу правовідносин. М.І. Краснов та І.О. Іконицька зазначають: "...Якщо уважно проаналізувати будь-який вид земельно-процесуальних правовідносин (правовідносини з надання земель, із землевпорядкування тощо), то можна побачити, що на перший план виступає не сама земля як об'єкт правовідносин; головне в цих правовідносинах — результат дії" [6, 90].

Слід враховувати, що земельно-процесуальні правовідносини є "динамічними", а тому для них особливе значення має саме діяльність їх суб'єктів. Важко не погодитись з І.О. Іконицькою, яка під об'єктом земельно-процесуальних правовідносин розуміє діяльність державних органів, що здійснюють функції з розпорядження та управління землею, і оскільки ця діяльність спрямована на врегулювання відносин, пов'язаних із раціональним використанням землі, то в кінцевому рахунку об'єктом цих відносин є земля [5, 96]. Отже,

І.О. Іконицька пропонує розглядати об'єкт земельно-процесуальних правовідносин як процесуальне явище зі складною внутрішньою структурою.

При визначенні об'єкта земельно-процесуальних правовідносин слід брати до уваги службу роль процесуальних правовідносин відносно матеріальних, оскільки процесуальні правовідносини складаються заради найбільш оптимального досягнення суб'єктами матеріальних правовідносин закладеного в конкретних правовідносинах інтересу. Іншими словами, об'єктом процесуальних правовідносин виступає інтерес учасників земельно-правового процесу, які безпосередньо зацікавлені в його результатах і здійснюють притаманні їм функції в межах своєї процесуальної компетенції. З огляду на специфіку суб'єктного складу земельно-процесуальних правовідносин можна говорити про два аспекти в дослідженні об'єкта земельно-процесуальних правовідносин: стосовно лідируючих суб'єктів; стосовно безпосередньо заінтересованих суб'єктів. Об'єкт у земельно-процесуальних правовідносинах, що здатний задовольнити інтерес осіб, безпосередньо зацікавлених у результатах земельно-правового процесу, — споживачів результатів процесу, можна умовно позначити як зовнішній об'єкт, тобто "те, з приводу чого" складаються дані правовідносини. Фактично він відповідає об'єкту наявного земельного матеріально-правового відношення, тобто матеріальним і нематеріальним благам, на які спрямовані позитивні дії уповноваженого чи зобов'язаного суб'єкта.

Коли ж йдеться про суб'єктів земельно-процесуальних правовідносин, наділених владними повноваженнями в земельно-правовому процесі, вже не постає питання про особисту матеріальну чи нематеріальну зацікавленість суб'єкта в процесі здійснення наданих йому земельно-процесуальних повноважень. Він діє в "чужому" інтересі — не просто механічно підводить конкретні обставини під загальну норму права, а з урахуванням специфіки обставин самостійно визначає зміст прав і обов'язків учас-

ників правовідносин [9, 238], виконуючи свої службові функції. У даному випадку можна говорити про безпосередній об'єкт земельно-процесуальних правовідносин, тобто про те, на що спрямовані правовідносини.

А.П. Гетьман у дослідженні еколого-процесуальних правовідносин окреслює об'єкт цих правовідносин як такий, що "має складну внутрішню структуру у вигляді основного (головного) і додаткового (супутнього) елементів" [3, 69], а тому можна вважати, що й об'єкт земельно-процесуальних правовідносин має таку структуру, де основним (безпосереднім) елементом є земельно-процесуальна діяльність суб'єктів цих правовідносин, що визначається додатковим (кінцевим) елементом об'єкта земельно-процесуальних правовідносин, яким є конкретна земельна ділянка.

Вирішення питання про зміст земельно-процесуальних правовідносин також має теоретико-практичне значення, тому що від того, наскільки всебічно буде встановлений зміст даних правовідносин, залежить ефективність розгляду індивідуально-конкретних земельно-правових справ, забезпечення єдності в реалізації матеріально-правових норм земельного права. В юридичній літературі питання щодо змісту правовідносин висвітлюється по-різному. В основному майже всі представники науки теорії права, які займаються проблемою правовідносини, вважають, що в правовідносинах можуть бути виділені матеріальний і юридичний зміст. До останнього одностайно відносять суб'єктивні права й обов'язки.

Стосовно визначення матеріального змісту в літературі простежуються певні розбіжності. На думку одних авторів, матеріальний зміст правовідносин складає фактична поведінка їх учасників. Іншими словами, матеріальний зміст правовідносин — це фактичне відношення, що опосередковується юридичними нормами (до складу змісту правовідносин включаються, з одного боку, права й обов'язки, а з іншого — поведінка) [12, 88]. Інші автори вважа-

ють, що матеріальний зміст правовідносин являє собою закріплене та врегульоване реальне суспільне відношення. Разом з тим поведінка зобов'язаної особи, на яку має право розраховувати уповноважений, включається до складу юридичного об'єкта правовідносин [11, 9]. Уявляється, що більш правильно слід визнати першу концепцію, особливо стосовно процесуальних правовідносин. Жодні правовідносини як взаємний зв'язок між двома (або більше) суб'єктами не можуть не зумовлювати взаємні права й обов'язки (через ці права й обов'язки опосередковується зв'язок суб'єктів у правовідносинах), а всі права й обов'язки одержують своє реальне втілення у здійсненні конкретних дій або в утримуванні від них, що й складає основу поведінки суб'єктів.

У процесуально-правових відносинах визначальною є правозастосовча діяльність їх суб'єктів. Поза цією діяльністю процесуальні правовідносини не можуть існувати. Як зазначає А.П. Гетьман, сукупність юридичної форми (еколого-процесуальні суб'єктивні права та юридичні обов'язки) та її внутрішнього змісту (дії, поведінка учасників правовідносин) утворюють те правове явище, яке становить зміст еколого-процесуальних правовідносин [3, 85]. Специфічною особливістю змісту процесуальних правовідносин є те, що в них чітко проявляється характер взаємодії суб'єктів. Межі можливої поведінки суб'єкта процесуальних правовідносин окреслені не тільки предметом можливої поведінки, тобто тим, що дозволено робити, а й тим, як, яким чином, у якій послідовності, у який час можлива власне активна поведінка [7, 220]. Зміст земельно-процесуальних правовідносин характеризується динамічністю й розвитком, тому що сам процес вирішення будь-якої індивідуально-конкретної земельно-юридичної справи завжди починається з якихось первинних фактів і обставин і пов'язаний з їх поступовим нагромадженням.

Стосовно змісту земельно-процесуальних правовідносин зазначимо, що

він є цілісним: не можна виключати з нього суб'єктивні права й обов'язки (вони визначають взаємини між суб'єктами) та дії (у результаті яких відбувається реалізація суб'єктивних прав і обов'язків). На підставі цього змістом земельно-процесуальних правовідносин, на нашу думку, слід вважати передбачені законом функції, повноваження, права і юридичні обов'язки відповідних суб'єктів земельно-процесуальних правовідносин у сфері здійснення прав на землю і регулювання земельних відносин. Специфікою змісту земельно-процесуальних правовідносин є те, що названі структурні елементи в конкретних правовідносинах органічно взаємозалежні та кореспондують один з одним. Учасники земельно-процесуальних правовідносин мають низку обов'язків і відповідні земельно-процесуальні суб'єктивні права й повноваження, у зв'язку з чим такі правовідносини є складними. У кожному складному правовідношенні необхідно розрізняти основні та похідні від них права й обов'язки сторін, а також додаткові права й обов'язки, що можуть виникати в зв'язку з існуванням даного складного правовідношення [2, 86].

Тому в змісті земельно-процесуальних правовідносин розрізняють основні, допоміжні та додаткові функції, повноваження, права і юридичні обов'язки. До числа основних земельно-процесуальних суб'єктивних функцій, повноважень, прав і юридичних обов'язків учасників правовідносин належать безпосередньо пов'язані з можливістю

володіти, користуватися й розпоряджатися земельними ділянками, зокрема, заявляти клопотання про надання земельних ділянок у власність чи користування; розглянути заявлені клопотання у встановлений законодавством строк, а також виносити щодо них відповідні рішення; визначити межі користування земельними ділянками, закріплювати їх у натурі; видавати документи, що засвідчують право власності або право користування ними тощо. Допоміжні земельно-процесуальні суб'єктивні функції, повноваження, права і юридичні обов'язки залежать у кожному конкретному випадку від об'єкта й суб'єкта правовідносин. Додаткові земельно-процесуальні функції, повноваження, суб'єктивні права і юридичні обов'язки — це такі, здійснення котрих обумовлене статусом суб'єктів земельно-процесуальних правовідносин. Наприклад, сторонам, що беруть участь у вирішенні земельного спору, надано право знайомитися з матеріалами щодо цього спору, робити з них виписки, брати участь у його розгляді, подавати документи та інші докази, порушувати клопотання, давати усні й письмові пояснення, заперечувати проти клопотань та доказів іншої сторони, одержувати копію рішення щодо земельного спору і, у разі незгоди з цим рішенням, оскаржувати його. При цьому сторони зобов'язані сумлінно користуватися своїми правами й сприяти органу, що розглядає спір, надаючи йому необхідні документи, що є в їх розпорядженні.

Список літератури:

1. *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права. — Вып. II. — Свердловск, 1964. — 226 с.
2. *Вовк Ю.А.* Колхозное трудовое правоотношение. — М., 1972. — 248 с.
3. *Гетьман А.П.* Вступ до теорії еколого-процесуального права України. — Харків: Основа, 1998. — 205 с.
4. *Гетьман А.П.* Процесуальные нормы и отношения в экологическом праве. — Харьков, 1994. — 134 с.
5. *Иконницкая И.А.* Разрешение земельных споров. — М., 1973. — 104 с.
6. *Краснов Н.И., Иконницкая И.А.* Процесуальные вопросы советского земельного права. — М., 1975. — 151 с.

7. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. — 2-е изд., перераб. — М.: Норма, 2004. — 240 с.
8. Сорокин В.Д. Административно-процессуальные отношения. — Л., 1968. — 75 с.
9. Соціологія права: Навч. посіб. / О.М. Джужа, І.Г. Кириченко, В.С. Ковальський, С.М. Корецький та ін.; За заг. ред. О.М. Джужа. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 288 с.
10. Теория юридического процесса / Под ред. В.М. Горшенева. — Харьков, 1985. — 192 с.
11. Чечот Д.М. Участники гражданского процесса. — М., 1960. — 190 с.
12. Щеглов В.Н. Гражданское процессуальное правоотношение. — М., 1966. — 168 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается структура земельно-процессуальных правоотношений. На основании общетеоретических подходов к исследованию данной структуры автором определяется субъект, объект и содержание земельно-процессуальных правоотношений, а также приводится их общая характеристика.

SUMMARY

The article deals with the hierarchy of land related legal relations. The author defines the subject, object and the content of land related legal relations as well as gives their general characteristics based on the scientific and methodological approaches to the investigation of this problem.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права і процесу*

Подано 17.09.07



*О.В. Гафурова,
кандидат юридичних наук
(Національний аграрний університет)*

Деякі питання правового регулювання правочинів з земельними ділянками сільськогосподарського призначення

Ключові слова: *правочин, договір, рента, земельна ділянка.*

Реалізація селянами права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення неможлива без створення належних умов для вільного обігу зазначених ділянок на підставі цивільно-правових правочинів, таких як договори купівлі-продажу, міни, ренти, дарування тощо. Проте їх правова природа у сучасній юридичній науці досліджена недостатньо. Крім того, питання, пов'язані з укладенням договорів відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення, не вирішені на належному рівні і в чинному земельному законодавстві України. Особливої актуальності набуває ця проблема з огляду на необхідність створення ефективного механізму укладення відповідних цивільно-правових договорів. Адже відміну мораторія на відчуження зазначеної категорії земель законодавець безпосередньо пов'язує із набранням чинності з 1 січня 2008 р. законами України, зокрема, про ринок земель, в якому повинні бути визначені особливості обігу земель державної та комунальної власності і земель товарного сільськогосподарського виробництва (п. 15 Перехідних Положень Земельного кодексу України) [8].

Мета цієї статті полягає у з'ясуванні особливостей, які притаманні правочинам щодо земельних ділянок сільськогосподар-

ського призначення на прикладі договору ренти. Виходячи з мети дослідження, його завданнями є: узагальнення наукової літератури, а також законодавства у сфері укладення таких правочинів та формування теоретичних висновків щодо вдосконалення чинного законодавства України.

Серед українських вчених, які почали займатися проблемами ринкового обігу земельних ділянок, слід згадати В.І. Андрейцева, П.Ф. Кулиничча, В.В. Носіка, О.О. Погрібного, В.І. Семчика, Н.І. Титову, М.В. Шульгу та інших.

Набуття у власність земельної ділянки на підставі цивільно-правових угод здійснюється відповідно до Цивільного кодексу України з урахуванням вимог Земельного кодексу (п. 2 ст. 131 ЗКУ). Із зазначених положень Земельного кодексу в аграрно-правовій літературі робляться висновки, що в процесі правового регулювання обігу земельних ділянок норми цивільного законодавства співвідносяться з нормами земельного як загальні і спеціальні [10, 55-56] або ж норми земельного законодавства мають субсидіарний характер стосовно загального цивільно-правового регулювання цих відносин [12, 76]. Зазначені твердження не викликають заперечень і дозволяють зробити висновок, що пріоритет у регулюванні правочинів з земельними

ділянками повинен надаватись саме нормам земельного законодавства, а норми цивільного мають застосовуватись у тих випадках, коли зазначені відносини не врегульовані спеціальним законодавством. Відповідно при виникненні колізій між загальними і спеціальними нормами повинні застосовуватись останні. Але, зважаючи на відсутність належного правового регулювання зазначених відносин земельним законодавством, на практиці відбувається автоматичне запозичення норм Цивільного кодексу. Тому можна погодитись із думкою В.І. Андрейцева, який зазначає, що перехід прав на земельні ділянки на підставі цивільно-правових угод є процедурно не визначеним, “особливо в частині переходу прав на земельні ділянки приватної форми власності, а лише міститься посилання на підстави застосування цивільно-правових угод — міни, дарування, успадкування тощо, що навряд чи виправдано, враховуючи специфічні ознаки землі як об’єкта земельних правовідносин” [1, 319].

Одним з видів договорів, які опосередковують перехід права власності на земельну ділянку, виступає договір ренти. Вивчення зазначеного виду договорів зумовлено їх практичним застосуванням. Так, з метою уникнення розпорошення земельного масиву Проектом приватизації землі та реорганізації колективних сільськогосподарських підприємств ще у 1998 р. було запропоновано запровадити договори ренти земельних часток (паїв) (договори про рентні платежі)*.

Перед тим, як перейти до розгляду договору ренти земельної ділянки (земельної частки (паю), слід зазначити, що, оскільки при його укладенні відбувається відчуження земельної ділянки (земельної частки (паю) однією стороною на користь іншої, на підставі пункту 15 Перехідних положень ЗК, їх укладення заборонено до 1 січня 2008 р.

У Цивільному кодексі рента розглядається як договір, за яким одна сторона

(одержувач ренти) передає іншій стороні (платникові ренти) у власність майно, а платник ренти взамін цього зобов’язується періодично виплачувати одержувачеві ренти у формі певної грошової суми або іншій формі. Договором ренти може бути встановлений обов’язок виплачувати ренту безстроково (безстрокова рента) або протягом певного строку (ст. 731 ЦК) [13]. Причому, якщо договором ренти встановлено, що одержувач ренти передає майно у власність платника ренти за плату, до відносин сторін щодо передачі майна застосовуються загальні положення про купівлю-продаж, а якщо майно передається безоплатно, — положення про договір дарування (п. 2 ст. 734 ЦК). В літературі існує думка, що “правила про купівлю-продаж у договорі ренти мають застосовуватись тоді, коли сторони домовляються про відчуження майна під виплату ренти, а правила про дарування — тоді, коли сторони домовляються про виплату ренти без зустрічного відчуження майна” [2, 8]. З цим твердженням не можна погодитись, адже воно суперечить сутності договору ренти, який спрямовано на відчуження майна в будь-якому випадку.

За законодавством договори ренти укладаються у письмовій формі та підлягають обов’язковому нотаріальному посвідченню (ст. 732 ЦК). За нотаріальне посвідчення договорів відчуження земельних ділянок, які перебувають у власності громадянина, що здійснює таке відчуження, сплачується державне мито у розмірі одного відсотка суми договору, але не менше одного неоподаткованого мінімуму доходів громадян (пп. б) п. 3 ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України “Про державне мито” [4]. На жаль, залишається не зрозумілим, що ж вкладав законодавець в поняття “сума договору”. Так, серед істотних умов, які повинні бути врегульовані в будь-якому договорі про перехід права власності на земельні ділянки, у тому числі і в договорі ренти, зазначається договірна ціна на земельну ділянку (пп. е) п. 2 ст. 132 ЗК). Ціна, як важлива умова відплатних договорів, згадується і в Цивільному кодексі (ст. 632). Крім того, Законом України “Про оцінку зе-

* Див.: Гафурова О. Право власності членів сільськогосподарських виробничих кооперативів на землю // *Право України*. — 2003. — № 1.

мель” [6] визначено поняття “ціни земельної ділянки” як фактичної суми грошей, сплаченої за перехід прав на земельну ділянку або на подібну до неї земельну ділянку від продавця до покупця (ст. 1). Спираючись на зазначене, можна стверджувати, що поняття “сума” і “ціна” договору у даному випадку є тотожними.

Порядок визначення такої ціни в чинному законодавстві також врегульований не чітко. Так, Цивільним кодексом передбачено, що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. Тільки у випадках, встановлених законом, застосовуються ціни (тарифи, ставки тощо), які встановлюються або регулюються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування (ст. 632). Прикладом нормативного акту, який передбачав подібні обмеження можна вважати Декрет Кабінету Міністрів України “Про приватизацію земельних ділянок” [3], в якому зазначалось, що продаж земельної ділянки провадиться за ціною, встановленою угодою сторін, але ця ціна не може бути меншою за нормативну ціну землі (п. 4). У чинному законодавстві залишається обмеження щодо укладення договорів міни, спадкування та дарування земельних ділянок, адже їхня ціна не може бути нижче нормативної грошової оцінки земельних ділянок (ст. 5, 13 Закону України “Про оцінку земель”).

Законом України “Про оцінку земель” встановлено, що при здійсненні цивільно-правових угод щодо земельних ділянок та прав на них, використовується їх експертна грошова оцінка (ст. 5). Але серед переліку випадків, коли її проведення є обов’язковим (ст. 13 Закону), не передбачено цивільно-правових угод із землями саме приватної власності. Крім того, в Законі підкреслюється, що у всіх інших випадках грошова оцінка земельних ділянок може проводитися за згодою сторін та у випадках, визначених законами України (ст. 13). Таким чином, положення Методики експертної грошової оцінки земельних ділянок, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 11 жовтня

2002 р. № 1531 [11], щодо необхідності проведення експертної грошової оцінки земельних ділянок усіх категорій земель під час укладення цивільно-правових угод (п. 1), суперечить зазначеному Закону.

Необхідно врахувати, що для визначення розміру земельного податку обов’язковим є проведення нормативної оцінки земельних ділянок. Адже використання землі в Україні є платним і власники земельних ділянок, земельних часток (паїв) та землекористувачі, крім орендарів та інвесторів — учасників угоди про розподіл продукції, сплачують земельний податок (ст. 2 Закону України “Про плату за землю”) [5], а тому всі землі в межах території України є об’єктом нормативної грошової оцінки. Таким чином, можна зробити висновок, що ціна земельних ділянок при укладенні будь-яких договорів їх відчуження, повинна залежити від їх нормативної оцінки, а точніше не може бути нижчою від її розміру. Але, як вже зазначалось, Законом України “Про оцінку земель” передбачено, що тільки при укладенні договорів міни, спадкування та дарування земельних ділянок їхня ціна не може бути нижче нормативної грошової оцінки таких ділянок (ст. 5, 13).

Виходячи із цього, можна стверджувати, що ціна договору ренти повинна встановлюватися лише за домовленістю сторін і не може залежати ні від експертної, ні від нормативної оцінки земельної ділянки. Крім того, слід зазначити, що при укладенні договору ренти земельної ділянки його ціна не може бути еквівалента сумі рентних платежів, як іноді зазначається у літературі [14, 517]. Адже, по-перше, у договорі довічної ренти неможливо вирахувати таку суму. По-друге, сума рентних платежів може бути меншою або більшою від ціни земельної ділянки, яка встановлена в договорі ренти. По-третє, за такого підходу відсутній зв’язок між ціною земельної ділянки, яка підлягає відчуженню, і ціною договору.

Договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти також підлягає державній реєстрації (ст. 732 ЦК). Але ч. 3 ст. 19 Закону “Про державну реєстрацію

речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” [7] містить вичерпний перелік нотаріально-посвідчуваних правочинів, на підставі яких можливий перехід права власності на нерухоме майно, а саме: нотаріально посвідчений договір купівлі-продажу, довічного утримання, дарування, міни земельної ділянки або іншого нерухомого майна. Як бачимо про договір ренти, або інші договори, які опосередковують перехід права власності на нерухоме майно, тут не йдеться. На наш погляд, такий стан речей не є виправданим, і зазначений перелік потребує певного доповнення. Так, за Цивільним кодексом України договорами про відчуження майна, у тому числі і нерухомого, є купівля-продаж, міна, дарування, пожертва, рента, довічне утримання (догляд), спадковий договір (ст. 657, 715, 719, 729, 732, 745, 1304). Земельний кодекс України передбачає, що право власності на земельні ділянки може набуватися відповідними суб’єктами не лише на підставі договорів купівлі-продажу, міни, дарування, а й інших цивільно-правових угод (ст. 131). Таким чином, для врахування усіх можливих випадків переходу права власності на нерухоме майно на підставі не перерахованих у цій частині Закону правочинів доцільно зазначений перелік зробити відкритим.

Однією з істотних умов будь-якої угоди про перехід права власності на земельні ділянки є документ, що підтверджує право власності на таку ділянку (пп. г) п. 2 ст. 132 ЗК). За Земельним кодексом України — це державний акт про право власності на земельну ділянку (ст. 126). Але Закон України “Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень” визначає такий державний акт лише як одну з підстав для державної реєстрації прав, що посвідчують виникнення, перехід, припинення речових прав на нерухоме майно, а також обмежень цих прав. Так, Законом передбачається, що право власності на земельну ділянку може бути зареєстровано на підставі нотаріально посвідчених договорів, свідоцтва про право на спадщину, рішення суду тощо (ст. 19). За таких умов

державний акт не може вважатись правовстановлюючим документом, на підставі якого виникає право власності на землю [9, 83]. Слід зазначити, що виникнення права власності на земельну ділянку законодавець пов’язує не тільки з отриманням відповідного державного акта, а з державною реєстрацією цього права (ст. 125 ЗК). Це означає, що право власності на земельну ділянку виникає з моменту державної реєстрації зазначених документів, а не з моменту видачі та реєстрації державного акта на право власності на земельну ділянку. Як слушно зазначає В.В. Носік, “за таких обставин немає потреби і юридичних підстав для виготовлення і видачі державного акта на право власності на земельну ділянку, що значно прискорює набуття у власність земельних ділянок для тих чи інших потреб” [9, 83-84]. Зазначений документ необхідно оформлювати лише у випадках, коли право власності на землі сільськогосподарського призначення набувається особою — громадянином України вперше. А у законодавстві має бути передбачений вичерпний перелік таких підстав, зокрема — безоплатна приватизація земельних ділянок за рішенням органів державної влади чи місцевого самоврядування та виділення в натурі (на місцевості) земельних часток (паїв).

Особливості договору ренти земельної ділянки сільськогосподарського призначення полягають, зокрема, і у його суб’єктному складі. Земельним кодексом передбачено ряд вимог до покупців таких ділянок: ними можуть бути громадяни України, які мають сільськогосподарську освіту або досвід роботи в сільському господарстві або які займаються веденням товарного сільськогосподарського виробництва, а також юридичні особи України, установчими документами яких передбачене ведення сільськогосподарського виробництва, а переважне право купівлі земельних ділянок сільськогосподарського призначення мають ті громадяни України, які постійно проживають на території відповідної місцевої ради, де здійснюється продаж земельної ділянки (ст. 130). Що

ж стосується вимог до осіб, які набувають право власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення на підставі інших цивільно-правових угод, зокрема шляхом укладення договорів міни, ренти тощо, то вони земельним законодавством не встановлені. На наш погляд, вимоги ст. 130 ЗК повинні розповсюджуватись і на зазначену категорію осіб. Крім того, аналізуючи цивільне законодавство, можна дійти висновку, що платниками ренти можуть виступати: громадяни України, які досягли віку 14 років (за наявності письмової нотаріально посвідченої згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальника на здійснення такого правочину (п. 2 ст. 32 ЦК), ті, які набули повної цивільної дієздатності, у випадках, передбачених законодавством, а також юридичні особи України.

На стороні одержувача ренти можуть брати участь будь-які фізичні особи через своїх законних представників від моменту свого народження, а самостійно одержувача й розпоряджатися рентою — після 14 років [2, 7]. Слід врахувати, що оскільки іноземні громадяни та особи без громадянства не мають права набувати у власність землі сільськогосподарського призначення, то відповідно вони не можуть бути платниками ренти, але можуть виступати одержувачами рентних платежів. Одержувачем ренти може бути також будь-яка юридична

особа (у тому числі і іноземна) на рівні з фізичними особами, оскільки за новим Цивільним кодексом юридичні особи наділяються здатністю мати такі ж цивільні права й обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізичні особи, крім тих, які за своєю природою можуть належати людині (п. 2 ст. 91). Не можна погодитись з думкою, що “соціальний характер рентного договору передбачає, що одержувачем ренти повинен бути суб'єкт, який не займається підприємницькою діяльністю” [14, 517], адже Цивільним кодексом не встановлено жодних обмежень у суб'єктному складі учасників рентного договору (ст. 733).

Отже, на підставі викладеного можна зазначити, що потребують належного правового регулювання договірні відносини, об'єктом яких виступають земельні ділянки сільськогосподарського призначення, зокрема, визначення істотних умов договорів, спрямованих на відчуження таких земельних ділянок, порядок їх укладення тощо. Зазначені питання можуть бути врегульовані в окремому розділі проекту Закону України “Про ринок землі в Україні” або ж шляхом розроблення і прийняття Закону України “Про обіг земель сільськогосподарського призначення”, як це зроблено, наприклад, в Російській Федерації.

Список літератури:

1. *Андрейцев В. І.* Земельне право і законодавство суверенної України. Актуальні проблеми практичної теорії. — К.: Знання, 2005.
2. *Апанасюк М. П.* Договір ренти: Автореф. дис... канд. юр. наук: 12.00.03 / Національний університет внутрішніх справ. — Харків, 2004.
3. Декрет Кабінету Міністрів України “Про приватизацію земельних ділянок” від 26 грудня 1992 р. № 15 // ВВР України. — 1993. — № 10. — Ст. 79. Втратив чинність на підставі Закону України “Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України від 14 вересня 2006 р. // ВВР України. — 2006. — № 43. — Ст. 419.
4. Декрет Кабінету Міністрів України “Про державне мито” від 21 січня 1993 р. № 7 // ВВР України. — 1993. — № 13. — Ст. 113.
5. Закон України “Про плату за землю” від 3 липня 1992 р. // ВВР України. — 1992. — № 38. — Ст. 560.
6. Закон України “Про оцінку земель” від 11 грудня 2003 р. // ВВР України. — 2004. — № 15. — Ст. 229.

7. Закон України “Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень” від 1 липня 2004 р. // ВВР України. — 2004. — № 51. — Ст. 553.
8. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. // Урядовий кур’єр. — 2001. — № 211–212. — 15 листопада.
9. *Носік В.* Виникнення права власності на землю: теоретичні і практичні аспекти // Право України. — 2004. — № 9.
10. *Носік В.В.* Правові питання ринкового обігу земельних ділянок // Організаційно-правові проблеми розвитку аграрного і земельного ринків в Україні. — К., 2003.
11. Постанова Кабінету Міністрів України “Про експертну грошову оцінку земельних ділянок” від 11 жовтня 2002 р. № 1531 // Урядовий кур’єр. — 2002. — № 196. — 23 жовтня.
12. *Титова Н.І.* Співвідношення Земельного та Цивільного кодексів України: деякі проблеми // Право України. — 2004. — № 3.
13. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // ВВР України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
14. Цивільний кодекс України. Коментар // За заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. — Харків: ТОВ “Одіссей”, 2004.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвячена некоторым вопросам правового регулирования сделок с земельными участками сельскохозяйственного назначения в Украине. Раскрываются особенности таких сделок на примере договора аренды.

SUMMARY

The article is devoted to questions of legal regulations of the conclusion and performance of agricultural ground transactions in Ukraine at the present stage. Revealed are the special transactions, for example, of ground rent agreement regulations for the plots of agricultural designation.

Рекомендовано кафедрою цивільного, господарського права та процесу

Подано 17.09.07



*Є.В. Фесенко,
доктор юридичних наук
(Академія адвокатури України)*

Коментар до ст. 307 КК з врахуванням законодавчих новел, що конкретизують диспозицію цієї статті

Стаття 307. Незаконні виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів

1. Незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконний збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів —

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

2. Ті самі дії, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або особою, яка раніше вчинила один із злочинів, передбачених статтями 308–310, 312, 314, 315, 317 цього Кодексу, або із залученням неповнолітнього, а також збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у місцях, що призначені для проведення навчальних, спортивних і культурних заходів, та в інших місцях масового перебування громадян, або збут чи передача цих речовин у місця позбавлення волі, або якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналогі у великих розмірах чи особливо небезпечні наркотичні засоби або психотропні речовини, —

караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна.

3. Дії, передбачені частинами першою

або другою цієї статті, вчинені організованою групою, а також якщо предметом таких дій були наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналогі в особливо великих розмірах, або вчинені із залученням малолітнього або щодо малолітнього, —

караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років з конфіскацією майна.

4. Особа, яка добровільно здала наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналогі і вказала джерело їх придбання або сприяла розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом, звільняється від кримінальної відповідальності за незаконне їх виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання (частина перша цієї статті, частина перша статті 309 цього Кодексу).

1. Цей підвищеної суспільної небезпечності злочин посягає на встановлений порядок виробництва, виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, а також поводження з ними й охорону таким чином здоров'я населення.

Встановивши відповідальність за такі дії, Україна як член ООН реалізувала положення конвенцій з питань боротьби з наркоманією: Єдиної конвенції про наркотичні засоби 1961 р., Конвенції про психотропні речовини 1971 р. і Конвенції

ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 р. (Україна в міжнародно-правових відносинах. Книга 1. Боротьба із злочинністю та взаємна правова допомога. — К., 1996. — С. 155–284).

2. Ознаки, описані в диспозиції ст. 307, конкретизуються в Законі “Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів і прекурсорів” від 15 лютого 1995 р. в редакції від 8 липня 1999 р. з подальшими змінами (ЗУ. Том 19. — К., 2000. — С. 124–133; ВВР, 2001, № 25–26; ВВР, 2003, № 27, ст. 209, ОВУ, 22.01.2007, № 2, ст. 65, С. 26). 26 грудня 2006 р. (ОВУ, 19.01.2007, № 1, ст. 15) прийнято нову редакцію цього закону, у якій він діятиме з 1 січня 2008 р. (з цього часу і його нова назва: Закон “Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори”). Крім того, ці діяння порушують вимоги Положення про порядок здійснення діяльності в сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затвердженого постановою КМ від 3 січня 1996 р. № 6 (ЗП України. — 1996. — № 5. — Ст. 151), постанови КМ України від 18 січня 2003 р. № 58, якою затверджено Порядок здійснення контролю за обігом наркотичних (психотропних) лікарських засобів (ОВУ, 2003, № 4, ст. 118) із змінами від 24.07.2003 р. та 12.05.2004 р. та інших нормативних актів.

Роз’яснюються ці питання також в постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 4 “Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів” (надалі — постанова ПВСУ).

3. Предметом злочину є наркотичні засоби, психотропні речовини та їх аналоги.

Наркотичні засоби — це речовини природного чи синтетичного походження, препарати, рослини, які становлять небезпеку для здоров’я населення у разі зловживання ними, включені у відповідний перелік згідно із законодавством України та міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Найбільше розповсюдження в Україні має

нелегальний обіг наркотиків рослинного походження (маку або макової соломи і різних сортів конопель), з лікарських препаратів і речовин — кодеїн, кокаїн, морфін, омнопон. Останнім часом почастишали випадки завезення в Україну героїну та інших так званих “важких” наркотиків.

Психотропні речовини — це включені до відповідного Переліку речовини природного чи синтетичного походження, препарати, природні матеріали, які здатні викликати стан залежності та справляти депресивний або стимулюючий вплив на центральну нервову систему чи викликати порушення сприйняття, емоцій, мислення або поведінки і становлять небезпеку для здоров’я населення у разі зловживання ними (ДЕТ, ДМТ, ЛСД, мескалін, алобарбітал тощо).

Аналоги наркотичних засобів і психотропних речовин — це заборонені до обігу в Україні речовини природного чи синтетичного походження, не включені до Переліку, хімічна структура і властивості яких подібні до хімічної структури і властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію яких ці речовини відтворюють.

4. Відповідно до нової редакції ст. 1 Закону “Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори” перелік цих засобів і речовин має затверджуватися КМ за поданням спеціально уповноваженого органу в галузі охорони здоров’я і публікуватися в офіційних друкованих виданнях. На сьогодні діє Перелік наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, затверджений постановою КМ від 6 травня 2000 р. № 770 (ОВУ, 2000, № 19, Ст. 789). Постановою Кабінету Міністрів України від 12 грудня 2002 р. № 1890 (ОВУ, 03.01.2003, № 51, ст. 2316, С.80) у цей перелік внесено зміни, наприклад, першу графу списків № 1 та 2 доповнено вказівкою на такі наркотичні засоби, як кустарно виготовлені препарати з ефедрину, псевдо-ефедрину.

5. Враховуючи, що для визначення виду засобів і речовин, їх найменування і властивостей, а також для вирішення

питання про те, чи належать ті або інші рослини до таких, що містить наркотики, необхідні спеціальні знання, суди при розгляді таких справ повинні мати висновок фахівця.

6. Відповідальність за дії, пов'язані з обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, може бути тільки за умови їх незаконності. Вирішуючи це питання, необхідно враховувати правовий режим того чи іншого класу (категорії) зазначених засобів і речовин, який залежить від ступеня їх небезпечності для здоров'я людини, фізичних або хімічних властивостей тощо. З цієї точки зору в Законі "Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори", а також в Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів від 6 травня 2000 р. вони згруповані у чотирьох таблицях, поділених у свою чергу на декілька списків, а саме:

I. Особливо небезпечні (таблиця I):

а) Наркотичні засоби (список № 1 — героїн, канабіс, смола канабісу, екстракти і настойки канабісу, кокаїновий куш, кока лист, макова солома або концентрат з макової соломи (усі її частини, за винятком дозрілого насіння), рослини виду мак снотворний, зібрані будь-яким способом, що містять алкалоїди, а також речовини, які отримують з цієї макової соломи, меткатинон (ефедрон), опій тощо);

б) Психотропні речовини (список № 2 — бромамфетамін, ДЕТ, ДМТ, катинон, ЛСД, мескалін, фенциклідин тощо);

в) Рослини, які містять наркотичні засоби та психотропні речовини (список № 3). До них відносяться: рослини виду мак снотворний (*Papaver somniferum L.*) — маються на увазі опійний, олійний та інші різновиди, що містять опій; рослини будь-якого виду коноплі роду канабіс.

Обіг цих засобів і речовин заборонено, за винятком їх обігу в цілях та на підставах, передбачених статтями 15, 19 і 20 цього Закону (наприклад, у наукових та навчальних цілях);

II. Небезпечні речовини і препарати, обіг яких обмежено та стосовно яких установлюються заходи контролю (таблиця II):

а) Наркотичні засоби (список № 1 — алфентаніл, кодеїн, кокаїн, метадон, морфін, омнопон, промедол, тебайн, фентаніл тощо);

б) Психотропні речовини (список № 2 — амфетамін, секобарбітал, фенетилін тощо).

III. Менш небезпечні речовини і препарати, обіг яких обмежено і стосовно яких допускається виключення деяких заходів контролю (таблиця III):

а) Наркотиковмісні лікарські засоби (список № 1 — етілморфін, кодеїн тощо, якщо вони поєднані з одним або декількома інгредієнтами і містять не більше 100 мг наркотичного засобу на одиницю дози в концентрації не вище 2,5% у нерозділених препаратах, препарати кокаїну, що містять не вище 0,1% кокаїну, та ін.);

б) Психотропні речовини (список № 2 — алобарбітал, барбітал, діазепам, метилпирон, фентермін тощо).

IV. Прекурсори — таблиця № 4. (Детально розглядаються у коментарі до ст. 311).

7. З об'єктивної сторони злочин являє собою вчинення на порушення встановленого законодавством порядку обігу наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів однієї з семи альтернативно визначених у диспозиції ч. 1 ст. 307 дій.

8. Виробництво наркотичних засобів, психотропних речовин — це усі дії, пов'язані з серійним одержанням наркотичних засобів, психотропних речовин з хімічних речовин та (або) рослин, включаючи відокремлення частин рослин або наркотичних засобів, психотропних речовин від рослин, з яких їх одержують (ст. 1 Закону "Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори").

9. Незаконне виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин — це всі протиправні дії, включаючи рафінування та екстракцію, в результаті яких вони одержуються, а також перетворюються на інші готові до використання форми чи на лікарські засоби, що їх містять (абз. 2 п. 3 згаданої постанови). Наприклад, вилучення опію-сирцю із зрізаних головок зеле-

ного маку, висушування зрізаних стебел, коробочок маку всіх видів після вилучення з них насіння, подрібнення та інші дії з метою одержання концентрованого засобу є виготовленням наркотиків. Способи виготовлення значення для кваліфікації не мають.

10. Незаконним придбанням наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів необхідно вважати їх купівлю, обмін на інші товари або речі, прийняття як плати за виконану роботу чи надані послуги, позики, подарунка або сплати боргу, привласнення знайденого. Під незаконним придбанням розуміється також збирання залишків наркотиковмісних рослин на пожнивних земельних площах після зняття з них охорони, на земельних ділянках громадян, а також збирання таких дикорослих рослин чи їх частин на пустирях (абз. 5 п. 3 постанови ПВСУ).

Якщо ж в результаті певних дій з наркотиками рослинного походження створюється їх нова якість, такі дії становлять собою не придбання, а виготовлення.

11. Під зберіганням треба розуміти будь-які умисні дії, пов'язані з знаходженням наркотичних засобів або психотропних речовин у володінні винного (при собі, в приміщенні, а також в сховищах або інших місцях). Відповідальність за їх зберігання настає незалежно від його тривалості.

12. Перевезення — це переміщення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів із однієї території в іншу в межах України. Цим поняттям охоплюється переміщення зазначених засобів або речовин як з одного населеного пункту в інший, так і в межах однієї адміністративно-територіальної одиниці. Для визнання перевезення незаконним не має значення, чи є особа власником або користувачем транспортного засобу, а також спосіб транспортування, відстань, на яку перевезено зазначені засоби й речовини, та місце їх зберігання. Від перевезення наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів потрібно відрізняти їх перенесення з одного місця в інше, при якому транспорт

не використовується. Перенесення необхідно розглядати як одну з форм зберігання цих засобів і речовин (див.: абз. 7 та 8 п. 3 постанови ПВСУ).

13. Згідно зі ст. 26 Закону „Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори” пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів у поштових (у тому числі міжнародних) відправленнях забороняється. Пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів як гуманітарної допомоги забороняється, за винятком випадків надзвичайного стану, якщо наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори направляються у відповідні регіони України за окремим рішенням КМ України.

Незаконне пересилання наркотиків або психотропних речовин може полягати у їх відправленні на порушення згаданого закону з одного місця в інше в межах України поштою, багажем, посильним тощо. Отримання (не отримання) наркотиків або психотропних речовин адресатом для кваліфікації значення не має.

14. Під незаконним збутом треба розуміти будь-які оплатні або безоплатні форми реалізації наркотичних засобів або психотропних речовин (продаж, дарування, обмін, оплата боргу або дача в борг, введення ін'єкцій власником наркотику або психотропної речовини іншій особі за згодою останньої, пригощання начиненими наркотиками сигаретами тощо). Але обовільне введення ін'єкцій наркотичного засобу, психотропної речовини чи їх аналогу особами, які їх придбали за спільні кошти, збуту не утворюють (див.: абз. 1 п. 4 постанови ПВСУ).

15. Злочин визнається закінченим з моменту вчинення однієї із зазначених вище альтернативних дій. Незаконне виготовлення наркотичних засобів або психотропних речовин утворює закінчений склад злочину з моменту, коли почали вчинятися дії, спрямовані на одержання таких засобів чи речовин, готових до вживання, або на рафінування чи підвищення у препаратах їх концентрації (абз. 4 п. 3 постанови).

16. Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом, а також метою збуту при виробництві, виготовленні, придбанні, зберіганні, перевезенні або пересиланні наркотичних засобів або психотропних речовин. Досліджуючи мету конкретної злочинної поведінки, треба враховувати кількість наркотиків або психотропних речовин, які були предметом злочину, чи вживав їх винний, інші обставини справи. Мотиви поведінки для кваліфікації значення не мають.

17. Суб'єкт злочину загальний. Якщо особа визнається обмежено осудною, необхідно вирішувати питання щодо поєднання покарання з примусовим лікуванням.

За змістом роз'яснень, що містяться в п. 3 та 11 постанови ПВСУ від 27 лютого 2004 р. № 2 “Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність”, суб'єктом злочинів, передбачених ч. 3 ст. 307, ч. 3 ст. 309, ч. 2 ст. 315, ч. 2 ст. 317, ст. 323 і 324 може бути тільки доросла особа. Ці роз'яснення є орієнтиром для судової практики. Однак в теорії кримінального права це питання спірне, в окремих літературних джерелах слушно зазначається, що така позиція є не виправдано обмеженим тлумаченням закону, оскільки в ст. 22 КК встановлено мінімальний вік кримінальної відповідальності за ці злочини не 18, а 16 років, що зумовлено підвищеною небезпекою залучення неповнолітніх, тим паче малолітніх до незаконного поводження з наркотичними та іншими вкрай шкідливими для здоров'я населення засобами та речовинами.

18. Повторність (ч. 2 ст. 307) означає неодноразове вчинення одного або декількох діянь, передбачених ч. 1 цієї статті, якщо не минули строки давності притягнення до кримінальної відповідальності або не знята чи не погашена судимість і відсутні ознаки продовжуваного або триваючого злочину.

19. Вчинення одного із злочинів, передбачених ст. 308–310, 312, 314, 315, 317, — це випадок множинності однорідних дій. При цьому також потрібно враховувати

правила, що відносяться до кваліфікації повторних злочинів.

20. Залучення неповнолітнього означає, що винний вчинює зазначені в ч. 1 ст. 307 дії в співучасті з неповнолітнім або залучає до їх вчинення особу, яка не досягла віку кримінальної відповідальності. Це може здійснюватись у різних формах, наприклад в обіцянні матеріальної чи іншої вигоди, використанні їх матеріальної чи службової залежності, обмані тощо (абз. 1 п. 3 постанови ПВСУ від 27 лютого 2004 р. № 2 “Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність”). При цьому суб'єкт злочину усвідомлює факт неповноліття особи, яка залучається до вчинення злочинних дій. Вчинення даного злочину із залученням неповнолітнього додаткової кваліфікації за ст. 304 не вимагає.

21. Місця, що використовуються для проведення навчальних, спортивних і культурних заходів, — це території розташування шкіл, училищ, коледжів, технікумів і вузів, стадіони, палаци спорту або культури, театри і кінотеатри, приміщення і майданчики для дискотек та естрадних виступів, атракціонів тощо. До таких місць належать не тільки внутрішні приміщення, де проводяться зазначені заходи, але й прилеглі до цих будівель території біля входу в кінотеатри, квиткові каси тощо.

Під іншими місцями масового перебування громадян розуміються вокзали, пристані, місця масового відпочинку — багатолюдні пляжі та парки тощо. Це можуть бути також підземні переходи та площі в районі розташування великих універмагів та інших торговельних комплексів, а також ринки.

Підвищена суспільна небезпечність вчинення злочину в таких місцях зумовлюється можливим перебуванням там великого числа молоді, яка найбільш вразлива для розповсюдження наркотиків.

22. Місця позбавлення волі — це ізолятори тимчасового тримання, слідчі ізолятори, виправні та виховні колонії, тюрми, арештні доми, гауптвахти та інші установи

тримання затриманих, заарештованих або засуджених осіб.

23. Для вирішення питання про те, чи є розмір наркотичних засобів або психотропних речовин великим або особливо великим (відповідно до ч. 2 або ч. 3 ст. 307), треба керуватися Таблицями невеликих, великих і особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, що знаходяться в незаконному обігу, затвердженими наказом МОЗ від 1 серпня 2000 р. № 188 (ОВУ — 2000. — № 34. — Ст. 1468).

Наприклад, визнані великими або особливо великими розміри наркотиків в таких кількостях: героїн — від 1 г до 10 г, 10 г і більше; канабіс: канабісу смола (гашиш, анаша) — відповідно від 40 г до 500 г, 500 г і більше; канабісу олія, настоянки та екстракти — від 5 г до 100 г, 100 г і більше; канабісу верхівки рослин з квітами чи плодами за винятком дозрілого насіння, з яких не була виділена смола (марихуана): висушена — від 500 г до 2500 г, 2500 г і більше; невисушена — від 2500 г до 12500 г, 12500 г і більше; кокаїн — від 10 г до 50 г, 50 г і більше; кокаїн — від 1 г до 15 г, 15 г і більше; макова солома, концентрат з макової соломи: макова солома висушена (будь-яким способом) — від 1000 г до 5000 г, 5000 г і більше; макова солома невисушена — від 5000 г до 25000 г, 25000 г і більше; меткатинон (ефедрон) — від 3 г до 50 г, 50 г і більше; морфін — від 2,5 г до 12,5 г, 12,5 г і більше; омнопон — від 3 г до 75 г, 75 г і більше; опій: екстракційний (речовини, концентрат, що отримують з макової соломи способом екстракції) — від 50 г до 250 г, 250 г і більше; опій (сік снотворного маку, що згорнувся) — від 50 г до 250 г, 250 г і більше; опій ацетильований (речовина, що містить складні ефіри наркотичних компонентів опію) — від 10 г до 250 г, 250 г і більше.

Розміри виготовлених наркотичних засобів у вигляді екстрактів, витяжок, відварів, інших рідин, у тому числі і кустарно виготовлені з ефедрину та норепедрину, згідно з існуючими методиками хімічних досліджень визначаються в перерахунку на суху речовину.

У таблицю включені наркотичні засоби, що на сьогодні використовуються в Україні в незаконному обігу. Віднесення наркотичних речовин та їх суміші, кустарно виготовлених з ефедрину, норепедрину і псевдоефедрину, до відповідних кількісних категорій здійснюється по аналогії з меткатиноном (ефедроном). У разі виявлення фактів зловживання іншими наркотичними засобами інформація надсилається до спеціально уповноваженого органу виконавчої влади в галузі охорони здоров'я для визначення їх віднесення до контрольованих речовин та відповідних розмірів.

Кількісні критерії великого та особливо великого розміру психотропних речовин, наприклад, такі: алобарбітал — відповідно від 10 г до 100 г, 100 г і більше; амфетамін — від 1,5 г до 15 г, 15 г і більше; лізергід (ЛСД) — від 1 г до 15 г, 15 г і більше.

Оскільки критерієм розміру наркотиків є їх кількість, слідчим органам необхідно правильно, з дотриманням вимог КПК, вилучати наркотичні засоби і психотропні речовини: вказувати у відповідних документах їх вагу, пакувати та оформляти вилучення цих речових доказів таким чином, щоб виключалася можливість їх підміни, зміни ваги тощо. В останньому випадку зважити наркотики або психотропні речовини може спеціаліст.

24. Особливо небезпечні наркотичні засоби або психотропні речовини (ч. 2 ст. 307) — це речовини і препарати, що є особливо небезпечними для здоров'я людини і занесені в списки № 1 і № 2 таблиці 1 міжнародними конвенціями ООН, в списки № 1 і № 2 таблиці I Переліку, затвердженого КМ 6 травня 2000 р..

25. Для організованої групи як особливо кваліфікуючої ознаки даного злочину характерна участь декількох осіб (трьох і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цих злочинів, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.

26. Залучення малолітнього — це вчинення зазначених у ч. 1 ст. 307 дій у

співучасті з особою віком до 14 років за умови, що винний усвідомлює факт малолітства особи, яка залучається до вчинення злочинних дій.

Вчинення дій, передбачених ч. 1 або 2 ст. 307, щодо малолітнього полягає у придбанні, зберіганні тощо саме для нього предмета злочину або збут його малолітній особі.

27. Умисний оплатний збут під виглядом наркотичних засобів або психотропних речовин чи їх аналогів будь-яких інших засобів чи речовин тягне відповідальність за шахрайство. Якщо ж при цьому винний схилив покупця до такої угоди, його дії необхідно також кваліфікувати і як підбурювання до придбання наркотиків або психотропних речовин. Покупці при цьому несуть відповідальність за замах на незаконне придбання наркотичних засобів або психотропних речовин (ч. 2 ст. 15 та ст. 307 або 309).

28. Ч. 4 ст. 307 законодавець встановлює один з видів звільнення від кримінальної відповідальності, які в літературі називають спеціальними.

Особливістю цих видів звільнення від кримінальної відповідальності є наявність умов, за яких особа не підлягає такій відповідальності. В даному випадку цих умов дві:

а) добровільна здача наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів. Вони можуть бути передані не тільки правоохоронним органам, а й іншим органам влади або управління чи компетентним службовим особам. Останні повинні вжити заходів для передачі цих засобів (речовин) правоохоронним органам з метою належного процесуального оформлення їх добровільної здачі та подальшого знищення. Особа, що добровільно здає наркотики, психотропи або їх аналоги, може керуватися будь-якими мотивами. Не має також значення, чи робить вона це зі своєї ініціативи або під впливом батьківського наказу, порад родичів, друзів тощо, але обов'язковим є її волевиявлення — примус виключає добровільність. Добровільною вважається здача і тоді, коли правоохоронним органам

вже було відомо про незаконне зберігання зазначених засобів або речовин, але їм не вдалося їх знайти, а особа по своїй волі їх здає. Якщо ж особа мусить це зробити, оскільки наркотики (психотропи) так чи інакше будуть вилучені, говорити про добровільність немає підстав;

б) вказівка на джерело придбання наркотиків або психотропних речовин або сприяння розкриттю злочинів, пов'язаних з їх незаконним обігом, означає, зокрема, що суб'єкт повідомляє достовірні відомості про те, у кого конкретно або де саме він придбав ці засоби або речовини. Наприклад, називає всі відомі йому дані про особу, яка збувала наркотики або психотропні речовини, чи вказує індивідуальні ознаки місця їх придбання — склад, аптеку, медичну установу, фармацевтичне підприємство, приміщення, що використовується як дім наркоманів, місце зростання рослин, що містять наркотики, в тому числі і дикорослих. Обсяг цієї інформації повинен бути достатнім для виявлення джерела збуту наркотиків або психотропних речовин.

Якщо особа не може точно вказати джерело придбання наркотичних засобів або психотропних речовин, вона не втрачає шансів на звільнення від кримінальної відповідальності. Однак в такому випадку ця особа зобов'язана сприяти розкриттю злочину, пов'язаного з незаконним обігом цих засобів або речовин: описати прикмети особи, в якої вони були придбані, сумлінно виконувати вказівки слідчих органів під час розшуку і впізнання підозрюваних, пошуку місця збуту наркотиків або психотропних речовин, якщо правоохоронні органи залучають особу брати участь в таких заходах, тощо. Це може бути сприяння слідчим органам не тільки у встановленні джерела придбання даною особою наркотиків або психотропних речовин, але і в розкритті інших злочинів, пов'язаних з порушенням законодавства по боротьбі з наркоманією.

Для звільнення суб'єкта від кримінальної відповідальності не вимагається, щоб злочин іншої особи був розкритий, — слідчі органи можуть і не добитись такого

результату. Однак обов'язковою умовою є справжнє, не вдаване сприяння слідству в розкритті злочину.

Ч. 4 ст. 307 дає обмежений перелік діянь, за вчинення яких особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності. В ній зазначені незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання,

перевезення або пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин як з метою збуту, так і без такої.

Звільненню від кримінальної відповідальності особа підлягає лише за вчинення діянь, пов'язаних зі зданими наркотичними засобами чи психотропними речовинами.

РЕЗЮМЕ

В статті содержится научний коментарий к ст. 307 Кримінального кодекса України.

SUMMARY

The article contains a scientific commentary to the Article 307 of Criminal Code of Ukraine.

*Рекомендовано кафедрою
кримінального та адміністративного права*

Подано 10.09.07



*I.I. Котюк,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

Поняття і загальна характеристика методів криміналістики

Ключові слова: *метод, функція методу, предмет пізнання, методи криміналістики, типові методики.*

Оскільки предмет пізнання детермінує і його засоби, то в системі засобів наукового пізнання особливе місце посідають методи окремих наук, які відзначаються якісною своєрідністю, зумовленою особливістю досліджуваних ними явищ. Про важливість цих методів свідчить загальновизнане методологічне правило, що окрема система знань може бути визнана самостійною наукою лише тоді, коли крім свого предмета вона має й власні методи його пізнання. Саме тому знання цих методів виконує, з одного боку, наукознавчу функцію, а з іншого — орієнтує суб'єктів пізнання на практичні можливості відповідної науки в розв'язанні конкретних пізнавальних завдань.

Запропоновано різні визначення цих методів, зокрема, що це: спосіб дослідження, який передбачає специфічне застосування пізнавальних засобів для вивчення конкретної сфери об'єктивного світу [31, 41]; система прийомів, правил і рекомендацій з вивчення конкретних об'єктів [3, 86]; система методичних рекомендацій, правил і прийомів здійснення певної пізнавальної діяльності або спосіб підходу до конкретних об'єктів у процесі їх дослідження [25, 44] тощо.

Щодо методів криміналістики, то традиційно вважається, що це: розроблена відповідно до вимог методології,

кримінально-процесуального і кримінального права взаємопов'язана система науково обґрунтованих прийомів, правил і рекомендацій з виявлення, дослідження, використання й оцінки доказів, які застосовуються з метою встановлення істини у кримінальній справі [26, 103].

Називають ці методи “частковими”, “окремими”, “спеціальними”, “приватними” тощо. Серед них розрізняють методи криміналістичної науки та методи криміналістичної практичної діяльності [24], власне криміналістичні та методи природничих і технічних наук [4, 42; 22, 34; 23, 15; 41, 25]. Іноді в системі методів криміналістики розрізняють всезагальний метод пізнання, загальнонаукові методи пізнання приватні та спеціальні методи криміналістики [7, 59].

Але з означених підходів випливає, що, по-перше, будь-які методи, які використовуються у сфері кримінального судочинства, є криміналістичними, хоча є очевидним, що методи лише тому, що вони використовуються у цій сфері, методами криміналістики не стають; по-друге, спірним є й те, що це і прийоми, і правила, і рекомендації, адже прийом — це окрема дія, рух [29, 479], правило — це положення у якому відображена певна закономірність або настанова, припис, які встановлюють порядок чого-небудь [29, 467], а рекомендація — це порада, побажання

[29, 551]; по-третє, методи криміналістики розроблені не тільки відповідно до вимог методології (тим більше марксистсько-ленінської), кримінально-процесуального і кримінального права, а й відповідно до вимог окремих наук, і насамперед, криміналістики; по-четверте, не обов'язково ці методи використовуються лише з метою виявлення, дослідження, використання й оцінки доказів, оскільки з їх допомогою розв'язуються й інші питання у сфері судочинства, а часто вони використовуються й для розв'язання завдань в інших сферах суспільного життя.

Отже, наведені положення дають підстави для висновку, що на сьогодні немає ні загально визнаної класифікації цих методів [20, 83], ні загально визнаного їх операціонального визначення, ні загально визнаного переліку їх ознак, що свідчить про актуальність означених проблем.

При вирішенні цих питань слід виходити з загально визнаних методологічних настанов і, насамперед, принципу взаємозв'язку та взаємозумовленості явищ об'єктивної дійсності, який зумовлює те, що в системі методів наукового пізнання, а в тому числі й методів криміналістики, функціонують світоглядні принципи (які традиційно називаються всезагальним методом), загальнонаукові, окремонаукові та спеціальні методи.

Що ж до власних методів окремої науки, то вони унікальні тим, що їх поява зумовлена потребою проникнення в сутність її предмета і ними є лише ті методи, які виникли в її надрах, базуються на її даних та не мають аналогів в інших науках. Саме тому і методи криміналістики — це не методи, запозичені з інших наук, як вважають окремі вчені [21, 15], а власне криміналістичні методи, тобто ті, потреба в появі яких була зумовлена відповідною практикою, які розроблені криміналістичною наукою і які не мають аналогів в інших науках. І хоча в основі такого методу може бути й метод, розроблений іншою наукою, але якщо цей метод трансформований в криміналістику для розв'язання її завдань за рахунок його якісного перетворення,

здійсненого за рахунок інтеграції даних відповідної науки та криміналістичних знань, то в результаті цього виникає новий, власне криміналістичний метод. Наприклад, кожна наука може використовувати такий загальнонауковий емпіричний метод, як спостереження, але в кожній з них воно має свої відмінності: в історії — це вивчення історичних документів, у хімії — спостереження за перебігом хімічних реакцій, у статистиці — статистичне спостереження, у криміналістиці — слідчий огляд тощо.

Отже, методи криміналістики — це заснована на даних криміналістики та інших наук система правил, які орієнтують на певний спосіб дій при розв'язанні окремих завдань. А оскільки простий перелік методів будь-якої науки неможливий, то при їхній характеристиці потрібно використовувати відповідні класифікації. Як їх підстави в криміналістиці найчастіше використовуються засоби, на використанні яких ці методи базуються, дані наук, що лежать в їх основі, завдання, які розв'язуються з їхньою допомогою, сфера їхнього застосування, поширеність тощо.

Так, серед цих методів насамперед розрізняють техніко-криміналістичні методи, які базуються на застосуванні техніко-криміналістичних засобів, наприклад, судово-фотографічні, трасологічні, почеркознавчі, зброєзнавчі тощо. Це, зокрема, методи орієнтуючої, оглядової, вузлової та масштабної фотозйомки місця події, фотометричні методи отримання зображень об'єктів, сигналетичної (упізнавальної), вимірювальної, панорамної, стереоскопічної, мікроскопічної та інших видів фотозйомки; методи посилення яскравісних і кольорових контрастів; методи виявлення згаслих текстів із застосуванням підвищення або зниження спектральної чутливості фотоемульсії (сенсипілізації-десенсипілізації), фотопортретної та дактилоскопічної ідентифікації; методи слідокпіювання в трасології, мікроскопічного і профілографічного дослідження мікрорельєфів слідів знарядь зламу та інструментів; методи виявлення і фіксації слідів пострілу, слідів на кулях і гільзах, ідентифікації

вогнепальної зброї за стріляними кулями і гільзами, визначення дистанції пострілу і напрямку польоту кулі, давності пострілу та послідовності проведення декількох пострілів; методи опису особи за ознаками зовнішності, криміналістичної реєстрації, техніко-криміналістичного дослідження документів, почеркознавчих досліджень тощо.

Іноді серед техніко-криміналістичних методів залежно від завдань, які розв'язуються з їх допомогою, розрізняють методи збирання інформації [27, 25] та методи експертного дослідження. Наприклад, з метою розв'язання питання про тотожність використовується метод криміналістичної ідентифікації [17; 18; 19; 35; 36], яка базується на властивості відображення, а залежно від його, особливостей розрізняють ідентифікацію об'єктів: за їхніми матеріально фіксованими відображеннями та за відображеннями в пам'яті людини; за описом (використовується для розшуку об'єктів та у криміналістичних обліках); за частинами об'єкта (коли виникає необхідність установити, що ці частини до поділу становили одне ціле).

Серед методів криміналістики розрізняють і структурно-криміналістичні методи, які базуються на даних наукової організації праці, теорії управління, логіки, психології, соціології, статистики тощо і являють собою способи накопичення вихідної інформації, необхідної для побудови певних систем з метою використання їх в практиці розслідування [2, 35], зокрема: висування версій [37], планування та прогнозування розслідування [8; 9; 12]; побудови класифікацій [1]; системно-структурного аналізу окремих явищ [6]; прийомів, що становлять тактику слідчих дій, методики розслідування окремих видів злочинів, наукового узагальнення слідчої й судової практики тощо.

Щодо спеціальних методів криміналістики, то тут слід виходити з того, що, іноді розв'язання пізнавальних завдань, які виникають у сфері судочинства можливе лише при поєднанні різноманітних методів. Така система відповідним чином поєдна-

них методів утворює методику дослідження, яка виконує функцію спеціального методу. Спільними елементами методик є зв'язок з конкретним завданням, однакова структура, а їхнім змістом є певна система методів [40, 121].

Отже, методики криміналістичних досліджень — це спосіб системного використання різних методів для розв'язання криміналістичних завдань з урахуванням об'єкта та завдань дослідження. Прикладом цього є методика розслідування окремих видів злочинів, яка фактично є стратегією слідства, і являє собою систему теоретичних рекомендацій про закономірності організації розслідування окремих видів злочинів.

Розрізняють типові методики, які являють собою програми розслідування окремих видів злочинів, згрупованих за родовим об'єктом, та особливі, в основу виділення яких покладені інші підстави, наприклад: місце їх скоєння (на залізничному чи повітряному транспорті, в готелях, ресторанах, гуртожитках, виправно-трудових установах тощо); суб'єкти (злочинів, скоєних неповнолітніми, злочинними угрупованнями тощо); час, що пройшов з моменту скоєння злочину (нерозкриті злочини минулих років); кількість слідчих (одним слідчим чи бригадним методом); вид власності (розслідування викрадень приватного, державного чи комунального майна); інші (розслідування вбивств на замовлення, в умовах протистояння злочинних угруповань тощо).

Іноді залежно від ступеня деталізації методики поділяють на одно- та двоступеневі. Наприклад, методика розслідування викрадень поділяється на методику розслідування викрадень приватного майна і методику розслідування викрадень державного майна. В свою чергу методика розслідування викрадень приватного майна поділяється на методику розслідування квартирних крадіжок і методику розслідування кишенькових крадіжок.

За обсягом питань, які розв'язуються в ході розслідування, методики можуть бути повними, наприклад, методика розсліду-

вання вбивства та скороченими, наприклад, методика проведення першочергових слідчих дій.

Загальна структура окремої методики розслідування включає такі елементи, як: 1) криміналістична характеристика конкретного виду злочину (особливості предмета посягання, способи, умови та обставини його скоєння, особливості слідової картини, типові слідчі ситуації, поширеність, особливості суб'єктів, причини і умови, що сприяють їх скоєнню); 2) обставини, що підлягають встановленню та доказуванню; 3) особливості організації розслідування, зокрема: порушення справи, висування слідчих версій і планування розслідування, тактики першочергових і подальших слідчих дій, взаємодія слідчого з оперативно-розшуковими органами і спеціалістами, використання допомоги громадськості); 4) зміст роботи по виявленню та усуненню причин і умов, які сприяли скоєнню злочинів.

Методики є поширеними й у судовій експертизі оскільки успішне розв'язання завдань, що стоять перед експертом, як правило можливе лише при поєднанні різних методів, прийомів і засобів. Термін "методика" тут використовується в значеннях: 1) загальної системи правил, що стосуються способів розв'язання завдань, які застосовуються як у певній галузі експертизи в цілому, так і в окремих її родах і видах; 2) детально розроблених способів розв'язання експертних завдань певного типу залежно від досліджуваних об'єктів і поставлених питань, які являють собою спеціальні методики експертного дослідження; 3) планів, схем, які складаються експертом при проведенні конкретного експертного дослідження, окремої експертизи [5, 14].

Для кожного виду експертиз розробляються загальні та спеціальні методики. Загальна методика відзначається єдністю мети і предмета, загальністю його властивостей і ознак. Вона пов'язана із завданням певного класу, роду та виду експертиз в цілому. А спеціальні методики розробляються за видами досліджень об'єктів з

відповідними типовими завданнями, що є характерними для окремих експертних досліджень.

Залежно від поширеності поряд з традиційними методами криміналістики розрізняють і нетрадиційні, тобто ті, що ще не є загальноновизнаними і теоретично впорядкованими [38, 3], це, наприклад, одорологія, фоноскопія, кінетика, інтуїція, використання гіпнозу [10; 28] тощо.

Зокрема, предметом одорології є дослідження закономірностей утворення слідів запаху і розробка на цій основі засобів їх дослідження [34, 247]. Розрізняють кінологічну одорологію, у якій в якості аналізатора використовується орган нюху спеціально навченої собаки, яка робить вибірку об'єктів за пробами їхніх пахучих речовин з повітря, та інструментальну, у якій в якості аналізаторів застосовуються відповідні прилади (детектори), що здатні виявляти спектр пахучих речовин, реєструвати його і розрізняти їхні компоненти.

Одородогічні сліди, які є газоподібними скупченнями запаху, поділяють на сліди — джерела запаху і сліди запаху [2, 35; 14, 115]. Оскільки такі сліди швидко зникають, то після виявлення вони потребують негайного вилучення та консервації. При цьому використовуються такі способи, як: забір молекул безпосередньо ємністю або (всмоктування) запаху шприцом; адсорбування сліду запаху на нейтральний носій; забір. Такі сліди досліджуються в експертних установах сучасними науково-технічними методами.

Щодо фоноскопії, то основним її завданням є ідентифікація людини за голосом і діагностика її особливостей, наприклад, встановлення її емоційного стану. Використовуються органолептичні (органами слуху) і технічні (за допомогою звукозапису) способи фіксації слідів звуку. А фонограми усної мови вивчаються за допомогою фоноакустичного (ототожнення за слідами звуку його джерела) та електроакустичного (ідентифікації технічних засобів, на яких проводилася фіксація звукових слідів) дослідження. Є декілька методик цих до-

сліджень: спектрографічна (сонографія), фонетико-лінгвістична, що поєднує сонографію з лінгвістичною оцінкою мовної інформації та автоматична ідентифікація особи під час її розмови за допомогою спеціальних обчислювально-вимірювальних комплексів, які складаються з аналізатора і синтезатора мови [11, 140].

Оскільки певну інформацію про особу можна отримати і в процесі особистого спостереження за її поведінкою, то узагальнення знань про її реакції на ті чи інші подразники лягло в основу науки кінетики, предметом якої є “мова” рухів тіла людини, її жестів, прояви яких зумовлені імпульсами людської підсвідомості. За допомогою такого спостереження вдається виявити видимі реакції особи — почервоніння обличчя, посмикування рук, поява поту. Вважається, що знаками поведінки, яка свідчить про те, що людина говорить неправду, є: активна або обмежена жестикуляція, у тому числі ховання рук, зумовлене побоюванням появи неприродних жестів; обмеження рухів, зумовлене необхідністю зосередження зусиль на брехні тощо. Одержання такої інформації базується на використанні нездатності людини контролювати всі свої реакції, які стають способом передачі підсвідомих сигналів за допомогою мови жестів про власні емоції, думки та наміри і дають змогу діагностувати її емоційний стан, викривати брехню та коригувати тактику слідчих дій [15, 59; 30, 49].

Але оскільки іноді людина може досить уміло приховувати зовнішні прояви свого внутрішнього стану, то розробляються й інструментальні методи спостереження за її поведінкою з метою встановлення її реакції на ті чи інші запитання, слова, предмети-подразники і з'ясування причин такої поведінки. Дослідження фізіології людини дали змогу виявити частини головного мозку, які регулюють її емоційну поведінку, прояви якої можна зафіксувати і виміряти. З цією метою розроблено спеціальний пристрій — поліграф, використання якого базується на виявленні і фіксації змін психофізіологічного стану людини під час впливу на неї певних подразників [13, 56; 32, 115],

зокрема, відповідних запитань. Сучасні моделі поліграфа на семи каналах фіксують зміни більше 50 параметрів організму, які офіційно фіксуються і аналізуються. Результати такого аналізу оформляються документально із зазначенням відповідних графіків і висновків, долучаються до матеріалів справи та використовуються як орієнтовна інформація з метою пошуку процесуальних доказів.

В результаті досліджень діяльності мозку відкрито й інший спосіб виявлення брехні. Зокрема, вчені центру дослідження мозку університету Філадельфії виявили, що люди використовують різну кількість ділянок мозку, коли брешуть і коли кажуть правду. У ході свого дослідження вони попросили добровольців про одні й ті ж відомі їм обставини одних — говорити правду, а інших — брехати. Під час експерименту їхні психофізіологічні реакції на запитання та відповіді на них фіксувались за допомогою поліграфа, а діяльність їхнього мозку досліджувалась методом магніторезонансного сканування, результати якого показали, що “брехунам” доводилося активізувати сім ділянок мозку, а іншим — чотири. Отже, щоб брехати, мозкові доводиться докладати більше зусиль.

Відомий і фонетичний спосіб інструментального діагностування емоційного стану, в основі якого знання про те, що усна мова людини також є джерелом інформації про її реакції на емоційні подразники. Аналіз таких фізичних характеристик усної мови, як інтонація, тембр голосу, частота основного тону, мелодика, інтенсивність, форманта, темпоральні особливості, довгота, пауза, латентний час відповіді, просодичний тембр [39, 22], дають змогу виявити наявність в свідомості особи певних слідів відображень, які впливають на її поведінку.

Нетрадиційними методами розв'язання пізнавальних завдань у сфері судочинства є й інтуїція та гіпноз. Інтуїтивні умовиводи є підсвідомим акумульованим результатом постійної, напруженої розумової роботи суб'єкта пізнання. Вони є певним поштовхом до логічного осмислення відповідних

положень, висування версій, планування заходів збирання фактів з метою їх процесуального підтвердження [33, 55]. Слід погодитися й з тим, що вивчення можливостей використання гіпнозу також може сприяти пошуку нових напрямів підвищення ефективності оперативно-слідчої діяльності [16, 64].

Викладене дає підстави для таких висновків: 1) хоча дослідженню методів криміналістики увага вченими і приділялася, зазначена проблема залишається актуальною; 2) у системі цих методів функціонує система світоглядних принципів, загальнонаукові, окремонаукові та спеціальні мето-

ди; 3) методи криміналістики — це заснована на даних криміналістики та інших наук система правил, які орієнтують на певний спосіб дій при розв'язанні окремих завдань, вони базуються на даних криміналістики або трансформовані в неї за рахунок якісного їх перероблення з метою розв'язання відповідних завдань; 4) функцію спеціальних методів криміналістики виконують методики криміналістичних досліджень, серед яких розрізняють загальні методики, які пов'язані із завданнями певного класу, роду чи виду досліджень та спеціальні, які розробляються для окремих досліджень.

Список літератури:

1. Ахтирська Н.М. Теорія та методологія криміналістичної класифікації. — К., 2004.
2. Басай В.Д. Основи криміналістичної одорології. — Івано-Франківськ, 2002.
3. Белкин Р.С. Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики. — М., 1970.
4. Белкин Р.С. Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики. — М., 1970.
5. Бондарь М.Е. О понятии “экспертная методика” // Криминалистика и судебная экспертиза. — К., 1990. — Вып. 40.
6. Головин А.Ю. Криминалистическая систематика / Под ред. Н. Яблокова. — М., 2002.
7. Гончаренко В.И. Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве. — К.: Вища школа, 1980.
8. Горшенин Л.Г. Основы теории криминалистического прогнозирования. — М., 1993.
9. Грановский Г.Л. О криминалистическом прогнозировании. — М., 1976.
10. Гримак Л.П. Возможности применения “следственного гипноза” для раскрытия преступлений. — М., 1977.
11. Жариков Ю.Ф. Теоретические основы и практическая реализация технического комплекса для исследования речевых сигналов в криминалистике. — К., 1980.
12. Журавель В.А. Проблеми теорії та методології криміналістичного прогнозування. — Харків, 1999.
13. Ієрусалимов І.О. Забезпечення використання науково-технічних досягнень у слідчій діяльності. — К., 2000.
14. Кириченко А.А. Криминалистическая микрология. — Днепропетровск, 1993.
15. Клевцов О. Мова жестів як нетрадиційне знання в розслідуванні злочинів // Право України. — 1998. — № 4.
16. Клевцов О. Можливості використання гіпнозу в оперативно-слідчій практиці правоохоронних органів // Право України. — 1998. — № 7.
17. Колдин В.Я. Идентификация при расследовании преступлений. — М., 1978.
18. Колмаков В.П. Идентификационные действия следователя. — М., 1977.
19. Котюк І.І. Теоретичні аспекти криміналістичної ідентифікації: Монографія. — К., 2004.

20. Криміналістика / За ред. П. Біленчука. — К., 1998.
21. Криміналістика / Под ред. Н. Яблокова, В. Колдина. — М., 1990.
22. Криміналістика / Под ред. И. Пантелеева, Н. Селиванова. — М., 1988.
23. Криміналістика / Под ред. И. Крылова. — Л., 1976.
24. Kriminalistika: učebnica pre pravnicke fakulty / Jan Peščak a Kolektiv. — Bratislava, 1981.
25. Лисиченко В.К. Использование данных естественных и технических наук в следственной и судебной практике: Учеб. пособ. — К., 1979.
26. Лузгин И.М. Методологические проблемы расследования. — М., 1973.
27. Настільна книга слідчого / Панов М.І., Шепітько В.Ю., Коновалова В.О. — К., 2003.
28. Образцов В. Криміналістическа гіпнологія. А почему бы и нет! // Записки криміналістів. — М., 1995. — Вып. 5.
29. Ожегов С.И. Словарь русского языка. — М., 1988.
30. Пиз А. Язык телодвижений: Как читать мысли других людей по их жестам. — М., 1996.
31. Подкорытов Г.А. Соотношение диалектического метода с частнонучными методами // Вопр. философии. — 1962. — № 6.
32. Прукс П. Уголовный процесс: научная “детекция лжи”. — Тарту, 1992.
33. Романюк Б. Інтуїція слідчого та її роль у пізнавальній діяльності на досудовому слідстві // Право України. — 2005. — № 1.
34. Салтєвський М.В. Криміналістика. — Харків, 1999.
35. Сегай М.Я. Методологія судової ідентифікації. — К., 1970.
36. Седова Т.А. Проблемы методологии и практики нетрадиционной криминалистической идентификации. — Л., 1986.
37. Старченко А.А. Гипотеза. Судебная версия. — М., 1962.
38. Тертышник В.М. Нетрадиционные способы и формы собирания и исследования доказательств при расследовании преступлений. — Харків, 1994.
39. Тимошенко П.Ю. и др. Теория и практика использования следов памяти в расследовании преступлений. — К., 1991.
40. Тихонов Е.Н. Криміналістическа експертиза холодного озупья. — Барнаул, 1987.
41. Эйсман А.А. Введение в криминалистику — учение о предмете, системе, методах и истории криминалистики // Сов. криминалістика: Теоретические проблемы. — М., 1978.

РЕЗЮМЕ

В статье на основе обобщения общенаучной и криминалистической литературы, следственной и экспертной практики дается характеристика современных методов криминалистики.

SUMMARY

The article provides characteristics of modern methods of criminalistics based on the generalization of general scientific literature, criminalistic literature as well as investigation and expert practice.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 03.09.07



С.С. Аскеров,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.П. Кучинська)

Межі обов'язковості вказівок судів вищої інстанції для судів нижчої інстанції згідно законодавства України та Азербайджану

Ключові слова: перевірка рішень суду, перегляд рішень суду, вказівки судів вищої інстанції, межі обов'язковості, гарантії незалежності суддів.

Для забезпечення незалежності суддів у кримінальному процесі особливе значення мають взаємовідносини між судами різних інстанцій. Діюче законодавство України має чітко регламентувати функціонування судів різних рівнів, щоб не допускати незаконного здійснення впливу судів вищого рівня на діяльність суддів судів нижчого рівня. Кримінально-процесуальний кодекс України передбачає систему норм, які регламентують порядок судового розгляду, а також форми перевірки законності і обґрунтованості судових рішень* у кримінальних справах шляхом провадження в апеляційній, касаційній інстанціях та перегляд судових рішень в порядку виключного провадження. Законодавство України передбачає як можливість виправлення судових помилок, так і гарантії принципу незалежності суддів. Однак в Кримінально-процесуальному кодексі України існує норма (ст. 24) [5, 72], відповідно до якої суди вищого рівня здійснюють нагляд за судовою діяльністю судів нижчого рівня. Вказане положення не узгоджується з ви-

могами Конституції і суперечить принципу незалежності суддів, оскільки нагляд є однією з форм контролю, а за наявності останнього говорити про незалежність є зайвим.

Згідно зі ст. 129 Конституції України [3, 49] суди при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону. Втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб законом заборонені.

Слід зазначити, що після внесення змін до КПК України 21 червня і 12 липня 2001 р. [1], та з прийняттям у 2002 року Закону України "Про судоустрій України" [2] ліквідовано нагляд судів вищого рівня за судовою діяльністю у вигляді перегляду у порядку нагляду вироків, ухвал і постанов суду, що набрали законної сили; принесення протестів на судові рішення, що набрали законної сили, Головою Верховного Суду та його заступниками, Головою Верховного Суду Криму, головами обласного, Київського і Севастопольського міських судів та їх заступниками, головами військових судів регіонів і Військово-Морських сил. Закон забороняє Верховному Суду України та апеляційним судам контролювати

*Рішення суду в статті розглядається як вирок, ухвала суду, постанова судді.

роботу судів нижчого рівня, проводити перевірки їхньої діяльності, а посадовим особам Верховного Суду та апеляційних судів — приносити протести на вироки, ухвали постанови у кримінальних справах.

Відповідно до ст. 47 Закону України “Про судоустрій України” Верховний Суд України, як найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції, здійснює правосуддя, забезпечує однакове застосування законодавства усіма судами загальної юрисдикції. В цьому зв’язку нагляд за судовою діяльністю Верховного Суду України полягає у виявленні і виправленні помилок та порушень законів, допущених судами під час розгляду кримінальних справ, дачі роз’яснень з питань застосування законодавства, що виникають при розгляді кримінальних справ, вивченні у судах нижчого рівня стану організації здійснення судочинства і надання їм методичної допомоги.

Апеляційні суди в Україні згідно з повноваженнями, розглядають кримінальні справи в апеляційному порядку та виправляють порушення закону, допущені судами нижчого рівня, надають їм методичну допомогу у застосуванні законодавства.

Таким чином, говорячи про нагляд судів вищого рівня за судовою діяльністю, слід мати на увазі як повноваження щодо розгляду справ у апеляційному, касаційному порядку, в порядку виключного провадження в зв’язку з перевіркою обґрунтованості і законності судових рішень у встановленому законом процесуальному порядку, усуненням порушень закону, допущених судами нижчого рівня, так і права приймати рішення за скаргою (поданням) з метою забезпечення правильного застосування судами законодавства.

Суддя в порівнянні з іншими посадовими особами в державі наділений особливим статусом. Проте більшість суддів вбачає в особі голови суду чи його заступника свого керівника. Останні, в свою чергу, можуть здійснювати не процесуальне керівництво іншими суддями у формі попереднього узгодження винесеного рішення. З такою позицією не можна погодитись, оскільки

аналіз законодавства, зокрема Законів України “Про статус суддів”, “Про судоустрій України”, дозволяє зробити висновок, що всі судді наділені єдиним статусом і відрізняються між собою тільки компетенцією та повноваженнями. Однак заслуговує на увагу і думка про те, що найбільше важелів впливу на суддів залишається у голів судів, від яких і нині часто залежить розподіл справ, вирішення питань кар’єри суддів, питань про преміювання суддів, про відпустки, відрядження тощо [6, 96]. Хоча, вже в деяких правових актах (ЦПК від 2004 р.) передбачено, що голови судів не наділяються процесуальними правами, а справи між суддями розподіляються в порядку черговості [4, 29–33].

Вважаємо, що зменшенню впливу голів судів чи їх заступників повинна сприяти передача Державній судовій адміністрації та її органам на місцях більшої частини адміністративних функцій, а голова суду чи його заступник зосередяться на вирішенні судових справ. Для вдалого вирішення питання можна вивчити також досвід зарубіжних країн, що свідчить про рівність статусу всіх суддів, з яких один призначається головою суду і тільки розподіляє між іншими суддями справи, приймає на роботу суддівський персонал, але ні в якому разі не може впливати на суддів [8, 152–158].

Неприпустимо, коли суд вищого рівня фактично здійснює непроцесуальне керівництво судом нижчого рівня. При постановленні вироку суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об’єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності (ч. 3 ст. 323 КПК). Апеляційний суд може винести ухвалу про скасування вироку чи постанови і повернення справи на новий судовий розгляд (п. 1 ч. 1 ст. 366 КПК). В такій ухвалі суду має бути зазначено, які статті закону порушено, в чому саме полягають ці порушення або необґрунтованість вироку (постанови), а також обставини, які необхідно з’ясувати, які слідчі дії для з’ясування цих обставин належить виконати (ч. 3, 4 ст. 377 КПК).

Відповідно до ст. 374, 399 КПК України вказівки суду, що розглядає справу в апеляційному чи касаційному порядку, є обов'язковими при повторному розгляді справи судом першої інстанції у іншому складі суддів.

Вважаємо, що вказівки судів вищого рівня повинні бути такими, щоб, з одного боку, забезпечували можливість виправлення помилки суду першої інстанції, а з іншого — сприяли забезпеченню принципу незалежності суддів і забезпечення свободи їх внутрішнього переконання під час нового розгляду справи. Тому кримінально-процесуальне законодавство передбачає межі вказівок апеляційної інстанції. Так, суд апеляційної інстанції не вправі: а) вирішувати наперед питання про доведеність чи недоведеність обвинувачення; б) наперед вирішувати питання про достовірність чи недостовірність того або іншого доказу; в) вирішувати наперед питання про перевагу одних доказів над іншими; г) визначати, який кримінальний закон повинен бути застосований судом першої інстанції г) наперед визначати міру покарання (ч. 3 ст. 374 КПК).

У разі розгляду справи в касаційному порядку згідно з п. 2 ч. 1 ст. 396 КПК суд касаційної інстанції може скасувати вирок, постанову чи ухвалу і направити справу на нове розслідування або новий судовий чи апеляційний розгляд. Однак чинне кримінально-процесуальне законодавство України не передбачає меж вказівок касаційної інстанції для суду, який буде здійснювати новий розгляд справи у першій або апеляційній інстанціях. Поряд з тим, вказівки суду, що розглядав справу в касаційному порядку, є обов'язковими для суду першої або апеляційної інстанції. Невиконання вказівок суду касаційної інстанції є підставою для скасування судового рішення. Виключенням є випадки, коли обставини, що зазначені в ухвалі суду касаційної інстанції, не можна було дослідити з об'єктивних причин [7, 121]. Одночасно обов'язковість вказівок суду касаційної інстанції не повинна обмежити право органів розслідування та суду при

новому розслідуванні та розгляді справи оцінювати докази за своїми внутрішніми переконаннями, що ґрунтуються на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи, згідно із законом.

З урахуванням викладеного, пропонуємо викласти ст. 399 КПК України в новій редакції, чітко передбачивши межі вказівок касаційної інстанції з урахуванням вимог ст. 18, ч. 3 ст. 374 КПК та ст. 129 Конституції України.

Законодавство Азербайджану також передбачає порядок функціонування судів різних інстанцій, їх взаємовідносини при здійсненні правосуддя у кримінальному судочинстві.

Так, згідно зі ст. 4 Закону Азербайджану “Про суди і суддів” від 10 червня 1997 р. з відповідними змінами судовий розгляд справ проводиться у судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій. У порядку та випадках, передбачених законодавством Азербайджану, справи в суді першої інстанції розглядаються одноособово судьєю, колегіально судом у складі трьох суддів або судом присяжних. Справи в судах апеляційної та касаційної інстанцій розглядаються колегіально судом у складі трьох або більш суддів [11, 5]. Під час розгляду справи суди мають керуватися Конституцією Азербайджанської республіки (ст. 127) [9, 55], законами та іншими правовими актами, міжнародними договорами, учасником яких є Азербайджан. Правосуддя здійснюється в умовах безсторонності і забезпечення незалежності суддів відповідно до законів Азербайджану (ст. 8). Не допускається існування відносин непроцесуального характеру між складом суду та учасниками судового процесу, між судом першої інстанції та судами апеляційної та касаційної інстанції. Саме з цією метою закон встановлює, що необхідною умовою для здійснення правосуддя є створення таких умов, які відповідали б високому статусу суду, виключали будь-який вплив на суддів та втручання в їх діяльність, в тому числі з боку судів вищого рівня (ст. 17, 18 Закону “Про суди і суддів”).

Вважаю, що таке положення закону цілком відповідає принципу незалежності

суддів. Кримінальне процесуальне законодавство Азербайджану також містить положення про незалежність суддів і присяжних засідателів, забороняє будь-яке втручання в їх діяльність при здійсненні правосуддя (ст. 25). Діючий КПК Азербайджану надає право суддям приймати рішення за своїм внутрішнім переконанням на підставі повного, всебічного та об'єктивного розгляду всіх обставин справи в їх сукупності відповідно до закону.

КПК Азербайджану передбачає порядок судового розгляду справи в суді першої інстанції, а також форми перевірки законності і обґрунтованості судових рішень у кримінальних справах шляхом провадження в апеляційній, касаційній інстанціях (глава XLVII КПК) [10, 404-450].

Перевірка рішень суду першої інстанції проводиться судом апеляційної інстанції, як правило, після подання апеляційної скарги або принесення прокурором апеляційного протесту на прийняте рішення суду першої інстанції (ст. 383 КПК).

Кримінально-процесуальне законодавство Азербайджану передбачає попередній розгляд апеляційної скарги або апеляційного протесту колегіально судом у складі трьох суддів. Попередній розгляд справи проходить за участю апелянта та сторони обвинувачення. За результатами розгляду апеляційної скарги або апеляційного протесту Апеляційний суд може прийняти рішення про скасування вироку чи постанови і повернення справи до суду першої інстанції для усунення порушень вимог закону, на новий судовий розгляд тощо (ст. 391 КПК).

Підставами для повернення справи суду першої інстанції з метою усунення порушень вимог закону є: а) непідписання протоколу судового засідання головуючим або секретарем судового засідання (ст. 396.1. КПК); б) ненадання копії вироку засудженому або виправданій особі, надання копії вироку без перекладу на рідну мову зазначених осіб (ст. 396.2. КПК); в) непідписання суддею вироку (рішення) суду (ст. 396.3. КПК); г) у разі відсутності протоколу судового засідання, вироку або

рішення суду за результатами розгляду матеріалів справи (ст. 396.4. КПК).

У такому випадку суд апеляційної інстанції повертає матеріали справи і встановлює суду першої інстанції десятиденний строк для усунення порушення вимог закону.

Апеляційний суд скасовує рішення суду першої інстанції у разі: 1) проведення судового розгляду першої інстанції за наявності порушень закону (ст. 303.3 цього Кодексу), допущених органами попереднього слідства, якщо їх не можна усунути під час розгляду справи в суді (ст. 391.8.1. КПК); 2) не усунення судом першої інстанції хоча б однієї з вимог апеляційного суду про порушення закону (ст. 391.6. КПК) під час розгляду справи (ст. 391.8.2. КПК); 3) проведення судового розгляду справи з порушенням правил підсудності (ст. 391.8.3. КПК); 4) здійснення судового розгляду справи відведеним суддею (391.8.4. КПК); 5) проведення судового розгляду справи з порушенням вимог КПК про незмінність складу суду (391.8.5. КПК); 6) проведення судового розгляду справи з порушенням прав підсудного (ст. 391.8.6. КПК); 7) проведення судового розгляду справи з порушенням прав підсудного користуватися рідною мовою або мовою, якою він володіє, і допомогою перекладача (ст. 391.8.7. КПК); 8) проведення судового розгляду справи з порушенням законних вимог державного обвинувача, підсудного та його захисника (ст. 391.8.8. КПК); 9) проведення розгляду справи з порушенням вимог КПК щодо виступу у судовому засіданні потерпілого, державного обвинувача, захисника і надання підсудному права виступати з останнім словом (ст. 391.8.9. КПК); 10) винесення остаточного судового рішення з порушенням вимог закону щодо таємниці наради суддів (ст. 391.8.10. КПК); 11) проведення судового розгляду справи з порушенням вимог закону щодо межі обвинувачення і винесення обвинувального вироку за більш тяжкий злочин, ніж запропонований державним обвинувачем (ст. 391.8.11. КПК); 12) порушення порядку підпи-

сання судового рішення, передбаченого ст. 352.5.-352.6 КПК.

Таким чином, за наявності вказаних порушень, допущених під час розгляду справи у суді першої інстанції, суд апеляційної інстанції скасовує прийняте рішення та направляє справу на новий розгляд суду першої інстанції. Апеляційний суд має також право прийняти остаточне рішення за результатами розгляду апеляційної скарги або апеляційного протесту за умови проведення одночасно судового слідства (ст. 394.6. КПК). Рішення (вирок, ухвала, постанова) суду першої інстанції щодо фактичних обставин справи перевіряється апеляційним судом в межах поданої апеляції. Застосування норм матеріального та процесуального права перевіряється незалежно від доводів апеляції (ст. 397.3. КПК).

Крім вказаних повноважень суд апеляційної інстанції має право прийняти спеціальне рішення щодо осіб, які допустили грубе порушення вимог законодавства під час проведення попереднього слідства та розгляду справи у суді першої інстанції (ст. 391.10. КПК). Таке рішення апеляційного суду направляється щодо посадових осіб органів попереднього слідства до органу вищого рівня або посадовій особі, щодо судді суду першої інстанції Судово-правовій Раді Азербайджану для прийняття відповідних заходів.

Суд апеляційної інстанції має також право: 1) прийняти рішення про залишення рішення суду першої інстанції без зміни, а апеляційної скарги без задоволення; 2) скасувати рішення першої інстанції та прийняти нове судові рішення; 3) скасувати рішення суду першої інстанції та прийняти рішення про припинення провадження у справі; 4) прийняти судові рішення про зміну рішення суду першої інстанції (ст. 398-406 КПК).

Таким чином, аналіз норм Кримінально-процесуального законодавства Азербайджану щодо провадження в суді апеляційної інстанції (ст. 381-407) показує, що суд апеляційної інстанції має досить широкі повноваження під час перевірки рішення

суду першої інстанції у порядку апеляційного провадження (зокрема, за результатами попереднього розгляду він має право: *скасувати рішення суду першої інстанції, повертати справу на новий розгляд, приймати нове рішення, припинити провадження у справі, приймати спеціальне рішення щодо посадових осіб органів попереднього слідства, судді першої інстанції, які допустили грубе порушення закону, а по апеляційному розгляду справи: залишити рішення (вирок, постанову чи ухвалу) суду першої інстанції без зміни, апеляційну скаргу (протест) без задоволення, скасувати рішення суду першої інстанції і прийняти нове рішення, скасувати рішення суду першої інстанції і припинити провадження у справі, змінити рішення суду першої інстанції.*

Однак КПК Азербайджану чітко не передбачено положення ні про вказівки суду апеляційної інстанції, ні межі таких вказівок для суду першої інстанції під час апеляційного розгляду справи та повернення справи на новий розгляд. Відсутність чіткого законодавчого положення про вказівки суду апеляційної інстанції для суду першої інстанції при поверненні справи на новий розгляд зовсім не означає відсутність на практиці доручень суду вищого рівня для суду нижчого рівня. Можна уявити собі коли доручення суду вищого рівня ігнорується або не виконується судом нижчого рівня при новому розгляді справи. Аналіз ст. 391 КПК дає підстави зробити висновок про те, що вимоги суду, що розглядав справу в порядку апеляційного провадження, є обов'язковими для суду першої інстанції. Невиконання таких вимог є підставою для скасування судового рішення (ст. 391.6., 391.8., 391.9. КПК).

Крім того, невиконання вимог суду апеляційної інстанції може бути підставою для винесення апеляційним судом спеціального рішення щодо посадових осіб органів попереднього розслідування та судді суду першої інстанції згідно зі ст. 391.10. КПК Азербайджану.

Вважаємо, що обов'язковість вимог суду апеляційної інстанції обмежує можливість органів попереднього розсліду-

вання та суду при новому розслідуванні та розгляді справи порушувати принцип незалежності і недоторканності суддів при здійсненні правосуддя.

На мою думку, відсутність чіткого положення в КПК Азербайджану про вказівки суду апеляційної інстанції та межі таких вказівок для суду першої інстанції при новому розгляді справи створює умови для незаконного впливу з боку суду вищого рівня на суд першої інстанції, що є порушенням конституційного принципу незалежності і недоторканності суддів при здійсненні правосуддя.

Пропоную викласти ст. 391.9. КПК Азербайджану в такій редакції: “Скасовуючи рішення суду першої інстанції, суд апеляційної інстанції не має права вирішувати наперед питання про доведеність чи недоведеність обвинувачення, достовірність або недостовірність доказів, переваги одних доказів над іншими, застосування судом першої інстанції того чи іншого кримінального закону, застосування судом першої інстанції того чи іншого кримінального покарання”.

Розгляд справи в порядку касаційного провадження проводиться відповідно до глави XLVII КПК Азербайджану.

Згідно зі ст. 419 КПК, розглядаючи справу в касаційному порядку, суд касаційної інстанції може 1) залишити рішення (вирок, постанову чи ухвалу) суду першої інстанції і апеляційного суду без зміни, а касаційну скаргу (протест) без задоволення (ст. 419.10.1.); 2) скасувати рішення (вирок, постанову чи ухвалу) суду першої інстанції і апеляційного суду та направити справу на новий судовий (за участю присяжних засідателів) або апеляційний розгляд (ст. 419.10.2.); 3) скасувати рішення (вирок, постанову чи ухвалу), що набрали законної сили і припинити провадження у справі (ст. 419.10.3.); 4) змінити рішення (вирок, постанову чи ухвалу) суду першої інстанції або апеляційного суду (ст. 419.10.4.).

Скасовуючи рішення суду першої інстанції і апеляційного суду та направляючи справу на новий розгляд, суд касаційної інстанції не має права при новому розгляді справи вирішувати наперед питання про: 1) доведеність чи недоведеність обвинувачення (ст. 419.12.1); 2) достовірність або недостовірність доказів (ст. 419.12.2.); 3) переваги одних доказів над іншими (ст. 419.12.3); 4) застосування судом першої або апеляційної інстанції того чи іншого кримінального закону та покарання (ст. 419.12.4. – 419.12.5.).

Таким чином, аналіз норм кримінально-процесуальних законів України та Азербайджану, які передбачають порядок розгляду справ у судах апеляційної і касаційної інстанцій, свідчить, що основною метою апеляційного й касаційного провадження є перевірка законності та обґрунтованості судових рішень, усунення порушень закону, допущених судами нижчого рівня, яка реалізується у прийнятих даними судовими інстанціями рішеннях за скаргою (протестом) учасників судового процесу.

Кримінально-процесуальним законодавством країн встановлено, що до компетенції суду касаційної інстанції також входить надання роз'яснень з питань застосування законодавства, що виникають при розгляді кримінальних справ, вивченні у судах нижчого рівня стану організації здійснення судочинства і надання їм методичної допомоги.

Разом з тим, законодавство обох країн забороняє судам вищого рівня втручатися у діяльність суду першої інстанції під час здійснення правосуддя у кримінальному судочинстві.

Тому чітка законодавча регламентація взаємовідносин судів різних рівнів, їх повноважень, прав та обов'язків у кримінальному судочинстві має велике значення для здійснення законного, справедливого й незалежного правосуддя, ефективного захисту судом прав людини.

Список літератури:

1. Закон України “Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України” від 21 червня 2001 р. № 2533 // Офіційний вісник України. — 2001. — № 25. — Ст. 1142.
2. Закон України “Про судоустрій України” від 7 лютого 2002 р. (з наступними змінами) // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 27-28. — Ст. 180.
3. Конституція України (із змінами і доповненнями внесеними Законом України від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV). — К.: Атіка, 2006. — 61 с.
4. *Кривенко В.В.* Демократизація судової влади в Україні // Вісник Верховного Суду України. — К., 2005. — № 7.
5. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. — Вид. третє, перероблене та доповнене — К.: Юрисконсульт, КНТ, 2006. — 890 с.
6. *Куйбіда Р.О.* Організація і розвиток сучасної судової системи України: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006.
7. Основи адміністративного судочинства в Україні / За заг. ред. Н.В. Александрової, Р.О. Куйбіди. — К.: Конус — Ю, 2006. — 256 с.
8. *Шшикін В.І.* Судові системи країн світу: Навчальний посібник. У 3-х кн. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн. 1. — 320 с.
9. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası. — Bakı: “Hüquq ədəbiyyatı” nəşriyyatı, 2002. — 83 s.
11. Məhkəmələr və Hakimlər haqqında Azərbaycan Respublikasının 10 iyun 1997-ci il tarixli qanunu // Məhkəmə hakimiyyəti (normativ-hüquqi aktlar toplusu) “Hüquq ədəbiyyatı” nəşriyyatı, Bakı, 2006. — S. 4-77.
10. Azərbaycan Respublikasının Cinayət-prosesual məəcəlləsi. “Hüquq ədəbiyyatı” nəşriyyatı, Bakı, 2005. — 752 s.

РЕЗЮМЕ

В статье раскрываются вопросы соотношения указаний вышестоящих судов, пределы их обязательности для нижестоящих судов и принципа независимости судей в уголовном процессе Украины и Азербайджана. Анализируются национальные законодательные акты этих стран, их соответствие международным правовым актам.

SUMMARY

The issues of correlations of court directives and limits of their obligations to inferior courts with the principle of independence of judges in criminal process in Ukraine and Azerbaijan are highlighted in the current article. The national legislative acts of these countries, their conformity to the international legal acts are analyzed.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 23.09.07



Ю.В. Циганюк,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.П. Кучинська)

Форми цивільного позову в кримінальному процесі України та країн континентальної правової системи

Ключові слова: форма позову, кримінальний процес, цивільний позов, країни континентальної правової системи, протокол допиту.

Реалізація прав потерпілих від злочину осіб можлива, на жаль, лише після заявлення позову в кримінальному процесі, що виступає своєрідним “поштовхом” для відкриття провадження щодо відшкодування заподіяної злочином шкоди. Втім кримінально-процесуальний закон не містить чітких вказівок про оформлення цивільних вимог до деліквента в кримінальному процесі.

Цивільно-правові вимоги об’єктивізуються, тобто знаходять своє відображення в документі, що називається цивільним позовом. Елементи цивільного позову юридичні наслідки спричиняють саме завдяки їх викладу у позовній заяві, яка виконує функцію юридичного засобу порушення процесуальних відносин правовідновлення у кримінальному процесі. Причому якщо цивільний процесуальний закон встановлює письмову форму пред’явлення позовів, то Кримінально-процесуальний кодекс не містить з цього приводу чітких вказівок. На практиці зустрічається прийняття як письмових, так і усних заяв. Практику використання в кримінальному процесі обох форм цивільних позовів варто визнати правильною.

Надання переваги одній із них знизило б швидкість процесу і ефективність захисту матеріальних прав [1, 19].

Метою цієї статті є визначення відомостей, що включаються до форми цивільного позову в кримінальному процесі України та країн континентальної правової системи, а також особливостей їх відображення у позовній заяві.

Теоретичною основою дослідження стали висновки, викладені у працях відомих теоретиків права та фахівців процесуалістів із проблем цивільного позову в кримінальному процесі. Це, зокрема, роботи С. Александрова, П. Гурєєва, З. Зінатулліна, В. Нора, А. Мазалова, О. Тарнавського, М. Шаламова та інших.

На відмінну від цивільного процесу форма звернення в кримінальному процесі має значення лише в тому розумінні, що органи дізнання і особи, до яких воно адресоване, зобов’язанні або прийняти від заявника документ з викладеними позовними вимогами, або відобразити зроблену заяву у відповідному процесуальному документі [12, 59–60].

У чинному кримінально-процесуальному законодавстві України не закріплено

ніяких вимог щодо форми позовної заяви про відшкодування шкоди, заподіяної злочином. В юридичній літературі широко розповсюджена думка, що позовні вимоги в кримінальному процесі можуть бути заявлені в письмовій або усній формі. Вважається, що така позиція зумовлена дією принципу публічності в кримінальному процесі і спрямована на швидке ведення процесу та ефективний захист прав громадян і юридичних осіб, які постраждали від злочину. Тому, приєднуючись до цієї позиції, треба вказати на одне виключення щодо юридичної особи, яка безпосередньо брати участь у кримінальному процесі не може, а тільки через посередництво її представника. Тому позовна заява від юридичної особи повинна бути надана в письмовій формі, підписана її керівником. Обов'язкове додержання письмової форми позовної заяви повинно також мати місце і у випадку пред'явлення цивільного позову прокурором в інтересах держави чи осіб, які за станом здоров'я та з інших поважних причин не можуть захистити свої права. При усному заявленні цивільного позову в кримінальній справі вважається за доцільне складати окремий протокол — протокол заяви цивільного позову і не зупинятись лише на фіксуванні цього факту в протоколі допиту потерпілого, що досить часто робиться на практиці. Адже позов — акт волевиявлення особи — вимога про відшкодування заподіяної їй шкоди, а протокол допиту потерпілого — спосіб фіксації його свідчень про обставини справи. Про наявність шкоди і її відшкодування позивач можливо повідомить пізніше, коли це підтвердиться іншими доказами. В результаті дослідження судової практики виявлені численні факти відмови від цивільного позову в кримінальному процесі у протоколі допиту потерпілих, а також виявлені випадки, коли цивільний позов заявлявся після попереднього розгляду справи суддею, коли на досудовому слідстві потерпілі відмовлялися від цивільного позову.

Нічого не сказано в Кримінально-процесуальному кодексі України і про вимоги щодо змісту позовної заяви, вони

містяться в цивільно-процесуальному законодавстві. Питання форми позовної заяви про відшкодування шкоди розкрито у ст. 119 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК). Зокрема зазначається, що позовна заява подається до суду у письмовій формі.

Позовна заява повинна містити у собі:

1. Найменування суду, до якого подається заява.
2. Ім'я (найменування) позивача і відповідача, а також ім'я представника позивача, якщо позовна заява подається представником, їх місце проживання або місцезнаходження, поштовий індекс, номер засобів зв'язку, якщо такий відомий.
3. Зміст позовних вимог.
4. Ціну позову щодо вимог майнового характеру.
5. Виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги.
6. Зазначення доказів, що підтверджують кожен обставину, наявність підстав для звільнення від доказування.
7. Перелік документів, що додаються до заяви [21, 45].

Як результат дослідження встановлено, що форма цивільного позову про компенсацію шкоди, заподіяної злочином, не може бути достатньо повно визначена на підставі ст. 119 ЦПК. Теоретичний та значний практичний інтерес у її з'ясуванні спонукає до аналізу структури відповідної позовної заяви.

На думку М. Шаламова, цивільний позов має включати наступні відомості:

1. Хто пред'являє цивільний позов (назва та місцезнаходження потерпілого).
2. До кого пред'являється цивільний позов (прізвище, ім'я, по батькові, адреса обвинуваченого, його відношення до потерпілого в період скоєння злочину — посадове, договірне та ін.).
3. Якими діями і коли обвинуваченим була спричинена шкода (крадіжка, корисливе зловживання службовим становищем та ін.) із вказівкою на докази, що підтверджують факт спричинення шкоди.
4. Встановлені, до моменту написання

позовної заяви, розмір та грошове вираження шкоди.

5. Відомі джерела можливої компенсації матеріальної шкоди (заощадження обвинуваченого, його майно та ін).

6. Вимогу відшкодувати шкоду з визначенням ціни.

7. Прохання про визнання потерпілого цивільним позивачем по справі [22, 16–17].

На нашу думку, такий перелік відомостей у позовній заяві повністю надає особі можливості за допомогою кримінального процесу відшкодувати завдану злочином шкоду.

Втім існує досить важлива проблема. Цивільний позивач у цивільному процесі звертається до суду як органу, який своєю ухвалою (постановою) приймає рішення про порушення провадження за позовом та головує під час цивільно-процесуального провадження. У кримінальному процесі визнання особи цивільним позивачем та прийняття цивільного позову до провадження здійснюється в переважній більшості органами дізнання та досудового слідства. Виникає ситуація, коли позовна вимога в кримінальному процесі звернена до суду, а рішення про його прийняття чи відмову в цьому на стадії дізнання та досудового слідства здійснює інший суб'єкт кримінально-процесуальної діяльності. Зокрема, під час дослідження матеріалів судової практики довелось виявити низку невідповідностей. У більшості справ позовні заяви, хоча і складались на досудовому слідстві, але були адресовані суддям [3]. У інших справах позовні заяви адресовані слідчим [2].

Для того, щоб усунути зазначену суперечність, пропонуємо включити до кримінально-процесуального законодавства норму, яка б визначала, що у випадку пред'явлення цивільного позову під час дізнання та досудового слідства, а також у підготовчій частині судового розгляду цивільний позов у кримінальному процесі має бути звернений до особи, яка здійснює в цей період провадження у кримінальній справі. Таке положення дозволить усунути суперечності, пов'язанні із переданням

справи за підслідністю та підсудністю, адже коли позов звернений до суду одного міста, а кримінальна справа за зв'язком справ повинна бути передана до суду іншого міста, виникає велика кількість питань як теоретичного, так і практичного характеру, пов'язаних із компетенцією суду з цього питання.

Вирішення такої ситуації своєрідно відображене у кримінально-процесуальному законодавстві Польщі. Органи дізнання та досудового слідства не мають права видавати постанову про прийняття позову — це компетенція лише суду [26, 45–46].

У кримінальному процесі Франції будь-яка особа, яка вважає, що їй злочином чи проступком спричинена шкода, може шляхом подачі скарги виступити перед компетентним слідчим суддею як цивільний позивач. І саме слідчий суддя розпоряджається про направлення скарги Прокурору Республіки [25, 132].

Німецький кримінальний процес встановлює у ст. 381 Кримінально-процесуального кодексу, що подання позову відбувається через протокол канцелярії чи шляхом подання обвинувального висновку. В той же час, позов має відповідати умовам, передбаченим у абз. 1 ст. 200 цього кодексу [27, 133]. Також німецький законодавець встановлює в ст. 404 КПК положення про те, що потерпілий або його спадкоємець може усно під запис службовця або письмово пред'явити вимоги про відшкодування збитків, заподіяних злочином, на основному слуханні, а також усно, до початку проголошення вироку [27, 139].

В. Чугунов вказує на загальні особливості форми та змісту цивільного позову в кримінальному процесі деяких зарубіжних країн. Автор зазначає, що цивільний позов в кримінальній процес вводитьься шляхом подачі заяви. Вона може бути письмова чи усна. Остання має бути занесена до протоколу. При цьому правила ЦПК про форму і зміст позову не є обов'язковими під час заявлення цивільного позову в кримінальному процесі. В ньому достатньо лише вказати, ким пред'явлений позов, під-

ставу його подання і шкоду, яка має бути відшкодована, а також порядок, в якому пред'являються докази [20, 105–106].

У змісті позовної заяви, за польським кримінально-процесуальним законодавством, позивач повинен сформулювати фактичну підставу своєї вимоги, саму вимогу, а також вказати відповідача. За відсутності вказівки на фактичну підставу суд не в змозі встановити наявність безпосереднього зв'язку шкоди і злочину [10, 71].

Верховний Суд України щодо компенсації моральної шкоди, заподіяної злочинцем, вказав, що на досудовому слідстві позовні заяви про компенсацію шкоди приймаються у довільній формі, без зазначення даних, які вказані у ст. 137 ЦПК (тепер ст. 119 ЦПК. — Ю.Ц.). Це не суперечить кримінально-процесуальному законодавству, оскільки обов'язок доказування характеру та розміру шкоди, заподіяної злочинцем, покладено на слідчі органи [16, 31]. Проте це засвідчує недосконале та неповне оволодіння пересічними громадянами інституту компенсації шкоди, оформлення цивільного позову. Слід пам'ятати, що цей інститут є новим для правової системи України. Тож не дивно, що потерпілі, які без допомоги юристів намагаються використати цей спосіб захисту, стикаються із труднощами при оформленні цивільних позовів про компенсацію шкоди. На це вказує неконкретність, немотивованість значної частини вимог про компенсацію шкоди [5; 7; 8].

В юридичній літературі серед науковців, які досліджували проблеми цивільного позову в кримінальному судочинстві, панує думка, згідно з якою не можна вимагати на стадії досудового слідства та дізнання від постраждалої від злочину особи, її представника дотримання всіх, передбачених цивільним процесуальним законодавством, а саме ст. 137 ЦПК (тепер — 119), реквізитів позовної заяви під час заявлення цивільного позову в кримінальній справі [9, 30; 14, 93; 18, 373].

Діюча за часів СРСР постанова Пленуму Верховного Суду СРСР № 6 від 28

травня 1954 р. “Про судову практику щодо стягнення матеріальної шкоди, заподіяної злочинцем”, звертала увагу як на недолік, що, приймаючи від потерпілого чи його представника заяви про залучення до справи особи як цивільного позивача, слідчі органи і суди не вимагають від заявника оформлення цивільного позову відповідно до норм цивільно-процесуального законодавства [15, 372]. У постанові ж Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1989 р. “Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочинцем, і стягнення безпідставно нажитого майна” (далі — Постанова), взагалі немає будь-яких вказівок відносно вимог, які пред'являються до позовної заяви в кримінальній справі. Лише у пункті 5 Постанови пояснюється, що при розгляді цивільного позову в кримінальній справі з питань, не врегульованих Кримінально-процесуальним кодексом України, суд може керуватись відповідними нормами Цивільного процесуального кодексу.

Справа в тому, що в кримінальному процесі позовні заяви практично завжди оформляються за відсутністю вимог ст. 119 ЦПК України. Таке становище з оформленням позовних заяв пояснюється як суб'єктивними причинами (слідчі та судді не вимагають від заявника оформлення позовної заяви у відповідності до ст. 119 ЦПК), так і об'єктивними. До об'єктивних причин можна віднести, наприклад, таку обставину, як відсутність у заявника на момент пред'явлення позову точних відомостей про характер та розмір спричиненої шкоди, а також про відповідача. Звичайно, позовна заява, в якій межі матеріальної відповідальності цивільного відповідача чітко не встановлені, мало допоможе цивільному відповідачу в захисті від заявленого позову [15, 372].

Саме ці недоліки, допущені через формулювання законодавства, негативно відображаються на долі цивільного позову в кримінальній справі. Зазначені недоліки можуть потягти за собою відмову в задоволенні позову або залишення за позивачем

права на пред'явлення позову в порядку цивільного судочинства, що з одного боку зтягає розгляд справи, а з іншого — покладає на позивача додаткові витрати (адже в кримінальному процесі цивільний позов звільняється від сплати державного мита). По-друге, недоліки такої заяви мають неприємні наслідки і для органів слідства: суб'єкт кримінального процесу, в провадженні якого знаходиться справа, не наділений повноваженнями залишати заяву позивача без розгляду лише на тій підставі, що вона не відповідає вимогам ст. 119 ЦПК, в той же час слідчий не може, наприклад, вжити заходів для забезпечення цивільного позову, оскільки не точно зазначений відповідач. Тому на практиці слідчі пропонують цивільному позивачу в додаток до першої позовної заяви подати нову позовну вимогу з метою ліквідації недоліків попередньої, що не може не відобразитися на додаткових затратах засобів та часу вказаних учасників процесу [17, 50–51].

С. Шимон та І. Домбровський відзначають, що вітчизняна практика застосування норм інституту компенсації шкоди дозволяє констатувати тенденцію відсутності обґрунтування характеру заподіяної шкоди та критеріїв визначення сум, пред'явлених потерпілими до стягнення [11, 47; 23, 14].

На процес та форму написання позову необхідно було б звернути більшу увагу як з боку потерпілого (цивільного позивача), так і з боку органів, що ведуть кримінальний процес хоча б на тій підставі, що факт подання позову виступає юридичним фактом визнання особи цивільним позивачем, а відповідно іншу особу — відповідачем, порушення питання про забезпечення цивільного позову та ін. А підняття питання *de facto* про те, щоб особа, яка вчинила злочин, відшкодувала потерпілому від злочину всі завдані збитки, страждання, які особа понесла в зв'язку із заподіяним щодо неї злочином, є лише виявом волі особи вимагати компенсації.

В позовній заяві ясно і чітко повинно бути виражене адресоване до судових органів волевиявлення потерпілого про стяг-

нення з винуватої особи спричиненої йому шкоди; воно, по можливості, повинне бути докладним і з використанням конкретних доказових фактів [12, 60].

Перебіг та ефективність позовного провадження щодо компенсації шкоди безпосередньо залежить від повноти, мотивованості позовної заяви. Це звернення повинне відобразити увесь наявний у потерпілого обсяг інформації про подію злочину, характер та обсяг заподіяних наслідків. Слід відзначити, що не обґрунтованих жодним чином цивільних позовів під час вивчення нами судової практики, було виявлено небагато. Зокрема, потерпілий А. просив у цивільному позові стягнути за завдану моральну шкоду 1000 грн з обвинуваченого Р., ніяк не обґрунтувавши свою вимогу [6].

Зауважимо, що усунення зазначених вад можливе лише самими потерпілими. Адже ніхто інший, окрім потерпілого, не здатний первинно констатувати заподіяння страждань, пояснити їх природу, прояви, оцінити їх обсяг, що й дозволяє належно сформулювати позовну вимогу, яка обґрунтовує завдану шкоду. Зазначення ж обставин порушення права та його наслідків є цілком досяжним для потерпілого. Слід погодитися із висновком С. Торопчіної-Агалакової: визначення моральної шкоди, її обсягу та форми і розміру достатньої компенсації є виключно індивідуальним актом, тому у кожному випадку слід обґрунтовувати власні страждання [19, 15].

Як правило, “зовнішню” сторону заподіяння шкоди позивачі викладають достатньо повно, зазначаючи діяння, якими порушено правовий статус, подальшу поведінку правопорушника та об'єктивовані наслідки делікту.

Видається, що цивільні позови про компенсацію шкоди можуть не містити вказівки на норми матеріального та процесуального права, що є джерелами регулювання компенсації шкоди. М. Штефан зауважив, що позивачеві достатньо вказати фактичні обставини правопорушення. Підвести їх під норми законодавства та встановити наявність суб'єктивного права

і потребу у його захисті — завдання суду [24, 281]. Таке бачення видається правильним. Більше того, воно узгоджується із специфікою позовного провадження про компенсацію шкоди, адже його правове регулювання характеризується “розпорошеністю” по цілому масиву законодавства України. Тому покладення обов’язку вказати джерело правового регулювання може становити складність для пересічних громадян.

Іншим недоліком оформлення цивільних позовів потерпілими є посилання на докази заподіяння видів шкоди — фізичної чи майнової. Верховний Суд України у зазначеній нами Постанові вказує, що, як правило, вимоги про компенсацію моральної шкоди пред’являються додатково до вимог про відшкодування збитків. При цьому потерпілі досить часто мотивують вимоги про компенсацію моральної шкоди посиланнями на докази заподіяння шкоди майну, помилково вважаючи, що сам по собі факт заподіяння збитків свідчить про наявність моральної шкоди. Наприклад, потерпілий С. у цивільному позові вказав на заподіяні йому крадіжкою з незаконним проникненням у житло 503 грн збитків. При цьому потерпілий просив стягнути три гривні матеріальної шкоди та 500 грн моральної. Позов було повністю задоволено [4].

Повнота викладу фактичних обставин заподіяння моральної шкоди, її конкретного прояву істотно визначає подальший напрям процесуальної діяльності, зумовлює долю цивільного позову. Отже, є підстави погодитися із А. Кукушкіним, С. Торопчіною-Агалаковою, які вказали, що тільки максимально повне викладення фактичних обставин заподіяння страждань, обґрунтування форми та розміру бажаної компенсації дозволить потерпілому повною мірою реалізувати відповідний спосіб махисту [13, 115; 19, 15].

Дійсно, зазначення усіх цих обставин, по-перше, не дозволяє відмовити у прийнятті позовної заяви та порушенні позовного провадження; по-друге, не дає підстав відхилити визначені потерпілим

форму та розмір бажаної компенсації як необґрунтовану.

На завершення аналітичного дослідження форми цивільного позову про компенсацію шкоди у кримінальному процесі слід вказати, що доцільним є приєднання до позовних вимог потерпілого додаткових клопотань. Як правило, це клопотання про забезпечення доказів та майнове забезпечення виконання рішення за заявленим позовом. Вважаємо, що доцільно закріпити за цивільним позивачем в ході досудового слідства право уточнювати розмір позовних вимог.

Зокрема, процесуальне доказування заподіяння страждань, індивідуальних особливостей реагування потерпілого вимагає проведення слідчих дій, які б дозволили виявити та дослідити нематеріальні (так звані ідеальні) сліди злочину. Це можливо за допомогою допитів очевидців злочину чи інших свідків, які будуть вказані потерпілим у клопотанні про їх виклик для допиту. Має сенс (хоча й практично не зустрічається на практиці) клопотання про експертне дослідження психічного стану потерпілого.

За наявності достатніх підстав вважати, що без застосування майнового арешту неможливим буде виконання рішення за цивільним позовом про компенсацію шкоди, потерпілий має право просити про забезпечення заявленої вимоги (ч. 2 ст. 50 КПК).

Психологічно виправданим видається клопотання про розгляд та вирішення вимоги про компенсацію шкоди без присутності потерпілого у судовому засіданні, якщо це може додатково травмувати його психіку чи пояснюється поганим станом самопочуття. Таке клопотання відповідало б і приписові ч. 2 ст. 291 КПК.

Вищевикладене дає підстави стверджувати доцільність врегулювання в діючому кримінально-процесуальному законодавстві порядку заявлення цивільного позову. У зв’язку з цим пропонується доповнити Проект нового КПК статтею “Пред’явлення цивільного позову в кримінальній справі” такого змісту:

“Цивільний позов в кримінальній справі про відшкодування шкоди, завданої потерпілому, пред’являється в усній чи письмовій формі. Якщо цивільний позов пред’явлено під час дізнання та досудового слідства в усній формі, складається протокол. У випадку пред’явлення цивільного позову в кримінальному процесі під час попереднього розгляду справи суддею або ж підготовчої частини судового засідання, цивільно-правові вимоги заносяться до протоколу судового засідання.

Цивільний позов у кримінальній справі про відшкодування шкоди, завданої юридичній особі, пред’являється в письмовій формі.

Прокурор пред’являє цивільний позов у письмовій формі.

У позовній заяві та протоколі позовної заяви необхідно зазначити:

1) назву органу, до якого подається позовна заява;

2) точне прізвище, ім’я, по батькові фізичної особи або повна назва юридичної особи, які є позивачами, його (їх) місцезнаходження;

3) коли встановлена особа, що підозрюється у вчиненні злочину — точне прізвище, ім’я, по батькові обвинуваченого, його місцезнаходження;

4) якими діями та яку було завдано шкоду(майнову, моральну), посилання на докази, що підтверджують завдання шкоди;

5) розмір майнової шкоди та компенсації завданої моральної шкоди;

6) вимогу про відшкодування шкоди;

7) підпис особи, що заявила цю вимогу, із зазначенням дати її заявлення.

За необхідності особа, що подала позовну заяву чи в інтересах якої вона була подана прокурором, може уточнити цивільний позов.”

Список літератури:

1. *Александров С. А.* Разрешение гражданского иска в уголовном процессе: Учебное пособие. — Горький: Горьковская ВШ МВД СССР, 1978. — 64 с.
2. Архів Апеляційного суду Хмельницької області. Справа № 1-22/2004.
3. Архів Апеляційного суду Хмельницької області. Справа № 19/4194.
4. Архів Острозького районного суду. Справа №1-126/2003.
5. Архів Ярмолинецького районного суду. Справа №1-122/2002.
6. Архів Ярмолинецького районного суду. Справа №1-73/2003.
7. Архів Ярмолинецького районного суду. Справа №1-120/2003.
8. Архів Ярмолинецького районного суду. Справа №1-138/2003.
9. *Гуреев П. П.* Гражданский иск в уголовном судопроизводстве. — М.: Госюриздат, 1961. — 94 с.
10. *Дашкевич В.* Адгезийный процесс в контексте польского права // *Мотовиловер Я. О.* Вопросы теории уголовного процесса ПНР (в освещении польских процессуалистов). — Томск, 1970.
11. *Добровольский А. А., Иванова С. А.* Основные проблемы исковой формы защиты права. — М.: Изд-во МГУ, 1979. — 159 с.
12. *Зинатуллин З. З.* Возмещение материального ущерба в уголовном процессе. — Казань: Изд-во Казан. гос. ун-та, 1974. — 99 с.
13. Компенсация морального вреда. Документы, комментарии, практика / Сост. А. В. Кукушкин. — М.: Социальная защита, 1998. — 128 с.
14. *Мазалов А. Г.* Гражданский иск в уголовном процессе. — М.: Юрид. лит., 1977. — 176 с.
15. Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 28 мая 1954 г. № 6 “О судебной практике по взысканию материального вреда, причиненного преступлением”// Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР, 1924-1977. — Часть 2. — М.: Известия, 1978.

16. Практика розгляду в кримінальному судочинстві позовів про компенсацію моральної шкоди, заподіяної злочином // Вісник Верховного Суду України. — 2000. — №4 (20).
17. *Тарнавский О.А.* Гражданский иск в уголовном процессе. Учебное пособие / Под ред. А.П. Гуськовой. — Оренбург: Оренб. гос. аграрный ун-т, 2000. — 120 с.
18. *Тертишник В.М.* Кримінально-процесуальне право України: Навч. посіб. — К.: Юрінком Інтер, 1999. — 1120 с.
19. *Торопчиніна-Агалакова С.* Скільки коштують нервові клітини? // Споживач. — 1997. — № 2.
20. Уголовный процесс зарубежных социалистических государств Европы / Под ред. В.Е. Чугунова. — М.: Юрид. лит. — 1967. — 264 с.
21. Цивільний процесуальний кодекс. Офіційний текст. — К.: Атіка, 2004. — 160 с.
22. *Шаламов М.П.* Гражданский иск в уголовном деле. — М.: Типография Военно-юридической академии, 1948. — 36 с.
23. *Шимон С.І.* Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав: Автореф. дис....канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. — К., 1998. — 17 с.
24. *Штефан М. Й.* Цивільний процес. — К.: Ін Юре, 1997. — 607 с.
25. Code de procédure pénale. — Paris: DALLOZ, 2006. — 1386 p.
26. Kodeks postępowania karnego. — Zakamycze, 2005. — 592 s.
27. Strafprozessordnung. — Beck-Texte im dtv, 2006. — 318 s.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются общие вопросы формы гражданского иска в уголовном процессе Украины. Поднимается проблема совместимости норм Уголовно-процессуального кодекса Украины и Гражданского процессуального кодекса Украины в части использования ст. 119 Гражданско-процессуального кодекса в уголовном процессе.

SUMMARY

The article tackles general questions of the form of the civil suit in criminal process of Ukraine. The problem of compatibility of norms of the Criminal-remedial code of Ukraine and Civil-Remedial Code of Ukraine in a part of use of an item of Article of Civil-Remedial codes in criminal process is raised.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 21.09.07



О.В. Єні,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.П. Кучинська)

Поняття клопотання в кримінальному процесі України

Ключові слова: клопотання, кримінальний процес, суд, звернення, права.

У відповідності до статті 3 Конституції України права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. В час становлення України як правової держави особливу роль відіграють гарантії забезпечення та дотримання прав людини під час відправлення правосуддя — адміністративного, господарського, цивільного, кримінального. У зв'язку зі специфікою кримінального процесу як діяльності держави, пов'язаної з певними обмеженнями прав та інтересів особи, особливу увагу необхідно приділяти дотриманню прав особи саме під час здійснення кримінального судочинства — від моменту порушення кримінальної справи і до стадії виконання вироку.

Чинним законодавством розроблено ряд гарантій та засобів, за допомогою яких здійснюється ефективно та дієво забезпечення прав людини під час відправлення кримінального судочинства. У частині 6 ст. 16¹ КПК України передбачається, що суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створює необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків та здійснення наданих їм прав. Ст. 53 КПК містить вимогу про те, що суд, прокурор, слідчий і особа, яка проводить дізнання, зобов'язані роз'яснити особам, що беруть участь у справі, їх права та забезпечити можливість здійснення цих прав.

Значна частина таких прав має індивідуальний характер. Наприклад, тільки підсудний має право на останнє слово. Такий підхід до наділення учасників процесу індивідуальними правами зумовлений необхідністю забезпечення реальної можливості здійснення ними своїх повноважень, захисту законних інтересів, виконання специфічних завдань та досягнення цілей, які перед ними стоять чи які вони переслідують у процесі судового розгляду кримінальної справи [8, 53].

В той же час кримінально-процесуальним законом передбачений певний масив норм, які у своїй сукупності становлять інститут клопотань. Право заявляти клопотання мають усі учасники процесу, і не лише вони. В разі заявлення певних клопотань суд зобов'язаний запитати у інших учасників процесу їх думку з приводу заявленого клопотання та винести законне, мотивоване й обгрунтоване рішення.

Термін клопотання є одним із часто вживаних понять, які містяться в КПК. Так, в Кодексі вказане поняття вживається понад 70 разів. Воно стосується таких важливих принципів кримінального судочинства, як здійснення правосуддя на засадах рівності громадян перед законом і судом, принципу змагальності і диспозитивності. Заявлення особою відповідного клопотання впливає на те, якою мовою буде про-

водитися судочинство, чи фіксуватиметься процес технічними засобами звукозапису, чи будуть поновлені пропущені строки, застосовані заходи безпеки, забезпечено цивільний позов. Особливу роль для встановлення істини у справі відіграють клопотання, спрямовані на збільшення доказової бази чи на доведення певної версії події (наприклад, про виклик і допит нових свідків, витребування і приєднання нових документів, проведення експертизи). Заявлення клопотання про направлення справи на додаткове розслідування може вплинути і на подальший рух справи. Так, наприклад, під час попереднього розгляду суд може повернути справу на додаткове розслідування для притягнення до кримінальної відповідальності інших осіб чи для кваліфікації дій обвинуваченого за статтею КК України, яка передбачає відповідальність за більш тяжкий злочин лише за наявності відповідного клопотання. Лише за клопотанням колективу підприємства, установи чи організації, членом якого є особа, можливе закриття кримінальної справи стосовно цієї особи на підставі ст. 47 КК з передачею цієї особи на поруки.

На жаль, ні кримінально-процесуальне законодавство, ні роз'яснення Пленуму Верховного Суду України не містять визначення поняття клопотання, що унеможливує його однакове розуміння як учасниками процесу, так і державними органами, які ведуть процес. Адже, як вважає Р. Савонюк, правильне і ефективне застосування будь-якого закону багато в чому залежить від точності наведених у ньому положень та формулювань, чіткості вжитих понять і термінів. Особливо це актуально для кодексів, які є основними та визначальними в регулюванні відносин певної галузі права. Максимально можлива та розумно достатня наявність роз'яснень значення термінів, що їх вжито у КПК, сприятиме не тільки успішному виконанню завдань кримінального судочинства, а й більш надійному захисту прав і законних інтересів суб'єктів, які беруть участь у кримінальному судочинстві [11, 99–101].

Якщо звернутися до звичайного тлумачення поняття клопотання, то в чинному законодавстві та науковій літературі є наступні.

С. Ожегов визначає клопотання як офіційне прохання. Клопотати — виступати з клопотанням про кого- чи що-небудь [7].

Ю. Фединський під клопотанням розуміє письмове звернення громадянина з проханням про визнання за ним певного статусу, права, гарантій та пільг, з наданням документів, які їх підтверджують [13].

Клопотання — це звернення, не пов'язане, на відміну від скарги, із порушенням прав та законних інтересів, а тому воно не містить вимоги про усунення такого порушення [15].

Згідно зі ст. 3 Закону України “Про звернення громадян”, заява (клопотання) — це звернення громадян із проханням про сприяння реалізації закріплених Конституцією та чинним законодавством їх прав та інтересів або повідомлення про порушення чинного законодавства чи недоліки в діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, народних депутатів України, депутатів місцевих рад, посадових осіб, а також висловлення думки щодо поліпшення їх діяльності. Клопотання — письмове звернення з проханням про визнання за особою відповідного статусу, прав чи свобод тощо.

Інтернет-ресурси також містять наступні визначення вказаного терміну:

— це офіційне прохання, подання про що-небудь з метою досягти чого-небудь; документ, який містить таке прохання чи таке подання про що-небудь [14];

— писана заява, прохання про що-небудь до офіційної установи; письмове звернення з проханням про визнання за особою певних прав чи свобод тощо [18];

— офіційне прохання чи подання, адресоване державним органам (громадській організації) вищестоящій інстанції [16];

— це офіційне прохання учасника процесу про вчинення процесуальних дій чи прийняття рішень, звернене до органу дізнання, слідчого, прокурора, судді чи суду [16].

Як свідчать наукові юридичні джерела, клопотання у кримінальному процесі може розумітися в трьох аспектах:

- як прохання;
- як вимога;
- як звернення до уповноваженого органу.

П. Лупінська визначає клопотання як офіційне прохання, адресоване слідчому (дознавачу), прокурору або суду [4].

Недоліком вказаного визначення вважаю те, що в ньому не зазначено предмет звернення. Не всі прохання в кримінальному процесі є клопотаннями. Так, прохання підсудного, висловлені під час судових дебатів, про призначення йому більш м'якого покарання аж ніяк не є клопотанням, хоча воно і адресується до суду.

В. Нор дає визначення такого виду клопотання, як “клопотання прокурора”, під яким розуміється прохання прокурора про доповнення доказової бази, на основі якої суду потрібно буде прийняти правильне рішення у справі [9, 191].

В той же час клопотання можуть стосуватися не лише процесу доказування, а й інших процесуальних моментів (наприклад, надання можливості ознайомитися з матеріалами справи, уточнення позовних вимог тощо).

Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України містить визначення “клопотання колективу”, під яким слід розуміти мотивоване прохання загальних зборів колективу за місцем роботи або навчання обвинуваченої чи підсудної особи звільнити її від кримінальної відповідальності; поручительство колективу про те, що ця особа не допустить надалі суспільно-небезпечної поведінки та про зобов'язання проводити з нею відповідну виховну роботу [2, 37].

В. Бобров розуміє клопотання як прохання про виконання будь-яких процесуальних дій, про прийняття будь-яких рішень, звернене до дізнавача, слідчого, прокурора чи до суду учасником кримінального процесу, який наділений таким правом [6].

Клопотання — це офіційне прохання про виконання певної процесуальної дії та

прийняття рішення з усіх питань, які мають значення для справи [1, 27].

Далі зупинимося на вживанні терміну “клопотання” як звернення.

З. Макарова визначає, що клопотання — це передбачена законом процесуальна форма звернення до суду, а також органів дізнання і слідства, з проханням про проведення судових (слідчих) дій чи прийняття певного рішення з питань, які виникають під час досудового слідства і судового розгляду [5, 33].

Як вважає Л. Лобойко, клопотання — це звернення у письмовій чи в усній формі заінтересованого учасника досудового слідства до посадової особи, яка його веде, з метою домогтися виконання певних процесуальних дій на свою користь [3, 180].

Вважаю, що вказане визначення не відображає повною мірою поняття клопотання, оскільки в ньому йдеться лише про досудове слідство, хоча, як свідчить практика, під час судового розгляду справи учасниками процесу заявляється більше клопотань, ніж під час досудового слідства. Крім того, не завжди клопотання стосується певних дій на користь особи, яка його заявляє. Так, наприклад, клопотання законного представника особи найчастіше стосується інтересів того, кого він представляє.

Розуміння клопотання як вимоги пов'язане з тим, що лише шляхом заявлення особою та задоволення уповноваженим органом певного виду клопотання можливе забезпечення відповідних прав особи. Так, у відповідності до вимог ст. 87¹ КПК повне фіксування судового процесу за допомогою звукозаписуючої апаратури або інших технічних засобів здійснюється на вимогу хоча б одного учасника судового розгляду справи в суді першої інстанції при розгляді кримінальної справи по суті чи в апеляційному суді або за ініціативою суду. Відтворення технічного запису судового процесу здійснюється на вимогу сторін або за ініціативою суду. Отже, у певних випадках учасники процесу мають право вимагати виконання деяких дій від органу, який веде процес, однак така вимога здійснюється у формі заявлення саме клопотання. В такому

випадку розгляд уповноваженим органом заявленого клопотання та його подальше вирішення мають формальний характер, оскільки клопотання має бути задоволеним. Звичайно, інколи трапляються випадки, коли суди в силу певних причин (помилки, недбалості тощо) відхиляють такі клопотання, однак вказане є істотним порушенням кримінально-процесуального закону і може потягти за собою подальше скасування апеляційним судом судового рішення.

В літературі висловлюються також інші підходи до визначення поняття клопотання, які становлять собою інтерес при дослідженні вказаного питання.

Так, цікавою видається точка зору В.Зажитського, який клопотання визначив як універсальне право учасників кримінального процесу, що являє собою їх офіційне прохання, звернене до державних органів і посадових осіб, які ведуть процес, про вчинення певних процесуальних дій чи прийняття рішень, спрямованих на забезпечення законних інтересів [10].

Оскільки поняття прохання і поняття вимоги є різними термінами із власними значеннями, в аспекті вищевикладеного, вважаю, за доцільне використовувати термін “звернення”. Так, заявляючи клопотання, особа дійсно звертається до уповноваженого органу. У зверненні може йтися як про прохання, так і про вимогу. Також у такому аспекті визначення поняття клопотання узгоджується і з положеннями Закону України “Про звернення громадян”.

Чинний КПК (ст. 32) містить всього 19 роз’яснень значення термінів, у проекті КПК таких роз’яснень — 28 [17]. Проте ні в чинному кодексі, ні в проекті немає визначення терміну клопотання.

Слід зазначити, що в практичному житті для осіб, які не є професійними юристами, а беруть участь у справі в силу певних життєвих обставин (потерпілі, обвинувачені, законні представники тощо) навіть сам термін клопотання викликає певне нерозуміння, адже він походить від слова “клопіт” і, на перший погляд, аж ніяк не пов’язаний із можливістю здійснення та забезпечення прав особи. В повсякденному

спілкуванні цей термін вживається зрідка. Тому досить часто, коли суддя запитує у учасників, чи мають вони клопотання, останні не можуть відповісти на це запитання, оскільки не розуміють самого значення цього терміну.

Саме тому тлумачення вказаного поняття повинно бути офіційно закріплене чинним законодавством України.

Як вважає А. Токарська, змістова точність мови документів — одна з головних умов, що забезпечує практичну і правову цінність ділового тексту. Недбало вибраний термін спотворює зміст статті кодексу, створює можливості для подвійного тлумачення закону і ускладнює його сприйняття [12, 58].

Однак, незважаючи на труднощі у сприйнятті цього терміну, вважаю, що все ж таки недоцільно застосовувати інші поняття. Так, термін „клопотання” є цілком зрозумілим та прийнятним для осіб, які ведуть кримінальний процес. В КПК РФ вживається термін “ходатайство”, який є точним перекладом на російську мову терміну “клопотання”. В англійській мові у кримінальному процесі застосовується термін “motion”, який в перекладі на українську мову означає “клопотання; пропозиція”. Крім того, не доцільно перевантажувати новий КПК новими термінами.

Отже, пропоную закріпити в новому КПК України наступне визначення:

Клопотання — це офіційне звернення до уповноваженого суб’єкта (дізнавача, слідчого, прокурора чи суду) особою, яка наділена таким правом, викладене в усній чи письмовій формі, про виконання певної процесуальної дії чи прийняття рішення з питань, які мають значення для справи або для забезпечення прав та свобод особи у кримінальному судочинстві.

При цьому слід наголосити, що зміст клопотання може стосуватися:

- надання можливості використати певне, передбачене законодавством право;
- вчинення зазначеними органами певних процесуальних дій;
- прийняття вказаними органами пев-

них рішень, спрямованих на встановлення обставин, що мають значення для справи.

Вважаю, що закріплення офіційного визначення терміну “клопотання” в новому Кримінально-процесуальному кодексі

України сприятиме більш точному та правильному з точки зору процесуальної форми веденню процесу, а також полегшенню здійснення своїх прав його учасниками.

Список літератури:

1. Защита по уголовному делу. — М., 1998.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка — Вид. третє, перероблене та доповнене. — К.: Юрисконсульт, 2006.
3. *Лобойко Л.М.* Кримінально-процесуальне право: Курс лекцій: Навч. посібник. — К.: Істина, 2005.
4. *Лупинская П.А.* Комментарий к УПК РФ / Отв.ред. Д.Н. Козак, С.Б. Мизулина. — М.: Юристь, 2002.
5. *Макарова З.В.* Участие адвоката — защитника на предварительном следствии: Учебное пособие. — Куйбышев: Изд-во Куйб. гос. ун-та, 1978.
6. Научно-практический комментарий к УПК РФ / Под общ. ред. В.М. Лебедева. — М.: Спарк, 2002.
7. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. — М.: Русский язык, 1978.
8. *Попелюшко В.О.* Судовий розгляд кримінальної справи. Навчальний посібник. — К.: Кондор, 2006.
9. Прокурорський нагляд в Україні: Курс лекцій / За ред. проф. В.Т. Нора. — Львів: Тріада плюс, 2002.
10. Российская криминалистическая энциклопедия / Под общ. ред. А.И. Долговой. — М.: Норма, 2000.
11. *Савонюк Р.* Щодо термінів і понять Кримінально-процесуального кодексу України // Право України, 2004, № 2.
12. *Токарська А.* Культура ділового мовлення юристів: стан і проблеми // Право України, 1999, № 11.
13. *Фединский Ю.И.* Большой словарь официальных юридических терминов. — М.: ЗАО Экономика, 2001.
14. www.businessvoc.ru;
15. www.iatp.md;
16. www.legalterm.info;
17. www.rada.gov.ua;
18. www.slovnyk.net.

РЕЗЮМЕ

В данной статье рассматривается понятие ходатайства в уголовном процессе Украины, которое может пониматься в 3 аспектах – как просьба, как обращение или как требование к уполномоченному органу. Разработано толкование этого понятия. Обосновано необходимость официального закрепления данного определения в Уголовно-процесуальном кодексе Украины.

SUMMARY

The article considers the notion of a petition in the criminal process of Ukraine, which can be tackled in 3 aspects : as a request, as an appeal or as a demand to an authorized body . There has been developed the interpretation of this notion. The necessity of official implementation of this definition in the Criminal-Remedial Code of Ukraine.

Подано 27.08.07 Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики



М.А. Погорецький,
доктор юридичних наук
(Міжвідомчий науково-дослідний центр з
проблем боротьби з організованою злочинністю
при Раді національної безпеки і оборони України)

Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі окремих країн СНД

Ключові слова: матеріали оперативно-розшукової діяльності, кримінальний процес, порушення кримінальної справи, слідчі дії, докази, доказування.

Важливе значення для вдосконалення інституту використання матеріалів ОРД у вітчизняному кримінальному процесі має сучасний досвід країн колишнього СРСР, кримінальний процес яких у недалекому минулому був практично тотожним кримінальному процесу України, проте у роки незалежності цих країн майже в кожній із них він набув певних особливостей. Цей досвід потребує докладного вивчення вітчизняними фахівцями й врахування при розробці нового КПК України.

Аналіз законодавства й практики використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі країн колишнього СРСР дає можливість виокремити в них дві основні групи. До першої групи можна віднести країни, кримінально-процесуальні кодекси яких, сприйнявши основні положення кримінально-процесуального законодавства СРСР 60-х років минулого століття щодо використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, лише певною мірою вдосконалили цей інститут. До таких країн належить Російська Федерація, Республіка Беларусь, Вірменія, Грузія, Казахстан, Киргизія, Таджикистан, Туркменістан, Узбекистан [11–19].

До другої групи належать країни, які на початку 2000-х років суттєво змінили своє кримінально-процесуальне законо-

давство, запозичивши окремі інститути використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства із кримінального процесу деяких західних країн, тим самим законодавчо посиливши природний взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу. До цієї групи можна віднести Республіку Молдову, Латвію, Литву, Естонію.

Характерною рисою інституту використання результатів ОРД у кримінальному процесі країн першої групи є те, що в них, на нашу думку, продовжує залишатися невирішеною проблема узгодженості відповідних норм кримінально-процесуального законодавства й законодавства про ОРД, що було прийнято в цих країнах у 90-х роках минулого століття і передбачає напрями використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства. Така неузгодженість робить систему органів кримінальної юстиції цих країн громіздкою, дорогою та недостатньо ефективною у боротьбі зі злочинністю й захисті прав людини.

Так, наприклад, вказавши у певних нормах законодавства про ОРД, що результати ОРД можуть бути використані як “приводи та підстави для порушення кримінальної справи” (ч. 2 ст. 11 Закону про ОРД РФ, ч. 2 ст. 11 Закону про ОРД Республіки Таджикистан) або лише як “приводи для

порушення кримінальної справи” (ч. 2 ст. 14 Закону про ОРД Киргизької Республіки), законодавці цих країн у відповідних нормах кримінально-процесуального законодавства не виокремили норми про використання результатів ОРД як самостійного приводу для порушення провадження у кримінальній справі й не визначили, у який спосіб результати ОРД можуть бути використані для порушення провадження у кримінальній справі (ч. 1 ст. 140 КПК РФ, ч. 1 ст. 103 КПК Республіки Таджикистан, ч. 1 ст. 150 КПК Киргизької Республіки). Правова невизначеність цього питання у зазначених країнах закономірно викликає наукові дискусії та неоднозначну його наукову інтерпретацію, в тому числі й у відповідних коментарях Законів про ОРД та кримінально-процесуальних кодексів, що негативно впливає на правозастосовний процес [4, 199–228; 7, 144–145; 10, 366].

У практичній діяльності відповідних правоохоронних органів цих країн результати ОРД використовуються для порушення провадження у кримінальній справі, як правило, через такі приводи, як повідомлення про вчинений злочин або такий, що готується, отримане з інших джерел (п. 3 ч. 1 ст. 140 КПК РФ), чи безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання, слідчим, прокурором або судом (п. 6 ч. 1 КПК Республіки Таджикистан, п. 5 ч. 1 ст. 150 КПК Киргизької Республіки).

Особливістю Закону про ОРД Республіки Грузії є те, що у ч. 1 ст. 11 цього закону зазначається, що “результати оперативно-розшукової діяльності можуть бути використані для підготовки та здійснення слідчих і процесуальних дій...”, однак для здійснення яких саме процесуальних дій такі результати використовуються, ні в Законі про ОРД, ні у КПК Республіки Грузія не вказується. У практичній діяльності правоохоронних органів цієї країни процесуальною дією вважається також і порушення провадження у кримінальній справі. Тому на практиці саме ця норма Закону про ОРД застосовується для порушення провадження у кримінальній справі за результатами ОРД.

Слід звернути увагу на те, що в інших законах про ОРД країн цієї групи, наприклад, Республіки Азербайджан (ст. 16), Республіки Беларусь (ст. 16), Республіки Казахстан (ст. 14), Республіки Туркменістан (ст. 13), взагалі не вказується на можливість використання результатів ОРД для порушення провадження у кримінальній справі.

У кримінально-процесуальному законодавстві цих країн не визначається й окремого самостійного приводу для порушення провадження у кримінальній справі за результатами ОРД. Разом з цим результати аналізу матеріалів практики дають підстави для висновку, що, незважаючи на відсутність чіткого правового врегулювання питання щодо використання результатів ОРД як приводів та підстав для порушення провадження у кримінальних справах у вищезазначених правових актах цих країн, такі результати їх відповідними правоохоронними органами широко використовуються у цьому напрямі кримінально-процесуальної діяльності за таким приводом, як безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання, слідчим, прокурором чи судом (п. 5 ч. 1 ст. 166 КПК Республіки Беларусь, п. 5 ч. 1 ст. 177 КПК Республіки Казахстан та ін.).

Водночас відсутність чіткого законодавчого врегулювання питання використання результатів ОРД для порушення провадження у кримінальних справах призводить до проблемних ситуацій на практиці, а тому актуалізує необхідність його наукового дослідження та правового вирішення.

Визначивши у відповідних нормах законодавства про ОРД, що результати ОРД можуть бути використані для підготовки й проведення слідчих і судових дій, проведення оперативно-розшукових заходів щодо виявлення, попередження, припинення й розкриття злочинів, виявлення й установлення осіб, що їх підготовляють, вчиняють або вчинили, а також для розшуку осіб, які переховуються від органів дізнання, слідства й суду, осіб, що ухиляються від виконання покарання й осіб, що

зникли безвісти (ч. 1 ст. 11 Закону про ОРД РФ, ч. 1 ст. 16 Закону про ОРД Республіки Беларусь, ч. 1 ст. 14 Закону про ОРД Киргизької Республіки, ч. 1 ст. 14 Закону про ОРД Республіки Казахстан, ч. 1 ст. 11 Закону про ОРД Республіки Грузія, ч. 1 ст. 13 Закону про ОРД Республіки Туркменістан), законодавці цих країн у відповідних нормах кримінально-процесуального законодавства не вказали на те, що результати ОРД можуть бути використані у зазначених напрямках кримінального процесу.

Аналіз відповідних норм кримінально-процесуального законодавства та правозастосовної діяльності цієї групи країн дозволяє зробити висновок, що, не дивлячись на відсутність чіткого правового врегулювання питання щодо використання результатів ОРД для проведення слідчих та інших процесуальних дій, вони широко використовуються для проведення обшуків, допитів та ін. Проте правова неврегульованість цього питання також спричиняє певні труднощі у застосуванні вищенаведених норм законів про ОРД зазначених країн у ході досудового (попереднього) розслідування кримінальних справ і потребує більш чіткої правової регламентації.

Не вирішеною в законодавстві країн цієї групи залишається й проблема використання результатів ОРД для отримання доказів. На наш погляд, на сьогодні визнаним є те, що отримані в ході ОРД результати мають найвищу соціально-правову цінність лише тоді, коли вони набувають статусу доказу в кримінальному процесі, а не використовуються лише в організаційно-тактичних цілях на стадіях досудового розслідування кримінальних справ. Однак дотепер правові аспекти й процедурні питання використання значної частини результатів ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні у кримінальних справах зазначених країн продовжують залишатися невирішеними, на що справедливо звертають увагу фахівці [1, 2–3; 2, 2–3; 3, 38–40; 6, 3; 8, 9–11]. Окрім того, на нашу думку, між відповідними нормами законів про ОРД та КПК цих країн, що регламентують питання використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі

для отримання доказів, відсутня належна погодженість.

Так, наприклад, аналіз законодавчих актів про ОРД країн цієї групи свідчить про те, що в законі про ОРД РФ (ч. 2 ст. 11), законах про ОРД Республік Азербайджан (ч. 1 ст. 16), Беларусь (ч. 2 ст. 16), Казахстан (ч. 1 ст. 14), Киргизія (ч. 2 ст. 14), Таджикистан (ч. 2 ст. 11), Туркменістан (ч. 1 ст. 13) закріплено, що результати ОРД можуть стати доказами у кримінальних справах лише після їхньої перевірки й фіксації відповідно до правил та вимог кримінально-процесуального законодавства.

Разом з цим у Законі про ОРД Республіки Грузія (ст. 11), яка визначає напрями використання результатів ОРД, не вказується на можливість їх використання для отримання доказів у кримінальній справі.

Аналіз окремих положень кримінально-процесуального законодавства зазначених країн (ст. 88–107, 101–105 КПК Республіки Беларусь; ст. 104–107, 124–127 КПК Республіки Вірменія; ст. 73–75, 84–89 КПК РФ; ст. 81–95 КПК Республіки Узбекистан; ст. 60–64 КПК Республіки Таджикистан та ін.), на наш погляд, свідчить про те, що законодавцем цих країн не врегульовані питання правової регламентації процедури передачі результатів ОРД від суб'єктів цієї діяльності до суб'єктів доказування у кримінальних справах — особі, що проводить дзнання або слідчому [5]. Окрім того, у більшості КПК країн цієї групи не вказується на умови використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальній справі. Тим самим створюється враження, що ОРД і кримінальний процес існують самі по собі й не мають потреби одне в одному, що не відповідає їх природному взаємозв'язку, оскільки в остаточному підсумку об'єкт спрямованості й предмет ОРД та кримінального процесу сконцентровані навколо єдиних обставин, що підлягають доказуванню у кримінальних справах (ст. 89 КПК Республіки Беларусь; ст. 107 КПК Республіки Вірменія; ст. 73 КПК РФ; ст. 60–61 КПК Республіки Таджикистан та ін.).

Лише КПК республіки Казахстан передбачив норму “Використання резуль-

татів оперативно-розшукової діяльності в доказуванні у кримінальних справах” (ст. 130), яка встановлює порядок отримання суб’єктами доказування у кримінальних справах результатів ОРД і використання їх для отримання доказів. Зокрема, в ній зазначається:

“1. Результати оперативно-розшукової діяльності, отримані при дотриманні вимог закону, можуть використовуватися в доказуванні у кримінальних справах відповідно до положень чинного Кодексу, що регламентують збирання, дослідження й оцінку доказів з дотриманням вимог, передбачених статтею 53 і главою 21 цього Кодексу, а також Законом Республіки Казахстан “Про державний захист осіб, що беруть участь у кримінальному процесі”.

2. Фактичні дані, безпосередньо сприйняті при проведенні оперативно-розшукових заходів співробітником органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, можуть бути використані як докази після допиту зазначеного співробітника як свідка. Фактичні дані, безпосередньо сприйняті особою, що співпрацює на конфіденційній основі з органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, можуть бути використані як докази після допиту зазначеної особи як свідка, потерпілого, підозрюваного (обвинувачуваного).

3. За необхідності й можливості безпосереднього сприйняття особою, що веде кримінальний процес, обставин справи, виявлених у результаті оперативно-розшукових заходів, ці обставини справи фіксуються в протоколах слідчої або судової дії, проведених за правилами, передбаченими чинним Кодексом.

4. Використання речей і документів, отриманих у ході оперативно-розшукової діяльності, як речових доказів і документів здійснюється згідно правил, передбачених відповідно статтями 121 й 123 цього Кодексу. Долучення матеріалів оперативно-розшукової діяльності як речових доказів і документів провадиться лише за наявності достовірних даних про їхнє походження з дотриманням вимог статей 53 й 100 цього Кодексу.

5. Начальник органу дізнання, ухвалюючи рішення щодо подання матеріалів оперативно-розшукової діяльності на вимогу органу, що веде кримінальний процес, або за власною ініціативою відповідно до правил статті 202 цього Кодексу виносить відповідну постанову. У постанові вказується: орган, що веде кримінальний процес, на вимогу якого надаються результати оперативно-розшукової діяльності; які результати, у якому обсязі і за результатами якого оперативно-розшукового заходу надаються; технічні засоби, використані для одержання зазначених результатів; предмети й документи, що направляють для долучення до матеріалів кримінальної справи; заходи, що рекомендуються для забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, а також охороні державних секретів. У випадку подання начальником органу дізнання органу, що веде кримінальний процес, матеріалів оперативно-розшукової діяльності за власною ініціативою в постанові також наводиться обґрунтування необхідності використання результатів оперативно-розшукової діяльності в доказуванні у кримінальній справі. Матеріали оперативно-розшукової діяльності повинні бути надані в обсязі й формі, що дозволяють оцінити фактичні дані, які містяться в них з точки зору їх належності до кримінальної справи, що розслідується (розглядається), допустимості й вірогідності.”

Не визначаючи порядку отримання суб’єктами доказування у кримінальних справах результатів ОРД і використання їх для отримання доказів, КПК Республіки Беларусь зокрема зазначає, що матеріали, отримані в ході ОРД, можуть бути визнані джерелами доказів за умови, що вони отримані відповідно до законодавства Республіки Беларусь, надані, перевірені й оцінені в порядку, установленому чинним Кодексом (ст. 101), а в КПК РФ закріплено, що у процесі доказування забороняється використання результатів ОРД, якщо вони не відповідають вимогам, що ставляться до доказів кримінально-процесуальним законом (ст. 89).

Водночас слід зазначити, що порядок надання результатів ОРД суб'єктам, які ведуть кримінальний процес, докладно визначений на відомчому рівні, наприклад, у Міжвідомчій Інструкції про порядок надання результатів оперативно-розшукової діяльності дізнавачу, органу дізнання, слідчому, прокуророві або до суду РФ [5], у Постанові Міністерства внутрішніх справ Республіки Беларусь від 29 вересня 2005 р. № 307 “Про затвердження Інструкції про порядок оформлення й надання оперативними підрозділами органів внутрішніх справ матеріалів, отриманих у ході оперативно-розшукової діяльності, для їхнього використання в кримінальному процесі” [9]. В деяких інших країнах цієї групи питання надання матеріалів ОРД для використання в доказуванні у кримінальних справах регламентується відомчими нормативно-правовими актами, що мають обмежений доступ, що значно знижує їх доказову цінність для кримінального судочинства.

Отже, проблема використання результатів ОРД для отримання доказів у кримінальній справі у країнах цієї групи, на наш погляд, обумовлена двома основними чинниками.

По-перше, специфікою самої ОРД, природа якої заснована на принципах конспірації, конфіденційності, домінуванні негласного методу функціонування. Це, у свою чергу, в окремих випадках не дає можливості всі відомості, які отримані в ході здійснення ОРД, навіть якщо вони можуть згодом мати доказове значення у кримінальній справі, розкрити у кримінальному процесі, оскільки в одних випадках таке розкриття супроводжується наявністю небезпеки розшифровки оперативних сил і засобів, які становлять державну таємницю, а в інших — створює небезпеку життю, здоров'ю та майну окремих оперативних

працівників, інших осіб — джерел оперативної інформації, їх родичів та близьких. Тому таке розкриття може завдати більшої небезпеки і шкоди правам та інтересам певної особи, законним інтересам суспільства й держави, ніж шкода від вчиненого, хоча й особливо тяжкого злочину, що підлягає розслідуванню.

По-друге, відсутністю належного правового врегулювання цього питання.

Разом з цим аналіз кримінально-процесуального законодавства та законодавства про ОРД країн цієї групи дозволяє зробити висновок про тенденцію зближення їх ОРД і досудових стадій кримінального процесу, про що свідчить те, що до кримінально-процесуального законодавства цих країн включені статті, які передбачають такі слідчі дії, як накладення арешту на поштово-телеграфні відправлення (ст. 213 КПК Республіки Беларусь, ст. 235 КПК Республіки Казахстан, ст. 185 КПК РФ та ін.), контроль та запис розмов (ст. 214 КПК Республіки Беларусь, ст. 237 КПК Республіки Казахстан, 186 КПК РФ та ін.), перехоплення повідомлень (ст. 236 КПК Республіки Казахстан), що за своєю суттю мають оперативно-розшуковий характер.

Отже, підсумовуючи викладене, слід зазначити, що інститут використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі країн СНД потребує удосконалення. Водночас окремі положення та техніка викладення деяких норм цього інституту в кримінально-процесуальному законодавстві та законодавстві про ОРД цих країн можуть бути використані при розробці проектів нового КПК України та нового Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”.

Окремого дослідження потребує досвід використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі країн другої групи — Республік Латвії, Литви, Естонії та Молдови.

Список літератури:

1. Астафьев Ю.В., Изотова Н.В. Доказывание и оперативно-розыскная деятельность: проблемы соотношения и взаимодействия. — Курск, 2002.

2. Гуцин А.Н., Громов Н.А., Царева Н.П. Оперативно-розыскная деятельность: совершенствование форм вхождения ее результатов в уголовный процесс: Учебно-практ. пособие. — М., 2003.

3. Зажичкий В.И. О некоторых направлениях совершенствования уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Материалы междунар. научн.-практ. конф., посвященной принятию нового УПК РФ. — М., 2002.

4. Зажичкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. — СПб., 2006.

5. Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд РФ. Утверждена совместным приказом МВД, ФСБ, ФСО, ФТС, СВР, ФСИН, ФСКН и Минобороны России от 17 апреля 2007 г. № 368/185/164/481/32/184/97/147 // www.pravnet.ru/content/view/790/61/ — 163к.

6. Кириченко С.А., Мешков В.М. Использование криминалистически значимой информации, полученной оперативно-розыскными методами, при расследовании проявлений организованной преступности: Науч.-практ. пособие. — Калининград, 2002.

7. Комментарий к Федеральному закону “Об оперативно-розыскной деятельности”. С постатейным приложением нормативных актов и документов / Авт.-сост. А.Ю. Шумилов. — 4-е изд., испр. и доп. — М., 2002.

8. Новик В.В. Криминалистические аспекты доказывания по уголовным делам. — СПб., 2005.

9. Постановление Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 29 сентября 2005 г. № 307 “Об утверждении Инструкции о порядке оформления и предоставления оперативными подразделениями органов внутренних дел материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, для их использования в уголовном процессе” // bankzakonov.com/obsch/razdel135/time1/lavz0161.htm — 41к.

10. Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под. ред. А.В. Смирнова. — СПб, 2003.

11. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения // <http://www.parliament.am/legislation>.

12. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь // <http://pravo.by/>.

13. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Грузия // <http://www.parliament.ge>; <http://www.ge.spinform.ru/>.

14. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан // <http://lawlib.freenet.uz/laws/kazah/kazlaws.html>.

15. Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики // <http://lawlib.freenet.uz/laws/kyrgyz/kyrglaws.html>.

16. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан // <http://lawlib.freenet.uz/laws/tajik/constitutajik.html>.

17. Уголовно-процессуальный кодекс Туркменистана // http://www.turkmenistan.gov.tm/_ru/search/;

18. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан // <http://lawlib.freenet.uz/laws/uzbek/uzlaws.html>.

19. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации // http://www.hro.org/docs/rlex/upk2002/index_1.php.

РЕЗЮМЕ

В статье на основе сравнительного анализа норм УПК отдельных стран СНГ рассматриваются дискуссионные вопросы использования материалов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе.

SUMMARY

The article based on the comparative analysis of norms of Criminal–Remedial Code of certain countries of CIS tackles disputable issues of materials used in search activities in a criminal process.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 11.09.07



А.А. Дедковский,
адъюнкт
(Академия МВД Республики Беларусь)
(Научный руководитель доцент В.Ч. Родевич)

Оперативно-розыскная характеристика уличных грабежей

Ключевые слова: *уличный грабеж, оперативно-розыскная характеристика, структура ОРХ, личность грабителя, личность потерпевшего.*

В специальной литературе для характеристики преступления с позиции ОРД употребляются термины оперативно-розыскная и оперативно-тактическая характеристики.

Анализ научных источников [4, 21; 5, 70–73; 14, 91; 19, 54–63; 20, 44–53] позволяет сделать вывод об отсутствии единого мнения ученых по существу указанных понятий, их содержания, целостной концепции. На наш взгляд, существование и использование изучаемых категорий в теории ОРД закономерно, однако существует необходимость в расстановке акцентов по их различному смысловому наполнению, ибо понятия, как отмечает В.И. Сифоров, являются “не только итогом познания действительности в самых различных ее аспектах, но и инструментом дальнейшего научного поиска” [17, 84].

Так, Д.В. Гребельский, определяет оперативно-розыскную характеристику как “совокупность ряда информационных признаков, упорядоченных и взаимосвязанных между собой, почерпнутых из различных информационных источников (входящих, прежде всего, в криминалистическую, криминологическую, психологическую, социологическую, экономическую и другие характеристики преступлений)” [5, 73].

В.М. Аتماжитов и И.П. Картавенко под оперативно-розыскной характеристи-

кой понимают “научно разработанную систему наиболее существенных, типичных для определенной категории преступлений (борьба с которыми отнесена к компетенции оперативных аппаратов) черт, свойств, признаков, отражающихся в объективной действительности” [12, 48].

Заслуживает особого внимания концепция, предложенная И.И. Басецким и В.Ч. Родевичем, которые, исследуя проблему борьбы с кражами из квартир, отмечают, что “оперативно-розыскная характеристика — совокупность гласной и негласной информации о распространенности этого вида преступлений в республике, их характеристике, особенностях проявления и т.д., от которых зависит эффективность борьбы с ним” [2, 71].

Ю.М. Худяков считает, что оперативно-тактическая характеристика преступления представляет собой совокупность определенных признаков, изучение и знание которых помогает успешному решению стоящих перед оперативными аппаратами задач — предупреждению и раскрытию преступлений, розыску скрывшихся преступников, а также исправлению и перевоспитанию осужденных” [20, 44].

В соответствии с точкой зрения В.П. Шиенка “оперативно-тактическая характеристика вида преступлений — совокупность типологических признаков,

характерных для всех (или большинства) преступлений данного вида” [21, 90].

Многие авторы рассматривают такую характеристику с позиции оперативно-розыскной тактики, отождествляя ее со смежной категорией “Оперативно-тактическая характеристика” [1, 36–42; 4, 14; 10, 193–196; 14, 25; 15, 4; 21, 90]. Не вызывает сомнения положение о том, что категория “тактика” (тактический) в русском языке обозначает совокупность средств и приемов достижения намеченной цели [11, 788]. В связи с этим закономерно предположить, что категория “Оперативно-тактическая характеристика” отражает деятельную сторону ОРД, следовательно, должна использоваться при выборе наиболее оптимальных форм, приемов и методов ОРД, направленных на предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений.

“Главное отличие двух сходных характеристик — оперативно-тактической и оперативно-розыскной — состоит в том, что первая включает в себя менее широкий, чем оперативно-розыскная характеристика, круг элементов, но дополнительно охватывает информацию тактического уровня, касающуюся состояния борьбы, противоборства с лицами, склонными и стремящимися преступить закон” [2, 74]. С данным положением согласовывается вывод Э.П. Костюковича, который рассматривает исследуемые категории как “...соотношение целого и части. Причем, в качестве целого выступает сама оперативно-розыскная характеристика, а в качестве части, находящей свое отражение в целом — оперативно-тактическая характеристика” [7, 28].

Отсутствует единство взглядов среди ученых в определении структуры оперативно-розыскной характеристики, единый комплексный подход к элементам которой в теории ОРД в настоящее время не выработан.

Так, Ю.М. Худяков включает в ее состав 5 элементов: характеристику преступления и его общественной опасности, способа приготовления к преступлению, способа совершения преступления, лично-

сти преступника, поведения преступников после совершения преступления [20, 46].

Э.П. Костюкович в качестве элементов оперативно-розыскной характеристики рассматривает: лицо, совершившее преступление; лицо, в отношении которого совершено преступное посягательство; цели преступления; средства достижения преступных целей; механизм преступной деятельности; обстановку совершения преступления; результат преступной деятельности [7, 15, 26].

В научной литературе высказывается мнение о необходимости включения в состав оперативно-розыскной характеристики следующих специфических закономерностей, изучаемых теорией ОРД: особенностей круга лиц, представляющих оперативный интерес с точки зрения возможности (целесообразности) их привлечения ОВД к гласному или негласному содействию и использованию для решения оперативно-тактических задач; специфику установления таких лиц и привлечения их к негласному сотрудничеству; особенностей оперативно-розыскных мероприятий по выявлению оперативно-розыскной информации, ее проверке и реализации; специфику способов документирования действий проверяемых и разрабатываемых лиц; формирование системы конфиденциальных источников оперативно-розыскной информации, их оптимальной расстановке и организации связи с ними; создание и использование информационных систем [3, 9].

Как уже отмечалось, принципиально новое видение рассматриваемой нами проблемы нашло свое отражение в концепции, разработанной И.И. Басецким и В.Ч. Родевичем, в основе которой лежат следующие элементы оперативно-розыскной характеристики: уголовно-правовой анализ (состава преступления, обстоятельств совершения, общественно опасных последствий и т.п.); криминологический анализ (статистических данных, преступления, лиц, его совершивших); криминалистический анализ (способов совершения квартирных краж, следов преступлений и способов их сокрытия; криминалистической структуры квартир-

ных краж); оперативно-тактический анализ (обстоятельств, связанных с совершением квартирных краж) [2, 75].

Изучение и анализ представленных и иных точек зрения ученых относительно содержания и в целом проблемы оперативно-розыскной характеристики, ее понятия, уровнях, видах показали очевидную разносторонность мнений ученых в направлении путей ее разрешения. Такой положение, на наш взгляд, объясняется спецификой непосредственных целей и задач, стоящих перед исследователями.

Мы в нашем исследовании в основу содержания ОРХ уличных грабежей полагаем целесообразным положить выводы М.С. Картавенко и К.М. Тарсукова [6, 11; 18, 8–9], которые включают в рассматриваемое понятие два самостоятельных элемента: личность преступников и действия преступников, а также вышеизложенное видение И.И. Басецкого и В.Ч. Родевича.

Очевидно, в основе характеристики уличных грабежей, исходя из специфики предмета исследования, должны рассматриваться: закономерности, относящиеся к лицам, совершающим уличные грабежи, а также закономерности деяний последних с момента формирования замысла на совершение преступления вплоть до момента привлечения их к установленной законом ответственности. Поэтому, проводя уголовно-правовой, криминологический, криминалистический, оперативно-тактический виды анализа личности грабителя и его действий, мы, подчиняясь основным законам диалектики и преемственности, исходим из необходимости учета уголовно-правовых, криминологических, криминалистических и других аспектов данного социального явления, опираясь при этом на закономерности, изучаемые теорией ОРД.

Не возникает сомнений о допустимости включения в содержание оперативно-розыскной характеристики уличных грабежей данных уголовного права, криминологии, криминалистики, психологии, психиатрии, других наук с учетом их анализа с точки зрения предмета теории ОРД, что позволяет качественно усилить информационную

определенность как в момент получения сведений оперативным сотрудником о преступных намерениях грабителя, так и на первоначальном этапе раскрытия уличных грабежей уменьшить дефицит информации об особенностях лиц, совершающих такие преступления; потенциальных жертвах и потерпевших от преступных действий; способах подготовки, совершения, сокрытия грабежей; средствах, используемых при совершении и сокрытии преступления; предмете посягательства, путях реализации похищенного; источниках информации о преступлении.

На основании изложенного, изучив и обобщив эмпирический материал, полагаем, что оперативно-розыскная характеристика уличных грабежей представляет собой систему наиболее типичной для данного вида преступлений оперативно значимой информации, отражающей закономерности и связи их проявления в реальной действительности.

В качестве структурных элементов оперативно-розыскной характеристики уличных грабежей избраны сведения о личности уличных грабителей, личности потерпевших, месте, времени и способе совершения указанных преступлений, предмете преступного посягательства.

В рамках данной статьи представляется целесообразным осветить характерные представляющиеся нам наиболее перспективными и значимыми в теоретическом и практическом отношении особенности личности уличных грабителей.

Понятие “личность преступника” является предметом острой дискуссии ученых различных отраслей юридической науки. Г.М. Резник справедливо отмечает, что “...она не “вмещается” ни в одну научную дисциплину, так как каждая наука имеет свой образ и в соответствии с ним дает свое определение личности” [13, 29].

При определении личности преступника с позиции теории оперативно-розыскной деятельности первостепенное значение имеют видовые признаки, являющиеся существенными с точки зрения ее особых предмета и задач. В этой связи правомер-

на позиция Э.П. Костюковича, который в контексте исследования краж и угонов автотранспорта считает, что "...под личностью преступника следует понимать физическое лицо, умышленно и противоправно завладевшее автотранспортным средством, без акцента на степень его вменяемости и достижения установленного законом определенного возраста" [7, 32].

Совокупность признаков личности преступника включает общие (пол, возраст, образование, семейное положение и т.п.) и специфические признаки, определяющие характер и степень общественной опасности. В соответствии с этим А.Б. Сахаров выделяет следующие основные группы признаков характеристики личности преступника: социально-демографические признаки; уголовно-правовые характеристики; социальные роли и социальные статусы; нравственные свойства и психологические особенности [16, 27].

Анализ статистической отчетности ИАУ МВД Республики Беларусь показывает, что грабежи относятся к так называемым "мужским" преступлениям: около 90% преступлений совершаются лицами мужского пола*. Однако в последние годы наметилась тенденция, свидетельствующая об увеличении числа женщин, участвующих в грабежах. Так, в 2000 г. 7,7% уличных грабежей совершили женщины, в 2005 г. — их количество достигло 12,5%. Таким образом, прирост участия женщин в совершении уличных грабежей с 2000 по 2005 гг. составил 72,4%**.

Наибольшее количество уличных грабежей совершают лица в возрасте от 18 лет до 21 года — 49,8%, 25,2% — в возрасте от 21 года до 25 лет, 22,2% — от 26 до 34 лет, 11,3% — от 35 лет и выше. Из приведенных данных видно, что большая часть (75%)

преступлений рассматриваемой группы совершают лица, не достигшие 25 лет, то есть в большинстве своем уличные грабежи — удел молодежи.

Изучение социального состава и рода занятий грабителей показывает, что за последние пять лет ежегодно около 70% уличных грабежей совершаются не работающими и не учащимися гражданами, 17% — рабочими, 10% — учащимися, 3% — служащими.

Сравнительные данные подчеркивают необходимость постоянного оперативного контроля со стороны органов внутренних дел в отношении не работающих и не учащихся, так как их образ жизни наиболее характерен для ранее судимых лиц.

Не вызывает сомнений очевидность зависимости преступного поведения уличных грабителей от уровня образования: чем он выше, тем реже совершаются рассматриваемые преступления. Так, большинство уличных грабителей имеют среднее и средне-специальное образование (около 60%), 20% — неполное среднее, 15% — средне-техническое, 5% — высшее (в том числе незаконченное высшее) образование.

Проведенное нами исследование подтверждает высказанную в специальной литературе точку зрения о весьма существенном влиянии на поведение виновного его физического и психического здоровья и злоупотребления алкогольной и наркотической продукцией [8, 40–42; 9, 13–21; 13, 29–44]. Значительно выросло количество уличных грабежей, совершенных лицами, находящимися в состоянии алкогольного (36,9%) и наркотического (20%) опьянения (в 2000 г. этот показатель составлял соответственно 20,6% и 9%).

Проведенное исследование дает основание для вывода о том, что для грабителей в большинстве случаев присуща стойкость противоправного поведения, которая выражается в неоднократном совершении ими преступлений. Так, в 2005 г. 39,1% уличных грабежей совершили лица, ранее судимые за совершение аналогичных преступлений. При этом указанный показатель с 2000 по

* Здесь и далее приводятся статистические данные ИАУ МВД Республики Беларусь за период 2000–2005 гг.

** В рамках исследования проводилось изучение 386 уголовных дел, возбужденных в г. Минске и Минской области по фактам совершенных уличных грабежей и 204 дел оперативного учета указанной окраски, заведенных оперативными подразделениями ГУВД Мингорисполкома и УВД Миноблсполкома.

2005 г. вырос на 107,1 %. Существенный интерес представляет такой показатель устойчивого противоправного поведения указанных лиц как срок, в течение которого они вновь совершают преступление (после освобождения из МЛС). Характерно, что среди грабителей удельный вес таких лиц весьма высок. Так, в течение первого года после отбытия наказания 49,1% освобожденных лиц совершили очередной грабеж.

Анализ статистических данных, а также материалов исследования показывает, что около 60% грабежей совершены группой лиц. Особую обеспокоенность вызывает рост числа преступлений данного вида, совершенных в группе лиц, на 6,2%. Изучение 117 таких групп показало, что чаще всего они состоят из 2 участников (68,7%), реже — из 3 (18,7%), 4 (8,4%). При этом следует подчеркнуть, что 50,4% указанных групп состоят только из совершеннолетних, 19,4% — только из несовершеннолетних, 30,2% — из взрослых и несовершеннолетних.

Изучение групп уличных грабителей свидетельствует об их высокой устойчивости и организованности. Преступники в группе ведут себя более дерзко, уверенно, что, с одной стороны, вследствие четкого разграничения ролей между ее членами позволяет быстро совершить преступление, безнаказанно скрыться и реализовать похищенное, а с другой — вызывает повышенную агрессивность и как результат — применение насилия, оружия, других средств ради достижения преступной цели. Зачастую действия членов преступных групп, начавшиеся как грабеж, перерастают в разбойное нападение, другие тяжкие преступления.

Изучение сведений, характеризующих личность уличного грабителя, позволяет сгруппировать эту категорию преступников, провести их классификацию. Значение правильно построенных классификаций трудно переоценить. На наш взгляд, особого внимания заслуживает классификация, вышедшая на свет в недрах практики, используемая сотрудниками уголовного ро-

зыска в повседневной работе. Последние, положив в основание деления особенности жертвы преступления, подразделяют уличных грабителей специализирующихся на:

1. Грабеже *несовершеннолетних*. Преимущественно, это люди молодого, а зачастую и несовершеннолетнего возраста, которые, пользуясь преимуществом возраста, внешних данных, физической силы или психического воздействия (запугивания, устрашения и т.д.) отнимают у лиц младшего возраста деньги, мобильные телефоны, другое имущество. Доля таких преступников составляет около 15% от общего числа уличных грабителей.

2. Грабеже *женщин*. Значительная часть (35%) исследуемых преступников совершают грабежи в отношении женщин. Анкетирование таких лиц показало, что определяющим фактором в выборе жертвы является беспомощность женщин, оказывающихся в стрессовой ситуации, когда они не могут оказать сопротивления и безропотно выполняют все указания. Кроме того, опрятная, видная особа женского пола, как правило, обладает драгоценностями в виде различных украшений, средством мобильной связи, денежными средствами, другим ценным имуществом.

3. Грабеже *престарелых лиц*. Около 25% грабителей совершают указанные преступления в отношении престарелых лиц, пенсионеров. В 80% случаев преступники подыскивают таких лиц в расчетно-кассовых и других банковских учреждениях, когда последние получают пенсию, выигрыши по вкладам, денежные переводы и т.п. Как правило, грабители осведомлены о периоде и месте выдачи самого распространенного вида дохода — пенсии. В такие периоды имеет место рост уличных грабежей в отношении престарелых лиц.

4. Грабеже *пьяных лиц*. Очевидно, что одним из самых распространенных типов грабителей (около 40%) являются лица, открыто похищающие имущество пьяных лиц. Материалы исследования показывают, что поведение таких потерпевших исключительно виктимно, что охотно используют преступники. Так, в 20% случаев

жертва распивала спиртное совместно с незнакомым (ыми), после чего последний (ие), используя состояние опьянения потерпевшего, совершали открытое хищение; в 25 % случаев имело место “обирание” пьяных. Вместе с тем, 50 % грабителей данного типа выслеживают свою жертву в кафе, барах, ресторанах, других питейных заведениях, поджидая затем у выхода и реализуя свой преступный замысел в “удобном” месте. Как правило, потерпевшими в таких случаях становятся простые рабочие, которые, получив очередной ежемесячный заработок, направляются отдыхать в питейные заведения. Сведениями о периоде получения зарплаты и местах проведения досуга рабочих преступники хорошо владеют и используют в своих интересах. Как и на примере престарелых лиц, в такие периоды времени наблюдается рост грабежей, связанных с завладениями денежных средств.

Отраженные факты непосредственным образом должно учитываться в организации работы оперативных подразделений, в частности проведении в соответствующих местах разведывательно-поисковых мероприятий.

Анализ практики показывает, что среди уличных грабителей встречаются преступники, умысел которых направлен, как правило, на хищение конкретного, характерного для данного типа грабителя, имущества. Основанием классификации здесь выступает предмет преступного посягательства. Вышеизложенное позволяет выделить грабителей, специализирующихся на хищении:

1. *Сумочек, барсеток* и т.п. Практические работники таких лиц называют “барсеточниками”. Данный криминальный тип уличных грабителей является самым распространенным и составляет около 50% от общей массы изучаемых преступников. Анкетирование осужденных показало, что определяющим фактором здесь является выбор жертвы и сравнительно простой способ завладения — это, как правило, “рывок”. В 85% случаев потерпевшими оказываются или женщины, или пьяные лица.

2. *Сотовых телефонов*. Значительная часть грабителей (40 %) специализируется на завладении мобильных телефонов, что, по-нашему мнению, связано с огромным их количеством и соответствующим числом потенциальных потерпевших, следовательно, возможностью выбора “удобной” жертвы, простотой доступа к завладению (как правило, телефон похищается в момент переговоров, или способом “рывка” с шеи потерпевшего) и вероятностью быстрой реализации похищенного. Преимущественно, жертвами таких грабителей являются несовершеннолетние и женщины — 75 % случаев.

3. *Денежных средств*. Необходимо отметить, что умысел преступника при совершении грабежей в первую очередь направлен на завладение деньгами. Похищая сумочку, барсетку, грабитель желает заполучить, прежде всего, деньги. Вместе с тем, около 20 % грабителей совершают преступление, достоверно владея информацией о наличии у потерпевшего, как правило, конкретной суммы денег: в 70 % случаев такие сведения они получают самостоятельно, выслеживая жертву в банковских и других учреждениях, в 20 % — по “наводке”, в 10 % — случайно.

4. *Ювелирных изделий*. Около 10 % уличных грабителей специализируется на хищении у женщин ювелирных изделий, как правило, способом “рывка” или с использованием психического воздействия на жертву.

Разумеется, представленные классификации типов уличных грабителей носят условный характер, в виду того, что на практике встречаются представители смешанных групп. Однако выявленные закономерности касаются большинства совокупности исследуемых преступлений, поэтому очевидна необходимость их использования в организации и тактике борьбы с уличными грабежами.

Резюмируя вышеизложенное, считаем необходимым сделать следующие выводы:

1. В основе характеристики уличных грабежей, исходя из специфики предмета

исследования, должны рассматриваться: закономерности, относящиеся к лицам, совершающим уличные грабежи, а также закономерности деяний последних с момента формирования замысла на совершение преступления вплоть до момента привлечения их к установленной законом ответственности.

2. Оперативно-розыскная характеристика уличных грабежей представляет собой систему наиболее типичной для данного вида преступлений оперативно значимой информации, отражающей закономерности и связи их проявления в реальной действительности.

Считаем целесообразным к оперативно-розыскной характеристике относить такую информацию, которая аккумулирует данные о наиболее существенных параметрах преступления, важных с точки зрения его раскрытия. В этой связи в качестве структурных элементов оперативно-розыскной характеристики уличных грабежей избраны сведения о личности уличных грабителей, личности потерпевших, месте, времени и способе совершения указанных преступлений, предмете преступного посягательства.

3. Уличные грабители составляют крайне социально запущенную категорию правонарушителей. Их деградация как личности начинается в малолетнем возрасте в силу различных обстоятельств, в числе которых на первом месте — отсутствие или недостаток родительского внимания, проживание в неблагополучных семьях, постоянные контакты с преступной средой, под

влиянием которой, как правило, совершается первое преступление. Такими людьми движет идея быстрого обогащения, месть обществу, нежелание заниматься общественно полезным трудом, подражание криминальным авторитетам.

На сегодняшний день, уличный грабитель — это мужчина в возрасте 18–25 лет, как правило, ранее судимый местный житель, не работающий, имеющий среднее или средне-специальное образование, злоупотребляющий алкогольной или наркотической продукцией, не имеющий семьи (холостой или разведенный), поддерживающий с несовершеннолетнего возраста отношения с преступной средой, антисоциальная деятельность которого начинается с совершения административных и иных правонарушений.

4. Оперативно-розыскная характеристика уличных грабежей как теоретическая категория имеет особое практическое значение в борьбе с рассматриваемой группой преступлений. Владение элементами структуры ОРХ (о лицах, совершающих указанные преступления, способах их совершения и сокрытия, следах, источниках получения оперативной информации и др.) позволяет оперативному сотруднику грамотно организовывать и осуществлять общую и индивидуальную оперативно-розыскную профилактику, выдвигать оперативно-розыскные версии, планировать мероприятия по их проверке, а в конечном итоге — оперативно раскрывать преступления данного вида.

Список литературы:

1. *Адамюк О.И.* Содержание и теоретико-прикладные аспекты оперативно-тактической характеристики преступлений // Проблемы повышения эффективности первоначального этапа расследования преступлений. — Минск: Академия МВД Республики Беларусь, 1999.
2. *Басецкий И.И., Родевич В.Ч.* Квартирные кражи: теория и практика борьбы. — Минск: Академия МВД Республики Беларусь, 1999.
3. *Бачила В.В.* Оперативно-розыскные меры ОВД по раскрытию убийств, совершенных с применением огнестрельного оружия. — Минск: Академия МВД Республики Беларусь, 2003.

4. *Гордиенко В.В.* Правовые, организационные и тактические основы раскрытия разбоев и грабежей личного имущества, совершенных преступными группами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 — Академия МВД СССР, 1983.
5. *Гребельский Д.В.* О соотношении криминалистических и оперативно-розыскных характеристик преступлений // Криминалистическая характеристика преступлений. — М., 1984.
6. *Картавенко М.С.* Правовые, организационные и тактические проблемы предотвращения и раскрытия спекуляции: Автореф. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. — М.: МВШМ МВД СССР, 1984.
7. *Костюкович Э.П.* Организация и тактика деятельности подразделений уголовного розыска по раскрытию краж и угонов автотранспортных средств: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. — Минск: Академия МВД Республики Беларусь, 2003.
8. *Кузнецов В.А.* Предупреждение ОВД краж, грабежей и разбойных нападений: учебно-практическое пособие / Под ред. С.А. Тарарухина. — Киев: Филиал ВНИИ МВД СССР, 1979. — Ч. 1.
9. *Котова Э.П.* Учет психологических детерминант способа совершения преступления в деятельности следователя // Проблемы психологии следственной деятельности / Под ред. А.Р. Ратинова. — Красноярск, 1986.
10. *Лукьянчиков Е.Д.* О соотношении криминалистической и оперативно-тактической характеристик // Вестник Академии МВД Республики Беларусь, 2002, № 1(3).
11. *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. — 4-е изд., дополненное. — М.: Азбуковник, 1986.
12. Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Общая часть / Под ред. В.М. Аتماжитова. — М.: Академия МВД СССР, 1990.
13. *Резник Г.М.* Личность преступника: правовое и криминалистическое содержание // Личность преступника и уголовная ответственность. — Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1981.
14. *Самойлов В.Г.* Оперативно-розыскная тактика ОВД. — М.: МВШМ МВД СССР, 1984.
15. *Саленик Л.В., Тарсуков К.М.* Раскрытие убийств, маскируемых под безвестное исчезновение граждан. — Минск: Академия МВД Республики Беларусь, 1998.
16. *Сахаров А.Б.* Учение о личности преступника и его значение в профилактической деятельности ОВД. — М.: МВШМ МВД СССР, 1984.
17. *Сифоров В.И.* Информология и научно-технический прогресс // Кибернетика и диалектика. — М., 1978.
18. *Тарсуков К.М.* Совершенствование организации и тактики оперативной разработки несовершеннолетних: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.09. — М.: МВШМ МВД СССР, 1984.
19. *Тарсуков К.М.* Анализ теоретического подхода к выработке понятия «Оперативно-тактическая характеристика» в теории ОРД ОВД // Актуальные вопросы получения, оценки и использования информации в ОРД ОВД. — К., 1986.
20. *Худяков Ю.М.* Значение и содержание оперативно-тактической характеристики для раскрытия преступлений отдельных видов // Сб. науч. тр. ВНИИ МВД СССР. — М., 1979. — Вып. 2.
21. *Шиенок В.П.* Оперативно-розыскные ситуации и их значение для тактики раскрытия умышленных убийств: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. — М., 1985.

РЕЗЮМЕ

Статтю присвячено складній і спірній проблемі в теорії оперативно-розшукової діяльності — оперативно-розшуковій характеристиці злочинів. Відзначені проблемні питання, що стосуються ототожнення оперативно-розшукової й оперативно-тактичної ха-

рактистик, відсутності єдиної думки вчених у визначенні зазначених понять, елементів, які утворюють їхню структуру. Автором зроблено спробу аналізу відомих в юридичній науці поглядів спеціалістів відносно висловлених аспектів. Запропоновано оригінальні визначення та структура оперативно-розшукової характеристики вуличних грабежів. Ретельно розглянуто один з її елементів — особа злочинця.

SUMMARY

The article is devoted to one of the most complicated and controversial problems in the theory of detective activity — detective characteristics of crime. Stressed are the issues concerning identification of detective and tactical characteristics, absence of agreement among scientists in defining given notions, structural elements noted. The author makes an attempt to analyze the views of the specialists in the sphere of law regarding the mentioned aspects. The definition and the structure of the detective characteristics of street robberies are offered. One of its elements — the personality of a criminal — is thoroughly examined.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 14.04.07



I.M. Білоус,
ад'юнкт
(Київський національний університет внутрішніх
справ)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Особливості початкового етапу розслідування злочинів, передбачених ст. 181 КК України

Ключові слова: *деструктивні культути, тоталітарні секти, розслідування злочинів, початковий етап розслідування.*

Процес розслідування злочинів традиційно поділяють на три етапи: початковий, наступний та заключний [4, 87]. Вважається, що основна спрямованість початкового етапу — це інтенсивний пошук, знайдення та закріплення доказів, коли дії слідчого характеризуються максимальною оперативністю та, в більшості випадків — масовістю і невідкладністю [2, 238].

Порушення кримінальних справ про злочинні посягання, які вчинені на ґрунті проповідання деструктивних ідеологій чи виконання релігійних обрядів частіше за все пов'язано із заявами окремих громадян (батьків неповнолітніх adeptів сект, наприклад) або з отриманням даних про спричинення тілесних ушкоджень (від громадян або з медичних установ, наприклад, про заборону з боку батьків, які є adeptами якоїсь секти, на проведення певних лікувальних заходів, які потрібні для лікування їх дітей, що призвело до відповідних наслідків та ін.) чи повідомленнями державних установ про діяльність релігійних утворень, а також за повідомленнями ЗМІ.

Під час дослідчої перевірки та на початковому етапі розслідування з'ясується, зокрема, чи присутні в групі, в якій був вчинений злочин, деструктивні ознаки

культового устрою. До них відносяться: групова ізоляція, що призводить adeptів до усвідомлення власної групової надзвичайності; наявність директивного лідера, який орієнтує групу за вигідним для себе напрямом у прийнятті колективного рішення; однорідність (гомогенність) групи, що має розвиток внаслідок недопущення (часто лідером) існування різних думок або цінностей; відсутність визначених процедурних норм, особливо у ситуації емоційного напруження або стресу [7].

Інформацію про це слідство отримує саме на початковому етапі розслідування в результаті оперативно-розшукової діяльності, допитів свідків та потерпілих, проведенням оглядів та обшуків, вилучення відповідної літератури, релігійної атрибутики, отримання матеріалів про порушення відповідного законодавства від органів місцевого самоврядування та ін.

Зокрема, під час оглядів на обшуках приміщень, де проводилися відповідні релігійні обряди (слідчі дії проводяться негайно після порушення справи), фіксується наявність відповідної атрибутики, вилучається релігійна література, відеозаписи та ін. Аналогічно обшуки проводяться за місцем проживання керівників, організаторів та активних учасників релігійних груп (сект).

Обшук проводять і з метою виявлення осіб, що переховуються від слідства.

До найбільш поширених місць події, які підлягають огляду, у справах зазначеної категорії злочинів можна віднести: приміщення, в яких проводилися зібрання групи (це можуть бути орендовані кінотеатри, актові зали підприємств, організацій, установ та ін.); місця зібрання групи на вулиці (стадіон, ліс, парк та ін.); будівлі та прилеглі території, де мешкають потерпілі, свідки, обвинувачені; місця, де друкують літературу, записують аудіокасети, відеокасети, CD диски; інші об'єкти, де були вчинені дії щодо організації та керівництва групою.

Визнано, що без знання сутності того чи іншого ритуалу слідчому вкрай важко зорієнтуватися на місці і визначити, які, наприклад, речі мають відношення до злочину і які потрібно вилучати. В таких ситуаціях допомогу слідству може надати спеціаліст в галузі релігієзнавства, який в процесі огляду або обшуку допоможе з максимальною точністю виявити, відібрати і описати необхідні речі релігійного характеру, які свідчать про здійснення ритуалів релігійного характеру [5, 86; 6, 18]. Під час огляду вказаних об'єктів, залежно від події злочину, треба визначити, які саме сліди злочину можна знайти на місці події, якими, зокрема, можуть бути сліди пальців рук; література, фотознімки, записи на електронних носіях, на яких міститься інформація про обставини посягання на здоров'я людей під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів; записні книжки, блокноти, зошити, щоденники, листи, квитки; одяг та ін. Це також можуть бути предмети, за допомогою яких були вчинені дії, що посягали на здоров'я людей (палиця, ніж, ритуальні атрибути тощо), а також документи, що засвідчують реєстрацію організації (якщо вона зареєстрована), а також всі документи, що свідчать про утворення організації (статут, списки керівників тощо).

Після отримання в результаті оперативно-розшукової діяльності та проведення окремих слідчих дій певної інформації

призначається релігієзнавча експертиза. Під час її проведення встановлюється, чи є релігійне віровчення новою релігією або новою релігійною течією та які характерні риси цього віровчення; які обряди супроводжують проповідання цього віровчення; чи не є це релігійне віровчення шкідливим, зокрема, щодо здоров'я громадян і чи не є посяганням на особу і права громадян, в тому числі неповнолітніх, виконання ними обрядів і сповідання віровчення, і якщо так, то в чому це виражається. При цьому експертам надаються матеріали кримінальної справи, друковані видання секти, відеоматеріали (в тому числі отримані під час проведення оперативно-розшукових заходів) та ін. [3, 119].

Саме матеріали експертизи можуть бути підставою для висновків про те, що релігійна група, яка досліджується, дійсно є тоталітарною сектою, що проповідує деструктивні культури, тобто можна вважати, що в діях її керівників та організаторів є ознаки складу злочину, передбаченого ст.181 КК України.

На цьому ж етапі розслідування проводяться допити свідків як із числа членів релігійних груп, так і осіб, які не входять до них (наприклад, родичів, adeptів секти). Серед інших можна виділити деякі питання, які підлягають встановленню під час допитів і які, на нашу думку, носять обов'язковий характер. До них відносяться, зокрема, такі питання: з якого часу особа відвідує зібрання групи і що спонукало її вступити до неї; якою інформацією щодо керівника та організатора групи він володіє: його освіта, громадянство, зв'язки та ін.; чи змінилися відносини з рідними, друзями, колегами після того, як свідок почав відвідувати групу, та в чому це полягало; який емоційний та фізичний стан був у свідка після участі у релігійному обряді; чи спричинив свідок собі або іншій особі тілесні ушкодження, якщо б на цьому наполягали керівники релігійної групи; чи були факти спричинення тілесних ушкоджень в групі, і якщо так, то коли саме, кому вони були спричинені і яким чином це

відбувалося; хто був ініціатором нанесення тілесних ушкоджень та хто їх спричиняв; чи брав участь свідок у статевих зносинах, які полягали б у неупорядкованих статевих зв'язках, задоволені статевої пристрасті неприродним способом стосовно членів групи та чи були такі факти в їхній групі; чи є в групі неповнолітні, скільки саме і чи беруть вони участь у релігійних обрядах, релігійних віровченнях; чи є їхні батьки в групі, якщо ні, то чи знають їхні батьки про відвідування групи.

Аналогічні питання вирішуються і стосовно потерпілих, якими у зазначених справах є, по-перше, особи, що входили у групу, діяльність якої посягала на здоров'я людей під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів, а, по-друге, це можуть бути сторонні особи, відносно яких керівники чи адепти групи вчинили злочинні дії, що супроводжувалося їхніми віровченнями чи релігійними обрядами.

Особливістю першої групи потерпілих є те, що вони як учасники зазначених релігійних груп переважно є фанатично налаштованими, тобто це категорія осіб, які не проявляють ініціативу у визнанні їх потерпілими у справі і по суті зі свого боку не вживають ніяких заходів до викриття винних або захисту своїх прав, зокрема з відшкодування спричиненої їм шкоди.

Тому важливим джерелом інформації про організаторів та керівників груп, в яких було скоєне злочинне посягання під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів, можуть бути свідчення осіб, що розірвали стосунки з групою в яку вони входили. Саме від них слідство отримує дані щодо організаторів та керівників групи, про характер діяльності групи, про факти злочинних посягань на здоров'я людей під приводом виконання релігійних обрядів та ін. При цьому треба враховувати, що зазначені особи після виходу з секти перетворюються в об'єкт переслідування з боку керівників сект (груп), їм погрожують, залякують. Тому ці свідки уникають контактів і знайти їх дуже важко.

Зокрема, відносно осіб, які залишали проти волі їх керівників релігійну організацію "Біле Братство", останні проводили ритуал прокляття. Вважалося, що прокляття адепта (юсмаліанина) "Владою Господа Марії Деві Христос" повністю порушує "імунну систему організму демонів і розриває її ауру" після чого "нечестивці, вражені Словом Божим, разом з членами сім'ї неминуче загинуть найближчим часом" [1].

До обставин, які підлягають встановленню при розслідуванні справ про злочини, передбачені ст. 181 КК, відносять обставини посягання на здоров'я людей. Відомо, що внаслідок постійної психологічної обробки з боку тоталітарних лідерів в сектах відбувається трансформація групової свідомості її членів і виникають певні моделі групового мислення. Це призводить до певної руйнації особистості через такі форми: фізичні (обмеження у харчуванні, сні, виснажлива робота); психічні (негативні зміни у психіці та поведінці особи, нездатність до критичного мислення); розумові (звуження індивідуальної та культурної сфери особистості); соціальні (регресія здатності до спілкування, тотальна ворожість до всієї системи функціонування суспільства).

Тому до експертиз, які є характерними саме у цій категорії справ і які переважно проводяться на початковому етапі розслідування, крім релігієзнавчих, належать також і судово-медичні експертизи, котрі вирішують питання про стан здоров'я потерпілих або свідків з числа адептів тоталітарних сект та деструктивних культів, наявність тілесних ушкоджень та ін. Це може бути освідчення, судово-медична експертиза живих осіб або трупів (у разі настання смерті потерпілого внаслідок проведення релігійних обрядів, наприклад, в результаті виснаження або погіршення стану здоров'я внаслідок відмови від лікування або несвоечасного звернення до офіційного лікувального закладу). А у разі приховання фактів давнього заподіяння тілесних ушкоджень, коли потерпілий звертався за медичною допомогою, проводиться судово-медична експертиза за

медичною документацією. Документація (історія хвороби стаціонарного хворого, індивідуальна картка амбулаторного хворого та ін.) вилучається за місцем отримання медичної допомоги. У разі необхідності проводиться допит медичних працівників, які надавали медичну допомогу, зокрема, щодо пояснень хворого про обставини отримання тілесних ушкоджень та ін.

Підозрювані та обвинувачені у справах зазначеної категорії — це керівники та організатори групи, діяльність якої здійснюється під приводом проповідання релігійних віровчень. Це, як правило (особливо, коли йдеться про так звані харизматичні церкви), особи з авторитарним впливом на віруючих, що характеризуються активними результативними діями, які полягають у залученні прихильників, розробці організаційної структури та забезпеченні функціонування групи.

Стосовно зазначених осіб призначаються судові психолого-психіатричні експертизи. Крім традиційних питань, які вирішуються в рамках психіатричної експертизи (організатори та духовні лідери деяких деструктивних релігійних організацій є психічно хворими), та загальних питань щодо психологічної характеристики таких осіб, від експертів вимагають дати відповіді на такі запитання: чи є дані медичного характеру про здатність обвинуваченого (підозрюваного) у застосуванні яких-небудь методів психічного впливу на людину і якщо вони є, то які саме методи; які психічні властивості особистості мають

найбільш виражений характер і можуть справляти суттєвий вплив на його поведінку, та деякі інші.

Крім того, слідчий повинен вже на початковому етапі розслідування, поряд з доказуванням події злочину, вини обвинуваченого в скоєному злочині, також здійснювати активні заходи з доведення характеру і розміру матеріальної шкоди, яка спричинена злочином. За допомогою судово-психологічної експертизи встановлюється розмір моральної шкоди, заподіяною керівниками та організаторами групи.

Проводяться й інші судові експертизи (почеркознавчі, техніко-криміналістичного дослідження документів та ін.), але вже на подальшому етапі розслідування. Треба також враховувати, що крім ритуальних, адепти сект вчиняють або провокують інші “звичайні” злочини: вимагання, шахрайство, крадіжки та ін., де також призначаються експертизи, які є типовими для розслідування зазначених злочинів, але не притаманні в цілому для розслідування злочинів, передбачених ст. 181 КК.

Активне проведення запропонованого переліку слідчих дій на початковому етапі розслідування справ зазначеної категорії, особливо за умови негативного ставлення адептів, організаторів та керівників тоталітарних сект до розслідування, надають вкрай важливі докази, які викривають винних і є важливою умовою успішного розслідування цих злочинів.

Список літератури:

1. Архів Апеляційного суду м. Києва за 1996 р. Справа № 2296.
2. *Белкин Р.С.* Криміналістика: проблеми, тенденції, перспективи. От теорії — к практиці. — М.: Юрид. лит., 1988. — 304 с.
3. *Білоус І.М.* Особливості підготовки матеріалів та проведення судових експертиз у справах про злочинні посягання, вчинені на ґрунті проповідання деструктивних ідеологій чи виконання релігійних обрядів // Вісник Академії адвокатури України. — 2007. — Вип.8.
4. *Драпкин Л.Я.* Структура и функции первоначальных следственных действий в методике расследования преступлений // Методика расследования преступлений (общие положения). — М., 1976.

5. *Миронова Е.А.* Некоторые вопросы организации расследования убийств, совершенных членами сектантских групп // Совершенствование взаимодействия следственных и криминалистических подразделений органов прокуратуры, экспертно-криминалистических подразделений органов внутренних дел и судебно-экспертных учреждений. — СПб: Юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2000.

6. *Холопов А.В.* Методика расследования ритуальных убийств: Автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. — Юридический институт Генеральной прокуратуры РФ. — СПб, 2004. — 23 с.

7. *Mark N. Wexler.* Expanding the Groupthink Explanation to the Study of Contemporary Cults // *Cultic Studies Journal*. Vol. 12. — 1995. — № 1.

РЕЗЮМЕ

В работе автор рассматривает некоторые особенности первоначального этапа расследования уголовных дел о преступной деятельности религиозных групп, относящихся к деструктивным культам и тоталитарным сектам.

SUMMARY

The author investigates certain peculiarities of the primary stage the investigation of criminal cases about the activities of religious groups related to destructive and totalitarian sects.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 21.09.07



*М.Ю. Черкова,
кандидат юридичних наук
(Луганський державний
університет внутрішніх справ)*



*О.А. Шестакова,
магістрантка
(Луганський державний
університет внутрішніх
справ)*

Про можливість застосування в Україні положень Федеральної програми захисту свідків США

Ключові слова: захист свідків, безпека учасників, заходи захисту, програма захисту свідків.

Україна першою з країн СНД прийняла закон “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві”. Даний закон було прийнято ще 23 грудня 1993 р. Робота у цьому напрямі на державному рівні продовжується. Так, після прийняття також у 1993 р. Закону “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів”, у січні 2000 р. КПК України був доповнений нормами, що встановили комплекс процесуальних заходів із забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства (ст. 52¹, 52², 52³, 52⁴, 52⁵, 53) [5].

Захист свідків — широке поняття, бо передбачає захист свідків, потерпілих та обвинувачених, які пішли на співпрацю з правоохоронними органами. Природно, що люди бояться за своє життя і через залякування не бажають давати свідчення. Щоб захистити їх та отримати законні свідчення, передбачається ряд заходів.

У той же час, як свідчить аналіз слідчої та судової практики, зазначені кримінально-процесуальні норми, застосовуються лише у виключних випадках [3, 150]. У зв’язку з цим розгляд практики застосування заходів забезпечення безпеки до осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, в інших державах, в яких зазначені заходи сформовані та застосовуються тривалий час, набуває особливого значення при дослідженні проблеми ефективності застосування національного кримінально-процесуального законодавства у вказаній сфері, та оцінки перспективних напрямів його розвитку.

Слід зазначити, що питання захисту свідків у країнах СНД дуже відрізняються від тих, з якими зіштовхнулися країни Західної Європи та США. Особливу цікавість становить вивчення практики забезпечення безпеки учасників кримінального процесу, сформованої в рамках єдиної державної

програми захисту свідків у США як однієї з країн, де така програма з'явилась раніше, ніж в інших державах та функціонує тривалий час.

Історичні витоки зародження та формування вказаної програми у США відносять до 1970 р., коли Конгресом був прийнятий Закон “Про контроль за організованою злочинністю”, який встановив значне коло нових правових інститутів. Зокрема, Законом засновані спеціальні органи розслідування, надано гарантію недоторканності свідкам, які готові давати показання та викривають осіб, що вчинили злочин, передбачено заходи їх охорони тощо [2, 76]. Тобто фактично у 1970 р. були закладені засади формування спеціальної Федеральної програми захисту свідків, які виступали у судах з показаннями проти небезпечних злочинців. Ця програма сьогодні діє у багатьох країнах світу, таких як Італія, Австрія, Німеччина, Ізраїль тощо.

За роки існування зазначеної програми у США органи кримінальної юстиції розробляли і вдосконалювали цю програму та законодавство, що регулює цей правовий інститут, яким забезпечується не тільки захист фізичний, а й моральна та матеріальна підтримка потерпілих і свідків. Так, у 1972 р. закон США “Про контроль за злочинністю” суттєво поширив коло осіб, які підлягають державному захисту. А 12 жовтня 1982 р. Конгрес схвалив закон “Про захист жертв злочину та свідків”, преамбула якого починається словами: “Нормальне функціонування системи кримінальної юстиції неможливе без “кооперації” з жертвами і свідками злочинів”.

12 жовтня 1984 р. Конгресом США був прийнятий ще один спеціальний законодавчий акт — Закон “Про посилення безпеки свідка”, який удосконалив існуючу Програму захисту, визначивши коло заходів, що можуть бути застосовані для забезпечення безпеки свідків, і законодавчо закріпивши існуючі механізми їхньої реалізації.

В 1990 р. Конгресом США був прийнятий новий Федеральний закон про права жертв злочину та реституції. Крім того, паралельно в окремих штатах у

кримінально-процесуальних законах закріплювалися норми, спрямовані на забезпечення безпеки свідка, які формували власне законодавство з захисту свідків і одночасно розвивали, удосконалювали і доповнювали федеральне, зокрема, у розширенні переліку осіб, які можуть розраховувати на забезпечення захисту з боку держави. Наприклад, навіть якщо людина з будь-яких причин не підпадає під державну програму, вона може самостійно найняти шерифа для забезпечення своєї безпеки та оплачувати такі послуги [1].

Таким чином, можна стверджувати, що за більш ніж тридцять п'ять років свого існування Федеральна програма захисту свідків у США постійно удосконалювалася, має сформовані механізми застосування її положень і пройшла перевірку практикою [9].

Основу інституту безпеки свідків у США складає “Закон про посилення безпеки свідка” від 12 жовтня 1984 р., оскільки він визначає коло заходів, які можуть бути застосовані для забезпечення безпеки свідків. Серед таких заходів захисту в США передбачені і застосовуються такі:

1) переселення на нове місце проживання свідка і забезпечення його іншими засобами захисту, якщо існує загроза його життю. На нове місце проживання звичайно відправляють і всю його родину або близьких йому людей, через яких може бути здійснений тиск;

2) видача свідку нових документів, що засвідчують особу;

3) виплата грошей на життєво необхідні витрати, в тому числі пов'язані з переїздом;

4) надання допомоги з працевлаштування [11].

Застосовуються й інші заходи для фізичного і соціального захисту, наприклад, заборона розголошення інформації про свідка і його місце проживання. Порушення цієї заборони вважається федеральним злочином, за який передбачається покарання, пов'язане з позбавленням волі.

Звичайно, програма забезпечує комплексний захист — одночасно переїзд свідка

на нове місце проживання, зміну прізвища, одержання інших документів, фінансову допомогу, зміну роботи і навіть навчання нової професії. Крім того, свідка можуть на час “сховати”, але робиться це з деякими умовами. З особою, яка потрапила під дію програми, укладається контракт, який визначає зобов'язання не тільки з боку держави, але й з боку свідка. Головний обов'язок серед них, звичайно, “показання в обмін на захист”. Але є й інші, які зобов'язують свідка додержуватися вказівок правоохоронних органів, наприклад, не відвідувати деякі публічні місця або не виходити на зв'язок з певними особами.

Захист свідків у США відбувається не тільки в прямій формі — коли конкретну людину переселяють в інший штат, змінюють її біографію або навіть зовнішність. Встановлені державою заходи в рамках програми набагато ширші. Наприклад, у Нью-Йорку, діє спеціальна телефонна лінія зв'язку для жертв злочинів. Зателефонувавши, людина, яка піддалася нападу злочинців, може з'ясувати, де відбуваються покарання її кривдники, а також строки їхнього звільнення. Будь-який клієнт цієї телефонної служби сповіщення може зареєструвати спеціальний пароль, і тоді комп'ютерна система зв'яжеться з ним через 10 хвилин після звільнення ув'язненого. Якщо абонент не відповість, комп'ютер буде дзвонити йому щопівгодини протягом доби [1].

Слід також зазначити, що Верховним судом США були сформульовані керівні принципи, відомі як “привілеї інформатора”. Метою цих положень є захист інформаторів з боку поліції, шляхом наділення поліції правом не розкривати особу інформатора, який надав інформацію у зв'язку з розслідуваним злочиним. При цьому враховуються конкретні обставини кожної справи і скоєного злочину, а також значення показань інформатора [7, 18].

Щодо вітчизняного законодавства, то статтю 7 Закону України “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві” передбачено наступні міри забезпечення безпеки:

- ✓ особиста охорона, охорона житла і майна;
- ✓ видача спеціальних засобів індивідуального захисту і сповіщення про небезпеку;
- ✓ використання технічних засобів контролю і прослуховування телефонних та інших переговорів, візуальне спостереження;
- ✓ заміна документів та зміна зовнішності;
- ✓ зміна місця роботи або навчання;
- ✓ переселення в інше місце проживання;
- ✓ поміщення до дошкільної виховної установи або установи органів соціального захисту населення;
- ✓ забезпечення конфіденційності відомостей про особу;
- ✓ закритий судовий розгляд.

Очевидним є той факт, що комплекс заходів безпеки, передбачений українським законодавством, досить широкий у порівнянні з програмою захисту свідків США. Однак суттєвою відмінністю та навіть недоліком “функціонування” цього правового інституту є те, що в Законі прямо зазначено, що заміна документів, зміна зовнішності та переселення в інше місце проживання можуть бути проведені лише за клопотанням або за згодою особи, взятої під захист, а також за санкцією прокурора або ухвалою суду і **тільки у виняткових випадках** за наявності обставин, коли загроза життю та безпеці особи, взятої під захист, не може бути усунута іншими заходами (ч. 3 ст. 13 Закону). В той час, як згідно з Програмою захисту свідків США переселення свідка за рахунок держави та видача йому та його родині повного комплекту документів, що дозволяють почати життя під новим прізвищем — є **правилом, основними заходами забезпечення захисту свідка**. Свідкові надається також житло на новому місці, визначається грошове утримання, держава сплачує перевезення всього його майна, допомагає з працевлаштуванням, перекваліфікацією тощо.

Вітчизняне ж законодавство, назвавши застосування перелічених заходів виключ-

ним випадком, в той же час не визначає, чим відповідні органи повинні керуватися, вирішуючи, чи достатній в конкретній ситуації той або інший захід безпеки, чи все ж таки переселення не уникнути.

Слід також зазначити, що **перелік осіб**, відносно яких в США можуть застосовуватися заходи захисту, істотно відрізняються від осіб, які мають право на забезпечення безпеки в Україні.

Згідно зі ст. 2 Закону України “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві” право на забезпечення безпеки шляхом застосування відповідних заходів мають:

а) особа, яка заявила до правоохоронного органу про злочин або в іншій формі брала участь чи сприяла у виявленні, попередженні, припиненні і розкритті злочинів;

б) потерпілий та його представник у кримінальній справі;

в) підозрюваний, обвинувачений, захисники і законні представники;

г) цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники у справі про відшкодування шкоди, завданої злочинцем;

г) свідок;

д) експерт, спеціаліст, перекладач і понятій;

е) члени сімей та близькі родичі осіб, перелічених у пунктах “а”–“д” цієї статті, якщо шляхом погроз або інших протиправних дій щодо них робляться спроби вплинути на учасників кримінального судочинства.

Основна відмінність Програми захисту свідків США від українського законодавства полягає в тому, що вона спрямована в основному на захист свідків, якими є переважно особи, що вчинили менш тяжкі злочини, але дали показання, за допомогою яких отримуються докази, що вкривають винного у більш тяжкому злочині. Ці показання полегшують обвинувачам судово доведення злочинної діяльності, наприклад, керівників злочинних угруповань. Тобто в більшості випадків такий свідок сам є або був раніше членом організованої злочинної групи. За допомогу у кримінальній справі

обвинувач може зняти обвинувачення з особи, що погодилась дати показання проти інших членів злочинної групи, у складі якої така особа перебувала. Саме тому, як вважає А.І. Бастрикін, Закон 1970 р. “Про контроль за організованою злочинністю” з метою отримання показань такої особи заборонив використовувати проти свідків докази, які були добуті під час їхнього допиту, передбачивши право “привілею свідка” [2, 78], з чим слід погодитися.

Зміст зазначеного права, як відзначає М.В. Новикова, полягає в наявності або відсутності у конкретної особи права відмовитися від дачі показань цілком або частково, питання про надання якого вирішується Федеральним судом [7, 18]. Тому механізм захисту такого свідка можна фактично назвати угодою з правосуддям, в результаті якої особа, що захищається, одержує набагато більш м’яке покарання за свої злочинні діяння або звільняється від них взагалі, в залежності від цінності тієї ролі, яку він відіграє у викритті злочинців або злочинної групи. А право “привілею свідка”, передбачене в кримінальному процесі США, можна розцінювати як частину такого механізму.

Статистика свідчить, що більш ніж 90 відсотків осіб, які перебувають під захистом, є особи, які були членами організованих злочинних груп. Приймаючи таких осіб у програму захисту свідків, прокурор домовляється із потенційним свідком про визнання вини та пропонує йому програму захисту.

В Україні під програму захисту свідків переважно підпадають потерпілі та очевидці. Це, насамперед, пов’язано із тим, що кримінальне право України не передбачає такої необхідної дефініції як “договір про визнання вини”. Саме договір про визнання вини є необхідним стимулом для злочинця свідчити про злочинну діяльність організованої злочинної групи.

Таким чином, фактично серед осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві в США, на захист можуть розраховувати тільки переважно свідки, які проходять у справі про злочин, що є резонансним

(тобто зв'язаним з організованою злочинністю, який стосується інтересів держави, окремого штату і т.п.), а також свідки, що сприяють правосуддю і показання яких, є особливо цінними (тобто на підставі яких і ґрунтується обвинувачення).

Важливо зазначити, що такий підхід держави до формування законодавства реально залежить від таких об'єктивних факторів:

1) демократичний стан (розвиток) суспільства;

2) рівень економіки держави.

Це необхідно враховувати і розглядати через призму об'єктивних факторів і ситуації, сформованих на даному історичному етапі в нашій країні, які відрізняються від ситуації в США, що безумовно знаходить висвітлення в національному законодавстві.

Українське законодавство **не пов'язує** можливості здійснення захисту потерпілого, свідка або інших учасників кримінального судочинства з цінністю показань. Такий підхід багато в чому обумовлений сформованою та діючою тривалий час у нашій державі системою правових принципів, які визначають спрямованість, характер підстави й обсяг правового регулювання суспільних відносин. Серед таких принципів, що мають відношення до досліджуваної проблеми та впливають із тексту Конституції України, кримінального та кримінально-процесуального законодавства, можна виділити: настання юридичної відповідальності тільки за конкретне діяння — правопорушення; законність; невідворотність відповідальності за правопорушення та інші. Крім того, до цих факторів належить і раціональна направленість закону, метою якого, окрім захисту життя і здоров'я людини, є розкриття злочину (ст. 2 КПК України).

У Програмі захисту свідків США **сама допомога слідству є основним і головним критерієм для застосування державного захисту** відносно певної особи.

Таким чином, застосування в Україні "привілею свідка" американської програми у такому вигляді, в якому вона існує

на сьогодні, на наш погляд, неможливе, тому що її закріплення в українському законодавстві суперечитиме існуючій в нашій державі системі принципів формування і реалізації прав учасників кримінального судочинства та порушить систему існуючих кримінально-правових відносин. Тому закріплення останнього можливе тільки у випадку перебудування всієї системи правової регуляції кримінально-правових відносин, а також принципів права в цілому та кримінально-процесуального зокрема.

Наступна відмінність положень законодавства США та України щодо забезпечення безпеки учасників судочинства полягає в тому, що система захисту учасників кримінального судочинства в США є багаторівневою, тобто в ній беруть участь як федеральні органи влади, так і органи влади штатів і окремих муніципальних утворень.

Питання про те, кому надати привілейований та доволі дорогий захист держави вирішує генеральний прокурор США. Він може прийняти рішення про захист не тільки свідка та його родини, але і далеких родичів та інших осіб, які зв'язані з ним та безпека яких може опинитися під загрозою після дачі свідком показань [2, 77].

Очевидно, що не сам генеральний прокурор США особисто займається долею кожної людини, яку він постановив захистити програмою. Безпосередньо "технічну" сторону діяльності з реалізації заходів для захисту свідків виконує переважно Служба маршала (судового виконавця) США (The US Marshal's Service), який безпосередньо здійснює заходи, спрямовані на забезпечення безпеки конкретної особи. Житлові приміщення для переселення свідка (іншого учасника процесу), його родини виділяють переважно влади штатів. Органи влади штатів і окремих міст вирішують питання працевлаштування таких осіб, надання їм психологічної й іншої допомоги [6, 5].

Таким чином, як бачимо, для забезпечення безпеки осіб, відносно яких застосовані заходи захисту в рамках відповідної програми, у США діє окрема служба маршалів. Головний маршал США

призначається президентом, підлеглих він набирає особисто, і вони більше ні від кого не залежать.

Такий підхід у виділенні осіб, що забезпечують реалізацію заходів безпеки, в окреме відомство, а також процедура формування останнього видаються об'єктивними і раціональними. Водночас слід зазначити, що в українському законодавстві роль і відповідальність у забезпеченні заходів безпеки учасникам процесу, відносно яких застосовані заходи безпеки, відповідно до частини 3 статті 3 Закону України “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь в кримінальному судочинстві”, “покладається за підслідністю на органи служби безпеки або внутрішніх справ, у складі структур яких з цією метою створюються спеціальні підрозділи”, а заходи безпеки щодо військовослужбовців здійснюються “командирами військових частин” [4].

Крім того, можна відзначити і інші фактори, які перешкоджатимуть реалізації ідей американської програми захисту свідків в Україні [8].

Таким фактором є масштаби нашої країни, які не можна порівнювати з масштабами США. В нашій країні набагато менше міст. Якщо ж відправити свідка в село, його там скоріше знайдуть, що зазвичай пов'язано з особливістю сільської місцевості — проживання на обмеженій території порівняно невеликої кількості людей, які один одного знають, тому чужу людину помітно відразу. Та й чи захоче свідок — мешканець обласного центру (оскільки організовані злочинні групи, як свідчить статистика, діють і скоюють злочини зазвичай на території великих міст), покинувши свою роботу, коло спіл-

кування тощо, виїхати в якусь глибинку, де немає ані роботи, ані комфортних умов для життя? Такому свідку буде набагато простіше та “зручніше” відмовитися від дачі показань.

Інший важливий фактор — реалізація американської програми захисту свідків вимагає значного фінансування. Квартири, переїзд, зміна зовнішності, охорона й інші заходи — для всього цього потрібні гроші. Тому основна проблема для застосування даної програми в Україні звичайно ж — фінансування. Але існує думка, що ця проблема може бути вирішена шляхом зміни системи діючого кримінального покарання. Так, при запровадженні системи обов'язкових штрафів за вчинення будь-якого злочину, можна повністю окупити витрати не лише на програму захисту свідків, а й на інші програми, пов'язані з боротьбою із злочинністю та допомогою потерпілим [10]. Штраф повинен в даному випадку розглядатись як основне, а також як обов'язкове додаткове покарання. При цьому умовою дострокового звільнення, застосування амністії, помилування та звільнення від покарання повинна бути сплата встановленого вироком суду штрафу.

Таким чином, підсумовуючи викладене, можна дійти висновку про те, що в даний час Україна в силу об'єктивних причин не готова до прийняття і реалізації загальнодержавної програми захисту свідків, подібної до моделі Програми, що застосовується в США. Хоча основні риси для розробки, прийняття і застосування подібної програми в Україні вже накреслено.

Список літератури:

1. Нягу Анжела. Защита свидетеля — рассказ об американской практике // <http://www.obozrevateli.md/cgi/article.pl?id=755>.
2. Бастрыкин А.И. Борьба с организованной преступностью в США // Правоведение. — 1992. — № 3.
3. Забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві // Збірник методичних рекомендацій з питань розкриття та розслідування злочинів слідчими та оперативними працівниками органів внутрішніх справ / За ред. П.В. Коляди — К., 2004.

4. Закон України “Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві” від 23 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 11. — Ст. 51.
5. Кримінально-процесуальний Кодекс України (станом на 1 січня 2007 р.). — Харків, 2007.
6. *Кондратьев Е.Е.* Пути решения проблемы защиты свидетелей // Право и безопасность — 2004. — № 1.
7. *Новикова М.В.* Обеспечение безопасности участников уголовного судопроизводства как гарантия осуществления правосудия в современных условиях: Автореф. дисс. ... канд. юр. наук. — Челябинск, 2006.
8. *Сильнов М.А.* Защита свидетелей как проблема общественной безопасности // Право и безопасность. — 2002. — № 4.
9. *Фитцджеральд Д.* Программа обеспечения безопасности свидетелей // Правоохранительная деятельность в США. — М., 1998.
10. *Шахрай В.* Захист свідків в кримінальному процесі // Матеріали семінару з питань забезпечення безпеки свідків, організованого Міністерством юстиції США та Міжнародною правоохоронною академією 22–26 січня 2007 р., м. Будапешт. — Західний кур’єр від 28.03.2007 р.
11. United States Federal Witness Protection Program // www.United States Department of Justice.-com.

РЕЗЮМЕ

В статье на основе сравнительного анализа положений законодательства Украины и Программы защиты свидетелей США исследуются вопросы, связанные с возможностью принятия и применения в Украине Программы защиты участников уголовного судопроизводства, аналогичной действующей в странах Европы и США.

SUMMARY

In the article on the base of the analysis of the legal regulations of Ukrainian legislation and the United States Federal witness protection program there are investigating questions of the opportunity of acceptance and adaptation in Ukraine the participants of Criminal Process protection program that is analogous the program of Europe and the USA.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 15.06.07



Л.І. Кравченко,
експерт
(Державна митна служба України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)

Можливості і доказове значення судової експертизи героїну

Ключові слова: героїн, судова експертиза, доказове значення, спільне джерело походження.

Висновок експерта з приводу наркотичних засобів є одним з джерел доказів у розслідуванні і судовому розгляді справ про їх зберігання, виготовлення і збут. Особливістю цієї експертизи є те, що вона завжди призначається при розслідуванні таких справ, оскільки без застосування спеціальних знань неможливо встановити належність вилученої речовини до наркотичних засобів.

Серед цілої низки речовин, що підпадають під визначення “наркотичні засоби” згідно з нормативними документами України, є наркотик героїн, що віднесений до особливо небезпечних засобів, обіг яких заборонено. Це обумовлено його сильною фізіологічною дією на організм людини, швидким розвитком фізичної та психічної залежності і толерантності, важкістю лікування хворих на героїнову наркоманію і, як наслідок, його суспільною небезпекою.

Аналіз експертної практики показує, що героїн доволі часто стає предметом злочинів, визначених КК України і, як наслідок, — об’єктом досліджень в експертних лабораторіях. Тому працівникам органів дізнання, досудового слідства та суду при призначенні експертизи героїну слід мати уявлення про її можливості та

доказове значення у розслідуванні відповідної категорії справ.

Можливості судової експертизи героїну слід розглядати у двох аспектах: експертних задач і технічних засобів.

Перший аспект пов’язаний з теорією криміналістичної ідентифікації. В залежності від обставин кримінальної справи судова експертиза героїну вирішує діагностичні, класифікаційні та ідентифікаційні питання. Якщо з постановкою і вирішенням питань перших двох типів, як правило, проблем не виникає, то ідентифікаційні питання при дослідженні героїну найчастіше вирішуються на рівні встановлення родової (групової) належності. Але при розслідуванні злочинів про незаконний обіг наркотичних засобів у великих і особливо великих розмірах, справ про контрабанду, здійсненні заходів з викриття підпільних лабораторій та каналів збуту героїну необхідним стає вирішення задачі встановлення спільного джерела походження. Однак словосполучення “спільне джерело походження” не є чітким та конкретним, тому при постановці питань необхідно конкретизувати, що саме слідчий вкладає у цю термінологію. Це може бути спільне місце виготовлення (регіон, країна, лабораторія) або зберігання,

одна сировина, єдина маса наркотичного засобу. При постановці ідентифікаційних задач перед експертом не слід ставити питання про “однаковість”, “ідентичність”, “схожість”, оскільки ці слова не дають уявлення про конкретну мету дослідження.

Найчастіше судова експертиза героїну може вирішити питання про спільне джерело походження в рамках встановлення регіону або країни виготовлення. На сьогоднішній день виділяють чотири географічні регіони, в яких виготовляють героїн: Південно-Східна Азія, Південно-Західна Азія, Мексика та Південна Америка. Для кожного з них характерні кілька типів героїну, що відрізняються між собою за зовнішнім виглядом та хімічними характеристиками [5, 9–11]. Також виділяють конкретні країни, в яких виготовляється героїн, основними з яких є Індія, Пакистан, Іран, Ліван, Нігерія, Туреччина, Сирійська Арабська Республіка [3, 17–31]. У загальному вигляді героїн являє собою порошкоподібну речовину, колір якої варіюється від бежевого до темно-коричневого, з агрегатами або без них. Виключення становить мексиканський героїн, відомий як “чорна смола”, який за консистенцією може бути в’язким як покривельна смола або твердим як вугілля і мати темно-коричневий або чорний колір. Від нього відчувається оцтовий запах, він плавиться при нагріванні та зволоженні. Такий фізичний стан обумовлений технологією виготовлення, з якої виключена стадія очистки, що призводить до наявності у ньому сировинних домішок та залишкової кількості ацетилюючого реагенту [4, 18].

Схема дослідження героїну обирається експертом залежно від зовнішнього вигляду об’єкта досліджень, який може бути у вигляді порошку, розчину або нашарувань на різноманітних предметах-носіях, та поставлених перед ним запитань. Однак, незалежно від цього, існує загальний підхід до проведення експертизи наркотичних засобів, який включає наступні етапи:

- зовнішній огляд та відбір проб;
- дослідження методом оптичної мікроскопії;

- хімічне дослідження;
- аналіз методом тонкошарової хроматографії;
- дослідження за допомогою інструментальних методів (газорідинна хроматографія, спектрофотометричне та мас-спектрометричне дослідження).

Техніка проведення кожного з перерахованих етапів, їх особливості, ступінь інформативності та обмеження докладно описані у методичній літературі щодо експертного дослідження наркотичних засобів і психотропних речовин, у т.ч. і героїну, тому доцільним є зупинитися лише на тих аспектах, які впливають на можливості експертизи героїну та її доказове значення.

1. Зовнішній огляд (опис упаковки, зовнішніх ознак об’єкта). При цьому фіксується спосіб доставки, упаковка, її цілісність та реквізити (супровідні написи, печатки, позначки тощо), а також маса представлених на експертизу об’єктів та інші кількісні характеристики. На цій стадії експерт отримує попередню інформацію про зовнішні характеристики об’єкта, а саме: його колір, форму, консистенцію, запах, ступінь подрібнення, наявність сторонніх домішок (які, в разі потреби, також досліджуються). За результатами зовнішнього огляду визначається хід подальшого дослідження і відбираються проби для його проведення.

Основною вимогою до відібраних проб є їх “достатність”, тобто збереження ними всіх ознак і властивостей досліджуваних об’єктів, для чого застосовуються відповідні методи відбору з урахуванням кількості наданої речовини та її агрегатного стану. Від правильних дій на цьому етапі без перебільшення залежить все експертне дослідження, його результати, вірогідність кінцевих висновків і, зрештою, доказове значення.

2. Дослідження методом оптичної мікроскопії. Цей етап застосовується тоді, коли героїн наданий у порошкоподібному стані і дозволяє попередньо визначити, чи є об’єкт індивідуальною речовиною або сумішшю. Якщо він є сумішшю, то встановлюється кількість компонентів, їх

морфологічні ознаки та приблизне співвідношення. Цей етап особливо важливий у порівняльному дослідженні зразків для вирішення ідентифікаційних задач.

3. Хімічне дослідження. Проводиться з метою встановлення можливої наявності героїну (діацетилморфіну) у наданому об'єкті і базується на застосуванні якісних хімічних реакцій (тестів), під час проведення яких спостерігається поява характерного забарвлення. Метод характеризується експресністю, зручністю та високою чутливістю, однак має низку суттєвих обмежень і потребує чіткого дотримання деяких умов для підвищення його доказового значення. Обмеження полягають у тому, що використовувані для тестування якісні реакції не є специфічними, аналогічну кольорову картину можуть дати інші контрольовані чи неконтрольовані сполуки. Помилково позитивні або негативні результати можна отримати внаслідок накладання власного кольору зразка, забруднення тестувальної пластинки тощо. Тому необхідними умовами для підвищення вірогідності отриманих результатів є:

- інтерпретація результату як позитивного тільки за отримання характерного аналітичного сигналу;
- виконання як мінімум двох якісних реакцій на героїн з різним хімічним механізмом;
- обов'язкове повторення реакції за отримання нечітких результатів або застосування інших методів дослідження.

Проте в будь-якому випадку отримані позитивні результати є лише попередніми і в жодному разі не можуть бути єдиною підставою для висновку про наявність героїну у досліджуваному об'єкті.

4. Аналіз методом тонкошарової хроматографії (ТШХ) проводиться для підтвердження результатів хімічного аналізу, встановлення якісного хімічного складу досліджуваного об'єкта. Дослідження проводиться з використанням стандартних зразків наркотичних речовин, характерних для героїну (морфін, кодеїн, моноацетилморфін, ацетилкодеїн, діацетилморфін). При цьому негативний результат однознач-

но вказує на те, що досліджуваний об'єкт не містить героїну, а позитивний дає підстави для висновку про його наявність.

5. Дослідження за допомогою інструментальних методів. Проводиться з метою встановлення кількісного вмісту діацетилморфіну та інших вищезазначених наркотично активних компонентів. Для цього застосовуються методи газорідинної хроматографії, спектрофотометричного аналізу та інші. Для визначення наявності компонентів героїну у випадках, коли вони знаходяться у слідовій кількості, наприклад, у нашаруваннях на предметах-носіях, використовується хромато-мас-спектрометрія.

Якщо перед експертом стоять діагностичні або класифікаційні задачі і об'єкти представлені у достатній кількості, для їх вирішення і надання обґрунтованого висновку достатньо провести зовнішній огляд речових доказів, дослідження методами оптичної мікроскопії, хімічного аналізу та тонкошарової хроматографії. Вирішення ідентифікаційних питань потребує максимального використання інструментальних методів.

Одним з найбільш зручних та експресних методів дослідження героїну, до того ж неруйнівним та таким, що не потребує використання шкідливих органічних розчинників, є УФ-спектрофотометрія.

Емісійний спектральний аналіз, за допомогою якого визначається мікроелементний склад об'єктів дослідження, не тільки доповнює дані про хімічний склад героїну, домішки неорганічної природи та, опосередковано, про географічні та кліматичні умови вирощування вихідної сировини (маку снотворного) [1, 27–29].

Особливе значення має вирішення питання про спільне джерело походження зразків героїну. При експертному дослідженні у цьому випадку застосовується описана схема з обов'язковим використанням інструментальної бази, але всі етапи дослідження проводяться більш ретельно: вони направлені не лише на виявлення наркотично активних компонентів та встановлення їх кількості, а і на виявлення

та порівняльне дослідження інших речовин, які вказують на регіон виготовлення, однакові умови синтезу, зберігання, транспортування, тощо. Велике значення мають етапи зовнішнього огляду об'єктів та дослідження за допомогою оптичної мікроскопії, оскільки їх результати можуть, по-перше, зорієнтувати експерта на певний регіон виготовлення, і, по-друге, дати можливість виявлення і систематизації додаткових ознак, що свідчать про однакові умови синтезу, зберігання, транспортування. Як відомо, героїн (діацетилморфін), що вилучається з незаконного обігу і надається на експертне дослідження, не є чистою речовиною: у процентному співвідношенні у так званих "вуличних" зразках героїну його не більше 25%. Решта — це наповнювачі, які додають до героїну для посилення наркотичного ефекту (барбітурати, бензодіазепіни, димедрол, кофеїн тощо), а також органічні і неорганічні речовини (крохмаль, борошно, цукор, карбонат кальцію, сульфат барію, аморфний оксид кремнію), метою додання яких є збільшення загальної маси та отримання прибутку від продажу. Дослідження наповнювачів на якісному та кількісному рівнях є важливим і необхідним елементом експертизи героїну. Але для категоричного висновку про спільне джерело походження наданих зразків, як правило, цього недостатньо. Тому експерт на етапі вивчення морфологічних ознак повинен виявити і потім дослідити сторонні речовини або матеріали, які потрапили до героїну в процесі зберігання або транспортування. Це можуть бути фрагменти упаковок у вигляді волокон тканин або паперу, шматочків пластику, мікрочасток клею, тощо. Інколи на пакуванні героїну можуть бути виявлені нашарування фарби, іржі, ґрунту, які потрапили в процесі транспортування. Вказані додаткові ознаки також необхідно дослідити; за їх співпадіння підвищується імовірність надання категоричного позитивного висновку про спільне джерело походження порівнюваних зразків героїну, який можливий лише за виявлення неповторної сукупності ознак. Тим самим значно підвищується цінність експертного висновку як джерела доказів.

Якщо під спільним джерелом походження розуміють встановлення регіону виготовлення, то на експертне дослідження повинні бути надані, крім речових доказів, кілька зразків героїну, регіон виготовлення яких відомий [2, 12].

Не можна також не наголосити на дуже важливій ролі (для якісного проведення експертного дослідження і отримання найповнішої і достовірної інформації про об'єкти), яку відіграють дії співробітників правоохоронних органів щодо вилучення, відбору і упакування зразків героїну. Неправильні дії можуть призвести до часткової чи повної втрати речового доказу, зміни його форми, хімічного складу та властивостей, що, звичайно, відобразиться на результатах дослідження. Загальний підхід полягає у максимальному збереженні зразків, що передбачає їх окреме упакування, герметичне укупування, захист від сторонніх забруднень та впливу зовнішнього середовища, особливо вологи, та у доставці до експертної установи в якомога коротший термін.

Таким чином, доказове значення судової експертизи героїну лежить в двох незалежних площинах:

– кваліфікованій роботі співробітників правоохоронних органів щодо вилучення, упакування та транспортування до експертної установи зразків героїну та дотриманні ними визначеного законом процесуального порядку збирання речових доказів;

– ретельному, повному та якісному експертному дослідженні, виконаному на високому науковому рівні з використанням сучасного обладнання, і наданні повного та обґрунтованого висновку.

Останнє, в свою чергу, обумовлюється трьома основними факторами:

а) кількістю наданого на дослідження героїну та його якісним складом;

б) технічним забезпеченням експертної лабораторії;

в) досвідченістю експерта.

Слід підкреслити, що і задовільна кількість речового доказу, і сучасна інструментальна база не є, однак, достатніми для

якісного проведення судової експертизи героїну. Найважливішим фактором є наявність кваліфікованого експерта, який має відповідну експертну підготовку, освіту і досвід роботи та високі морально-етичні

якості. Лише сукупність всіх зазначених параметрів забезпечує надання такого експертного висновку, який має велике доказове значення у здійсненні правосуддя.

Список літератури:

1. Комплексная методика сравнительного исследования наркотических средств на основе мака снотворного. — Ташкент, 1999. — 34 с.
2. Общие положения криминалистической экспертизы наркотических, сильнодействующих и ядовитых веществ: Методические рекомендации. — Москва, 1978. — 28 с.
3. O'Neil P.J., Phillips G.F., Gough T.A. The detection and characterization of controlled drugs imported into the United Kingdom // Bulletin on narcotics. — 1985. — Vol.XXXVII, № 1.
4. Rapid testing methods of drugs of abuse: Manual for use by national law enforcement and narcotics laboratory personnel. — New York, 1994. — 105 p.
5. Recommended methods for testing Opium, Morphine and Heroin: Manual for use by national drug testing laboratories. — New York, 1998. — 71 p.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются возможности судебной экспертизы героина в аспектах экспертных задач и технических средств. Коротко описываются этапы исследования, их возможности и доказательственное значение полученных результатов. Особое внимание уделено решению вопроса об общем источнике происхождения героина и трактовке указанного термина.

SUMMARY

The article scrutinizes the possibilities of forensic examination of heroine in the aspects of expert tasks and technical means. Shortly described are the examination stages, their possibilities as well as proof essence of the obtained results. Special attention has been paid to the issue to the general source of origin of heroine and the treatment of this term.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 10.09.07



*В. Гаркуша,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.С. Захарова)*

Реформування судоустрою: окремі історичні аспекти і паралелі

Ключові слова: *судоустрій, реформування судової системи, судова влада.*

У лютому 2002 р. Верховна Рада України прийняла довгоочікуваний Закон “Про судоустрій України”. Вважається, що цим Законом вирішено низку питань щодо організації судової влади, забезпечення діяльності судів, здійснення суддівського самоврядування, як однієї з найважливіших гарантій забезпечення незалежності судів і суддів. Проте не все так добре в нашій судовій системі. Так звана “мала судова реформа” стала на невизначений час компромісом у вирішенні довготривалої дискусії між прибічниками діаметрально протилежних концепцій реформування судової спадщини тоталітарної системи. Але життя доводить необхідність удосконалення низки правових норм щодо діяльності судової влади та здійснення правосуддя [2, 9].

Гострота проблем у сфері судової системи очевидна всім. Реформування судової системи сьогодні — одне із пріоритетних суспільних завдань, не розв’язавши яке суспільство не зможе просуватися шляхом демократії. Проте до цього часу немає єдиної державної концепції реформування судової системи в Україні, яка б визначала мету, завдання, строки реформування судоустрою держави та необхідні матеріальні ресурси для цього. В цьому контексті спробуємо дослідити окремі історичні аспекти реформування судоустрою Російської імперії

(в межах території сучасної України), що відбулося в 1864–1889 р.

Чим же не влаштувала сучасників та професійних юристів судова система середини XIX століття? Судова система в Україні на початку XIX століття не була одноманітною. Судову систему пронизував бюрократизм, у судах існували тяганина і хабарництво. У Слобідсько-Українській, Херсонській, Катеринославській (тепер Дніпропетровська обл.) і Таврійській губерніях судову систему привели відповідно до судової системи корінних губерній Центральної Росії. Суди першої інстанції були станові суди: у повітах — земські суди для дворян і селян; у містах — магістрати та ратуші для купців і міщан. Другою інстанцією для них вважалися губернські суди (палата кримінального і палата цивільного суду). Окрім того, в Одесі створили ще комерційний суд, а у губерніях — совісні суди для розгляду справ про злочини божевільних і неповнолітніх та надвірні суди, які розглядали кримінальні та цивільні справи осіб, станом належність яких нелегко було визначити (різночинці), а також чиновників і військовослужбовців, котрі тимчасово перебували там у справах служби.

У правобережних (Київській, Волинській і Подільській) губерніях структура судової системи була іншою. Судову систему тут очолював головний суд, який

став апеляційною інстанцією для судів повітових, підкоморських, магістратів і ратуш. Повітовий суд вважався становим судом для дворян і селян, магістрати і ратуші — становими судами у містах. Підкоморський суд — це становий суд першої інстанції у межових справах. Совісні суди у цих губерніях не існували.

Головний суд складався з двох департаментів — цивільних і кримінальних справ. Компетенція суду була однотипна з компетенцією палат кримінального і цивільного суду інших губерній. Окрім цього, у зв'язку з відсутністю у цих губерніях совісних судів, головним судам були підсудні також справи про малолітніх і божевільних злочинців. Після розгляду в головному суді ці справи поступали в обов'язковому порядку в 5-й департамент Сенату. До підсудності головного суду належали також справи, які становили компетенцію надвірних судів до їх ліквідації у Волинській і Подільській губерніях 1802 р. На вироки та рішення головного суду апеляція і скарги подавалися до Сенату.

Виконання судових вироків відповідно до Литовського статуту проводили у повітах повітові, а в містах — міські суди. У 1812 р. був уведений єдиний у всій Російській імперії порядок виконання судових вироків: воно передавалося у містах — міській поліції, повітах — нижнім земським судам.

Судова система у Лівобережній Україні за місцевими особливостями була подібна до системи Правобережної України. Головною судовою інстанцією вважався генеральний суд, що мав таке ж значення, як палати кримінального та цивільного суду в Слобідсько-Українській, Херсонській, Катеринославській, Таврійській губерніях і головний суд у губерніях Правобережної України. Особливістю генерального суду було те, що старшому з генеральних суддів доручалось у випадку відсутності губернатора і віце-губернатора тимчасове управління губернією. Генеральний суд складався з двох департаментів, кожен з яких укомплектовувався генеральним суддею та двома радниками, призначеними урядом, і

п'ятьма засідателями, котрі обиралися від дворянства щотри роки. Повітовий і підкоморський суди будь-яких відмінностей порівняно з судами у Київській, Волинській і Подільській губерніях не мали.

Діяльність усіх судів у губерніях була підконтрольною губернаторам. Кримінальні справи в обов'язковому порядку подавалися губернаторам для ознайомлення. У випадку розбіжності між думкою губернатора і вироком суду справа передавалася до Сенату. Останній, як правило, підтримував думку губернатора, позбавляючи сили вирок кримінальної палати, головного або генерального суду [1, 27].

Судова реформа, про яку йдеться в цій статті, проведена на підставі Судових статутів, прийнятих у 1864 р. Автори реформи закріпили в нормативних актах демократичні принципи: виборність мирових суддів і присяжних засідателів, незалежність і незмінність суддів, рівність усіх перед законом, гласність, усність. Засновувалася адвокатура, була проведена реорганізація прокуратури. Одночасно реформа зберегла залишки феодально-станового судочинства (станові суди — церковні, військові, волосні, окремий порядок розгляду справ про службові злочини) [1, 35].

Перегляд судової системи почався в атмосфері ганебної поразки у Кримській (Східній) війні (1853–1856 рр.), що стимулювала й інші Великі реформи. Ініціювали його юристи-професіонали, кількість яких зростала з року в рік. Отримавши освіту на юридичних факультетах російських університетів, вони поступово витісняли суддів-непрофесіоналів із займаних посад. Відрізнялися вони також від попередників і соціальним походженням, і типом кар'єри, належали до дворян середньої руки, які не вважали військову службу довершеним заняттям та почали культивувати у своєму середовищі служіння праву як вище моральне покликання. Молоді юристи виявили небачену раніше прихильність до закону, яка базувалась на філософії права, знаннях юриспруденції та правовій практиці, й привнесли в російську юстицію ідею професійної честі [3, 54].

Принципи, на яких засновувався новий суд, докорінно відрізнялися від дореформених. Тож внаслідок судової реформи засновувався незалежний суд в межах самодержавної системи влади. Статутом цивільного судочинства змінювався авторитарний контроль за судовою процедурою, інакше кажучи, влада над юстицією з рук монарха передавалася фахівцям. Проголошувалася рівність усіх громадян перед законом, незважаючи на станове походження, запроваджувалася змагальність сторін, гласність та публічність судового процесу. Запорукою незалежності суду від виконавчої влади ставала незмінність суддів на посаді. Професіонали-судді обіймали посаду пожиттєво, що було вагомим захисним механізмом, бо гарантувало їм збереження посади при винесенні рішень, які не збігалися з думкою адміністративної влади.

Поліція, що раніше підпорядковувалася губернаторам і генерал-губернаторам, усувалася від слідства. Тепер воно покладалося на особливих слідчих, які перебували у віданні суду і діяли під наглядом губернських прокурорів. Для виконання судових рішень вводилася інституція судових виконавчих приставів.

Наступним важливим компонентом судової реформи було запровадження інституції присяжних засідателів, внаслідок якої громадськості дозволено було брати участь у прийнятті судових рішень, що означало також і виховання її у повазі до законів та правосуддя. Виносячи свій вердикт про винність чи невинність підсудного, присяжні засідателі враховували, перш за все, людський фактор. На відміну від призначуваних урядом судових чиновників, присяжні засідателі призначалися самоврядними органами — земськими і міськими управами. Це був корпус із 36 присяжних засідателів, куди входили представники усіх станів. У кожному конкретному судовому засіданні брало участь 12 присяжних засідателів. Участь громадськості в засіданнях сприяла піднесенню авторитету суду серед населення, незважаючи на те, що противники його запровадження образливо називали таке представництво “судом вулиці” [3, 61].

Вводився також судовий захист підсудних через присяжних повірених (адвокатів). Ними ставали російськороддані юристи у віці від 25 років, які не мали судимості та не перебували на державній і виборній оплачуваній службі. Ця категорія юристів, на відміну від інших чиновників, змогла об'єднатися як професійна група і добитися найбільшої автономії у своїй діяльності. Відмінялася також теорія формальних доказів та канцелярська таємниця, вводився обвинувальний процес [4].

Внаслідок використання європейської судової практики система судів, яку вводили судові статuti від 20 листопада 1864 р., виглядала таким чином. Суди поділялися на дві категорії — з обраними та призначуваними суддями. Найнижчий суд очолювали мировий та почесний судді, яких обирало населення на три роки під час виборів органів земського і міського самоврядування. Чинність мирового судді поширювалася на округ, який складався із кількох дільниць у повіті або місті, а до його компетенції належали кримінальні та цивільні порушення, грошовий еквівалент яких становив розмір штрафу від 300 до 500 руб. Дільничні та почесні мирові судді повіту збиралися на сесії, які отримали назву з'їздів мирових суддів і на яких розглядалися апеляції на рішення мирових суддів.

Наступну ланку представляв окружний суд у складі призначуваних урядом голови, його товариша і членів суду, який обслуговував декілька повітів однієї губернії. Судова палата була третьою інстанцією, яка замикала місцевий суд. Вона була апеляційним органом для окружного суду та першою інстанцією у розгляді таких важливих справ, як порушення правил видання або злочини, що їх вчинили чиновники при виконанні службових обов'язків.

Першою судовою палатою, заснованою в українських губерніях на основі судових статутів 1864 р., була Харківська (листопад 1867 р.), діяльність якої поширювалася на однойменну, Курську, Орловську і Воронізьку губернії. 30 червня 1868 р. було засновано Одеську судову палату, яка обслу-

говувала Херсонську, Катеринославську, Таврійську, Подільську губернії та Бессарабську область. Як бачимо, судова сітка не збігалася з адміністративною, і розмежування адміністративно-територіального та судово-територіального поділу також було однією з гарантій незалежності судової влади від виконавчої.

У правобережних українських губерніях, як і загалом в західних, судова реформа мала суттєві відмінності від інших губерній. Там мирові суди запроваджувалися окремо від загальних. Тож мирові судді в Правобережній Україні запроваджувалися з 1872 р., а судові палати — на другому етапі реформи, яка збіглася з судовою контрреформою. На перехідному етапі створювалися об'єднані палати кримінального і цивільного суду. Так, Київська з'єднана палата кримінального та цивільного суду діяла впродовж 1871–1880 рр. і з'ясовувала невіршені справи ліквідованих повітових судів та судових палат, а також займалася встановленням конкурсного управління у справах неспроможних боржників.

Київська судова палата, що відкривалася на основі судових статутів 1864 р. у складі однойменної, Волинської, Чернігівської та Могильовської губерній, засновувалась, найпізніше, — 29 червня 1880 р. Її головою був призначений дійсний статський радник І.І. Мечников, який раніше очолював Пензенський окружний суд та служив прокурором Харківської судової палати [6, 5].

На відміну від суду присяжних особлива присутність судової палати являла собою єдину колегію коронних судів і народних представників, причому права всіх членів були рівні й у процесі судового слідства, і при винесенні вироку. Але ця формальна рівність не призводила до підвищення їхньої ролі в порівнянні з присяжними засідателями.

Попри всю незаперечну значимість судової реформи, її не варто ідеалізувати. Вона мала кілька слабких місць, серед яких найперше варто зазначити те, що вона поширювалася далеко не на всю імперію, а лише на ті її губернії, де вводилися органи

місцевого самоврядування — земства та міські думи, оскільки саме вони обирали мирових суддів та присяжних повірених. У губерніях, які не позбулися ознак тих держав, до складу яких вони раніше входили, або власних національних, судова реформа запроваджувалася поетапно зі значним відставанням від центру. До таких належали і губернії Правобережної України, де реформа почала поширюватися зі значним запізненням та з відмовою від виборного принципу, який було замінено урядовим призначенням на ті посади, які в інших губерніях обиралися населенням.

Компетенції та можливості судів як першої інстанції не раз змінювалися в бік обмежень. Судовим палатам 1866 р. були передані з окружних судів справи про злочини та про порушення правил друку. 1872 р. справи про державні злочини були виведені з компетенції палат, і для їхнього розгляду засновувалося Особливе присутствіє сенату для розгляду справ про державні злочини та протизаконні організації. 1878 р. ця категорія справ знову була повернута для розгляду судовими палатами. Крім того, вони почали розглядати справи, які раніше входили до компетенції окружних судів: про спротив розпорядженням уряду та явне непідкорення владі, про образу і неповагу до державних установ і чиновників при виконанні ними службових обов'язків. У 1878 і 1879 рр. ці справи тимчасово передавалися на розгляд військових судів [6, 5–6].

Велике значення для незалежності суду і зміцнення принципу законності в карному і цивільному процесах дореволюційної Росії мало створення адвокатури і реорганізація прокуратури. Адвокатура, створена судовою реформою, відразу заявила про себе рішуче і сміло.

Вадою судової влади було те, що вона не виробила юридичної процедури притягнення до відповідальності чиновників за порушення прав приватних осіб. Їхні судові справи й надалі перебували у віданні сенату, що продовжувало стару схему, згідно з якою будь-який бюрократ служив монархові, а не населенню. Ця негативна

властивість судової системи пояснюється тим, що за зразок для адміністративної юстиції в імперії було взято континентальну систему трибуналів, згідно з якою судові функції виконувалися всередині самої адміністрації, а не англосаксонську систему, яка підсудні адміністрації передавала незалежним судам.

Неодноразові спроби підпорядкувати державну владу правовим нормам зустрічали спротив і Олександра III, і Миколи II. Внаслідок цього судовій владі до кінця існування Російської імперії не вдалося отримати повну незалежність від адміністративної влади, а тому вони постійно поміж собою конфліктували [6, 5–6].

Судова реформа мала прогресивне значення, тому що нова судова система замінила собою вкрай роздрібнену систему судів (суди по станах, по роду справ, із безліччю інстанцій, де справи велися на основі інквізиційного процесу, при закритих дверях, слідчі функції здійснювала поліція і т.п.). Проте значення судової реформи 1864 р. применшувалося дією положень судових статутів: вилученням деяких категорій справ із компетенції суду присяжних (у т.ч. про державні злочини), зберіганням системи заохочень судів місцевими адміністраціями, що подавали їх до чергових чинів і орденів і т.д.

З 70-х років у період реакції почався відступ від проголошених принципів. Судова реформа була піддана корінному перегляду раніше інших реформ 60-х років. У 1866 р. з відання суду присяжних були вилучені справи про пресу; законом 19 травня 1871 р. були затверджені Правила про порядок дії членів корпусу жандармів по дослідженню злочинів, що передали дізнання по справах про державні злочини у ведення жандармерії. 7 червня 1872 р. була прийнята нова редакція розділу про судочинство по державних злочинах “Статуту карного судочинства”, що закріпила створення Особливої присутності Сенату (за участю станових представників) для розгляду цієї категорії справ законом від 9 травня 1878 р. “Про тимчасову зміну під-

судності і порядку провадження у справах по деяких злочинах”. Було різко скорочене коло справ, що розглядалися судом присяжних; законами від 9 серпня 1878 р. і 8 квітня 1879 р. розгляд справ про державні злочини й особливо небезпечні злочини проти порядку управління було передано військовим судам. Прийняте 14 серпня 1881 р. “Положення про міри охорони державного порядку і суспільного спокою” ще більш розширило компетенцію військових судів і звузило коло процесуальних гарантій у загальних судових установах. Завершенням судової “контрреформи” постала судово-адміністративна реформа 1889 р. [5, 213].

Підсумовуючи розгляд окремих аспектів реформування судоустрію у 60-70 роки XIX століття у Російській імперії, слід зазначити, що незважаючи на значну відмінність умов існування суспільства і організації державної влади у XIX та на початку XX століття, реформування судоустрію держави, як умова демократизації держави і розвитку суспільства — це об’єктивний історичний процес, який може бути реалізований лише в межах значного часового виміру. Видається, що уроки вищенаведеного реформування судоустрію дають підстави зробити й інші висновки, зокрема, є доцільним введення пілотних проектів реформування судоустрію в Україні (обмежених декількома областями) з метою економії матеріальних ресурсів держави та унеможливлення дискредитації ідеї реформування судоустрію серед громадян України. Іншою складовою стратегічного курсу реформування судоустрію України видається комплексний підхід до реформування нормативного регулювання не лише судової влади, але й одночасного докорінного реформування інститутів прокуратури, адвокатури, виконавчого провадження тощо. Саме комплексний підхід до нормативного визначення місця і ролі адвоката, слідчого, судді й інших учасників судочинства, був запорукою успіху судової реформи Російської імперії кінця XIX століття.

Список літератури:

1. *Виленский Б.В.* Подготовка судебной реформы 20 ноября 1864 года в России. — Саратов, 1963.
2. *Ківалов С.* Судова реформа. Крок за кроком // Урядовий кур'єр. — 23 січня 2003 р.
3. *Кульчицький В.* Історія держави і права України. — К., 1996.
4. *Маляренко В.* Актуальні проблеми становлення судової влади в Україні // Право України — 1996. — № 1.
5. Российское законодательство X-XX вв. В 9 т., т. 8: Судебная реформа. — М.: Юрид. лит., 1991.
6. *Шандра В.* На службі праву: минуле як майбутнє судової реформи // День. — 2007. — № 28. — 16 лютого.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена розгляду окремих аспектів реформування судової системи Російської імперії в кінці XIX століття. Представлено авторське бачення паралелей реформування судової системи в розглянутий історичний період та в сучасній Україні.

SUMMARY

The article is devoted to the examination of the aspects reform the judicial system of Russian empire at the end of XIX century. The author offer his vision of the reform of the judicial system in a certain historical period as well as in modern Ukraine.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 03.09.07



А. Юдківська,
адвокат, магістр права та європейських наук
(Університет Роберта Шумана, м. Страсбург)
(Науковий керівник доцент С.В. Гончаренко)

Привілей проти самообвинувачення — в пошуках принципу*

Ключові слова: самообвинувачення, Європейський суд з прав людини, право не давати свідчень проти себе, право на мовчання, попередження Міранди, докази, презумпція невинуватості, справедливий судовий розгляд.

Принцип захисту проти самообвинувачення закріплено у ст. 63 Конституції України: “Особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім’ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом”. Стаття 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, а саме пар. 3 пункт g) встановлює, що “кожен має право при розгляді будь-якого пред’явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії: ...не бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним”.

Принцип, що особу не має бути примушено діяти всупереч її інтересам, особливо що стосується викриття її участі у злочині, на думку деяких авторів бере свій виток у Талмудичному праві [5, 39]. Але видається, що відслідкувати розвиток сучасної процесуальної гарантії починаючи із такого джерела вкрай важко, загальноприйнятим вважається те, що народження цього права сталося у 1641 р., коли і Зіркова Палата (*англійський особливий трибунал, створений у 1487 р. для боротьби із бунтарями із числа знаті, пізніше виконував задачу розправи із супротивниками абсолютистського ре-*

жису), і Вища Комісія були скасовані та процедура *ex officio* клятви (*запроваджена інквізиційною системою клятва ex officio полягала у вимозі до звинуваченої особи поклястися говорити правду до того, як їй буде повідомлено у чому саме її звинувачують*) була заборонена. Характеризуючи привілей проти самообвинувачення у справі *Рейд проти Говарда (Reid v Howard (1995) 184 CLR1, пар. 11—12)* англійський суд зазначив:

“Привілей, який був описаний як “фундаментальний ... захист свободи”, не просто правило доказування, але основне та суттєве право в системі англосаксонського права. Воно виникло після скасування Зіркової палати у 1641 р. та вже у 1737 р. було зазначено, що “немає правила більш усталеного у праві справедливості”.

Хочеться згадати в цьому аспекті розвиток прецедентного права Верховного Суду США, який бере свій початок із справи *Браун проти Міссісіпі* [18]. В цій справі вперше було встановлено, що принцип процесуальної справедливості забороняє вимагання зізнань. Розвинення цього принципу досягло апогею у широковідомій справі *Міранда проти Арізони* [21], де були сфор-

* Будь-які судження у цій статті виражають виключно власну думку автора та не є офіційною позицією Європейського суду з прав людини.

мульовані гарантії, які й досі зветься “попередження Міранди” (“*Miranda warnings*”). Ці гарантії зобов’язують роз’яснювати особі перед її допитом, що вона має право на мовчання, будь-які її показання можуть бути використані проти неї, при допиті може бути присутнім захисник, а також цей захисник може бути призначений судом, якщо особа не має коштів, щоб наняти його самостійно. В не менш відомій справі *Гріфін проти Каліфорнії* [20] Верховний суд США відмовився, наприклад, дозволяти суддям чи прокурорам давати коментарі присяжним щодо відмови обвинуваченого давати показання, оскільки такі коментарі були “покаранням, накладеним судом за реалізацію конституційного привілею”. Тут, однак, треба зазначити, що якщо *правило Гріфіна* стосується випадків, коли прокурор за власною ініціативою звертає увагу присяжних на мовчання обвинуваченого, воно не застосовується до відповіді, яку має дати прокурор на припущення захисника щодо того, що держава не дала можливість його клієнту пояснити обставини справи [22]. Так само не може прокурор оспорювати показання підсудного, посиляючись на те, що після арешту та попереджень Міранди він зберігав мовчання та не пояснив поліції обставини справи, які він викладає в суді.

Походження привілею проти самообвинувачення саме в системі англосаксонського (змагального) права пояснюється такими причинами. Обвинувачений (або підозрюваний чи підсудний) має двояке становище у процесі — він одночасно є і стороною і його показання є джерелом доказів. Якщо слідчий (інквізиційний) процес бачить у ньому лише другу сторону, тобто об’єкт дослідження, з якого необхідно добути певні свідчення, то для змагального процесу він залишається стороною спору, а отже дача показань для нього має бути правом, а не обов’язком.

Процесуальна реалізація привілею проти самообвинувачення в країнах загального права відрізняється від її реалізації у кримінальному процесі континентальних країн. В кримінальному процесі, напри-

клад, України обвинувачений не попереджається про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань чи за відмову від дачі показань. Що стосується країн англосаксонського права, то за умови згоди обвинуваченого давати показання до нього застосовується процедура допиту свідка, включаючи відповідальність за дачу неправдивих показань і за відмову відповідати на питання суду. Тобто англосаксонський кримінальний процес не виділяє показання обвинуваченого як самостійне джерело доказів, його показання відносяться до показань свідків [3, 22].

Звернімося до прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Привілей проти самообвинувачення не сформульований у Європейській Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у вигляді самостійного права, але Суд неодноразово заявляв, що право на справедливий судовий розгляд у кримінальних справах включає в себе “право кожного, кому пред’явлено кримінальне обвинувачення, ... зберігати мовчання та не давати показання у підтвердження своєї винуватості” [7, § 44]. Порушення цього права поширюється і на випадки, коли уповноважена особа не роз’яснила зміст цього права підозрюваному чи обвинуваченому [1, 93].

У справі *Саундерс проти Сполученого Королівства* [15] Суд заявив, що “право на мовчання та його складова частина — право не давати показань проти себе в ст. 6 Конвенції спеціально не згадані, але, тим не менш, вони є загальноновизнаними міжнародними нормами, які лежать в основі поняття справедливої процедури, про яку йде мова у ст. 6 Конвенції”. Його зміст — у захисті обвинуваченого від примусу з боку влади, що допомагає запобігти судовим помилкам та досягти мети, встановленої ст. 6 Конвенції. Зокрема це право сприяє тому, щоб обвинувачення не використовувало докази, отримані всупереч волі обвинуваченого, за допомогою примусу чи насильства.

Справа *Саундерс* стосувалася переслідування директора компанії, що здійсню-

вала “захоплення” іншої компанії шляхом штучного завищення біржового курсу акцій своєї компанії, завдяки чому обмін акціями виглядав більш привабливо, ніж це було насправді. За дорученням Міністерства торгівлі та промисловості було проведено адміністративне розслідування. За законом заявник мав відповідати на запитання інспекторів міністерства, невиконання цієї вимоги могло призвести до пред’явлення йому обвинувачення у неповазі до суду, за чим могло йти покарання у вигляді штрафу або позбавлення волі строком до двох років. Оскільки розслідування не носило кримінального характеру, оскаржувати встановлення кримінальної відповідальності за відмову відповідати на запитання за даних обставин було неможливо. Однак потім протоколи опитувань були пред’явлені як докази вини директора під час розгляду справи в суді, що закінчилася обвинувальним вирокком. В ході розгляду справи в суді заявник заперечував свою участь у скоєнні протиправних діянь. Обвинувачення доводило його винуватість, використовуючи його показання інспекторам. Уряд підкреслював у Суді, що жодне із того, що стверджував заявник в ході опитувань, не мало характеру самообвинувачення, навпаки, він давав пояснення на свою користь. Суд не прийняв цей аргумент, зазначивши, що “в будь-якому разі... право не свідчити проти себе не може бути розумно обмежене лише зізнанням у скоєнні правопорушення, або показаннями, які прямо носять інкримінуючий характер. Показання свідка, отримані за допомогою примусу, які зовні не виглядають інкримінуючими — такі як виправдовувальні зауваження або просто інформація щодо фактів — можуть бути у подальшому розгорнуті в ході кримінального процесу на підтримку обвинувачення, наприклад, щоб протиставити їх іншим заявам обвинуваченого або поставити під сумнів показання свідка в судовому розгляді, або іншим чином підірвати довіру до нього”. Суд вирішив, що у даній справі було порушення статті 6.

Але, захищаючи право не свідчити проти себе, Суд погодився, у всякому разі

за певних обставин, робити висновки із неспроможності підозрюваного як під час допитів протягом слідства, так і в ході судового розгляду, пояснювати певні обставини. Так, у справі *Джон Муррей проти Сполученого Королівства* [11] заявника було попереджено, що відмову відповідати на запитання або давати показання може бути витлумачено як підтвердження доказів його вини. Дійсно, виносячи обвинувальний висновок, національний суд виходив із висновків, що були зроблені з його відмови давати показання (зокрема відмови пояснити своє перебування у будинку, де насильно утримувався співробітник поліції — такого пояснення вимагав здоровий глузд). Хоча Суд знов підкреслив важливість права не свідчити проти себе та осудив відмову затриманому у доступі до адвоката, він не вважав неприпустимим підхід національного суду, що зробив свій висновок із відмови підозрюваного давати пояснення в тій ситуації, коли проти нього існували певні докази. Суд заявив, що “право на мовчання” не є абсолютним. Незважаючи на його несумісність із спробою будувати обвинувачення виключно або головним чином на підставі мовчання обвинуваченого або його відмови відповідати на запитання, очевидним є те, що вказаний привілей не може запобігти тому, що факт мовчання буде братися до уваги в ситуаціях, які однозначно потребують роз’яснення. Суд в цій справі зауважив, що використання логічних висновків було проявом здорового глузду в умовах, коли заявник відмовився надати обґрунтоване пояснення своїх дій або поведінки.

Це, однак, не означає, що проста відмова співпрацювати із органами слідства на стадії розслідування може бути доказом проти підозрюваного — у згаданій справі вирішальним був той факт, що було дещо, що явно потребувало пояснення, а за відсутності пояснення само по собі було доказом проти обвинуваченого [4, 6].

В рішенні у справі *Телфнер проти Австрії* [16] Суд встановив, що висновок суду про винуватість підсудного у ДТП, який було зроблено виключно на базі нічим не

підтверджених доказів, наданих поліцією (машина була зареєстрована на матір підсудного, якого на момент пригоди не було вдома, потерпіла не впізнала водія, а лише надала номер машини), і мовчання підсудного (його небажання давати показання), є рівнозначним перекладанню тягара доказування на обвинуваченого і становить, таким чином, порушення принципу презумпції невинуватості.

Тягар доказування, як зазначалося, має бути покладено на обвинувача, і суд був готовий допустити перекладання цього тягара на захист лише в тому разі, якщо *без жодних пояснень*, що підтверджували б невинність, факти очевидно свідчили проти обвинуваченого. Дуже важливо, що в справі *Джон Муррей* каралося не мовчання як таке, та мовчання само по собі не розглядалося як доказ вини. Суд ставив задачу не тільки дотримання права не свідчити проти себе, але й презумпції невинуватості.

Необхідно відмітити, що, як було зазначено у справі *Саундрес*, право не свідчити проти себе не поширюється на використання в кримінальному процесі інших доказів, які можуть бути отримані від обвинуваченого всупереч його бажанню шляхом примусу (наприклад, вилучення документів, отримання зразків крові, сечі та шкіряного покриву для проведення аналізу ДНК) [12], однак залишається контроль Суду щодо того, чи були такі дії здійснені згідно закону, переслідували вони правомірну мету та чи пропорційні вони необхідності її досягнення. Це зовсім не означає, що привілей проти самообвинувачення обмежений тільки усними свідченнями, а, як вже зазначалося, він є ширшим за право зберігати мовчання. Як було встановлено Судом у справах *Функе проти Франції* та *Дж. Б. проти Швейцарії*, він може стосуватися і обов'язку надання певних документів фіскальним органам.

У справі *Функе проти Франції* [7] заявник, громадянин Німеччини, працював торговим представником та мешкав у Франції. Під час розслідування порушень законодавства у зовнішньоекономічних відносинах представники митниці разом із

поліцією вимагали в нього надати документи стосовно його іноземних банківських рахунків. Через його відмову, митниця звернулася до поліцейського суду та суд наклав на заявника штраф і постановив надати запитані документи під загрозою штрафу за кожний день невиконання вимоги. Заявник скаржився, що призначення йому кримінального покарання за відмову надати митниці документи є порушенням його права не свідчити проти себе. Влада почала проти нього кримінальне переслідування, і він був змушений сприяти пред'явленню йому обвинувачення. Суд визнав, що "митні органи спровокували пред'явлення пану Функе обвинувачення з метою отримання деяких документів, щодо існування яких вони мали певні припущення, але не були повністю впевнені. Не маючи можливості або не бажаючи отримати їх будь-яким іншим шляхом, вони спробували примусити заявника надати докази правопорушення, яке він, напевно, скоїв. Особливості митного права не можуть виправдати порушення права будь-якого обвинуваченого зберігати мовчання та не свідчити проти себе". Суд визнав порушення статті 6 Конвенції.

Дещо схожа ситуація спостерігалася і у справі *Дж. Б. проти Швейцарії* [9], де податкові органи вимагали від заявника надання документів стосовно джерел його прибутку. Суд зазначив, що "матеріали, які вимагалися, відрізнялися від матеріалів, що мають незалежне від волі особи існування (про які мова йшла у справі *Саундрес*), та виправдовують застосування примусу з боку влади". Тим не менш хочеться відмітити, що Суд все ж таки не надав у цих рішеннях достатньо чіткого розмежування між цими ситуаціями та використанням примусу для отримання матеріалів, яке в рішенні по справі *Саундрес* було зазначено як законне.

Так, зовсім недавня справа *Яллох проти Німеччини* [10] стосувалася провокування блювання підозрюваного у незаконному переміщенні наркотиків з метою вилучити пластиковий пакет з наркотиками, який він ковтнув. Суд зазначив, що докази, здобуті

в цій справі, а саме наркотики заховані у тілі заявника та добуті із примусовим застосуванням блювотних засобів, можуть підпадати під категорію матеріалів, що мають незалежне від волі особи існування, використання яких за загальним правилом не заборонено в кримінальному процесі. Однак існують декілька елементів, які відрізняють цю справу від прикладів, перелічених у справі *Саундерс*. Останні стосувалися тілесних матеріалів, що мають бути подані на судову експертизу (наприклад, для виявлення рівню алкоголю у крові). В цій справі, по-перше, матеріали, що було вилучено, слугували безпосереднім доказом проти заявника. По-друге, заявник у цій справі зазнав серйозне втручання у своє тіло, не без ризику для здоров'я. Та, наостаннє, це втручання було визнано судом таким, що досягло мінімального рівня жорстокості, щоб кваліфікувати його як нелюдське та таке, що принижує гідність, всупереч вимогам ст. 3 Конвенції. Отже, Суд вирішив, що принцип привілею проти самообвинувачення застосовується в цій справі та, зваживши на рівень примусу, відсутність достатніх процесуальних гарантій, а також те, що здобуті таким чином докази лягли в основу обвинувального вироку, дійшов до висновку щодо порушення права не свідчити проти себе відповідно статті 6 Конвенції.

Суд відхилив скаргу на порушення принципу презумпції невинуватості і права не свідчити проти себе у справі *Ален проти Сполученого Королівства* [6], де заявника було засуджено за надання фіскальним органам фальшивої інформації щодо своїх прибутків. Суд встановив, що на відміну від справ *Функе* та *Дж. Б.* заявника було піддано покаранню не за відмову надати інформацію, яка може бути використана проти нього у можливому або вже порушеному кримінальному процесі. Його було засуджено за надання фальшивої інформації, іншими словами за обман. Це не був приклад примусового самообвинувачення щодо правопорушення яке він попереднє здійснив, а було окреме самостійне правопорушення. Суд зазначив,

що привілей проти самообвинувачення не може бути інтерпретований як такий, що дає загальний імунітет щодо дій, спрямованих на уникнення фіскального контролю.

Аналогічний підхід було застосовано і у двох відносно недавніх справах проти Австрії — *Вех* [17] та *Різ* [14]. Заявники в обох справах були власниками автомобілів, щодо яких було зафіксовано перевищення швидкості. На вимогу владних органів, у відповідності до внутрішнього законодавства щодо безпеки руху, обидва заявники надали інформацію про осіб, що керували транспортним засобом на момент перевищення швидкості. Але інформація була неповною та неточною, через це обох заявників було піддано покаранню. Вони скаржилися на порушення їх права не свідчити проти себе. Суд зазначив, що переслідування за перевищення швидкості велося проти невстановлених осіб, і не було жодної підстави стверджувати, що таке переслідування взагалі могло бути порушене проти заявників, оскільки проти них не було жодної підозри. Покарання заявників відбулося саме через надання неточної інформації — окреме правопорушення, не пов'язане з перевищенням швидкості, а отже жодного зв'язку із привілеєм проти самообвинувачення та права не свідчити проти себе Суд не встановив. З цим, однак, не погодились судді Хаджієв (Нажієв) та Джебенс (Jebens), які у своїй окремій думці у справі *Різ* зазначили, що заявника було де-факто поставлено під загрозу кримінального обвинувачення — якщо б він зізнався, що він сам був за кермом автомобіля, справу було б порушено проти нього. За такого підходу можливо говорити про те, що рівень примусу в цих справах був таким, що порушувати суть привілею проти самообвинувачення.

У двох справах проти Ірландії — *Хіней та Маргінес* [8] і *Квін* [13] Суд визнав порушення принципу презумпції невинуватості і права на справедливий судовий розгляд. Усіх трьох заявників було заарештовано за підозрою в серйозних терористичних злочинах. Після того, як поліція попередила

їх про право не відповідати на запитання, від них зажадали, відповідно до положення національного законодавства про злочини проти держави, докладно розповісти про своє місцеперебування на час вчинення відповідних злочинів. Пан Хіней і пан МакГінес відмовилися відповідати на будь-які запитання. Їх було обвинувачено у членстві в нелегальній організації і в ненаданні пояснень про своє місцеперебування; пізніше їх було виправдано стосовно першого злочину, але визнано винними у другому злочині й ув'язнено строком на шість місяців. Пан Квін заперечував будь-яку причетність до подій, про які його запитували, і відмовився повідомити, де він перебував у час, коли вони відбувалися. Його було обвинувачено у зв'язку з відмовою розповісти про своє місцеперебування й ув'язнено строком на шість місяців. Суд визнав, що ступінь примусу у цих справах (у зв'язку із існуванням відповідної норми внутрішнього законодавства про злочини проти держави) перешкодила здійсненню прав, про які йдеться, оскільки заявники залишалися перед вибором: або надати інформацію, або дістати строк ув'язнення. Необхідність підтримання безпеки і громадського порядку, на що посилався уряд, не могли служити виправданням такого примусу, а отже, відбулося порушення права заявників на мовчання та права не свідчити проти себе.

Таким чином, інтерпретація привілею проти самообвинувачення Європейським судом відносно нова та достатньо складна. Але певні висновки для відповіді на питання щодо того, наскільки повно право особи зберігати мовчання реалізується в українському кримінальному процесі можна зробити.

Як вже було згадано, право не свідчити проти себе закріплене в ст. 63 Конституції України, і в силу її безпосередньої дії одразу ж почало застосовуватися в судовій та слідчій практиці. За загальним правилом, судді сьогодні не визнають як докази показання підозрюваних і обвинувачених, якщо їм не роз'яснено право не свідчити проти себе. Але чи означає це, що на практиці більше

не існує порушень вказаного права? Навпаки — існує безліч способів, як обійти його. Автор цієї статті у власній адвокатській практиці неодноразово зустрічалася із тим, що під час першого допиту (зрозуміло, без адвоката) підозрюваному роз'яснюється, що ст. 63 Конституції передбачає кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань або дачу завідомо неправдивих показань. Переляканий підозрюваний пише у протоколі: “значення ст. 63 Конституції мені роз'яснено”. Видається, що це формулювання треба змінити на “право не свідчити проти себе мені роз'яснено”. Інший найпоширеніший спосіб обійти закон — це допит де-факто підозрюваного як свідка під загрозою кримінальної відповідальності за відмову від дачі показань чи дачу завідомо неправдивих показань. Як було показано вище, така боротьба за встановлення істини у кримінальному процесі навряд чи отримає підтримку з боку Європейського суду з прав людини. Видається, що для запобігання цій хибній практиці суди не повинні приймати як докази показання осіб, допитаних як свідків на досудовому слідстві, якщо їх в подальшому було залучено як обвинувачених. Про це ж, до речі, говорить і п. 20 Постанови Пленуму Верховного Суду України “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя” від 1 листопада 1996 р.: “Пропонуючи підсудному дати пояснення щодо пред'явленого обвинувачення та відомих йому обставин справи, суд має одночасно роз'яснити йому, а також його дружині чи близькому родичу зміст ст. 63 Конституції. Якщо під час проведення дізнання чи попереднього слідства підозрюваному, обвинуваченому, його дружині чи близькому родичу цього не було роз'яснено, показання зазначених осіб повинні визнаватися судом одержаними з порушенням закону, що має наслідком недопустимість їх використання як засобів доказування”.

Не можна не відмітити здивування, яке викликає п. 5 статті 50 одного з проектів КПК, де вказано, що захисник зобов'язаний не перешкоджати встановленню обставин

справи шляхом здійснення дій, направлених на те, щоб схилити підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного до відмови від дачі показань. В цій нормі відображена хибна класична позиція, що “визнання — цариця доказів”, а отже відмова від дачі показань становитиме “перешкоджання встановленню обставин справи” [2].

На жаль, в цьому ж проекті КПК не знайшло відображення положення, яке має слугувати важливою гарантією проти самообвинувачення та визнання вини під впливом фізичного чи психічного насильства: показання підозрюваного чи обвинуваченого, що були дані ним на досудовому слідстві без адвоката та не підтвержені ним у суді мають бути віднесені до недопустимих доказів. До речі, така норма міститься у Російському КПК (п. 1 ч. 2 ст. 75). Важливо також, щоб умова відсутності захисника включала і випадки добровільної відмови обвинуваченого від юридичної допомоги — щоб запобігти несумлінним слідчим схилити підозрюваного чи обвинуваченого до вимушеної відмови від захисника, зробленої, зазвичай, “в обмін”

на обіцяння слідчого звільнити з-під варти або іншим чином сприяти у позитивному вирішенні справи. Відповідне положення поклало б кінець катуванню у міліції — в ньому тоді б не було жодного сенсу.

Інша норма КПК, яка входить у протиріччя із привілеєм не свідчити проти себе — це пункт 2 ст. 301, за яким дозволяється оголошення в суді показань підсудного, даних під час дізнання та досудового слідства, у разі його відмови давати показання у суді. Цю ж норму успадкував і проект КПК — п. 2 ст. 381.

Хочеться сподіватися, що принцип привілею проти самообвинувачення знайде своє відображення у кримінальному процесі України та українські суди почнуть застосовувати практику Європейського суду з прав людини з цього приводу. Реалізація саме цього принципу могла б запобігти застосуванню тортур з метою “вибивання” зізнань, послабити обвинувачувальні тенденції радянського судочинства і виправдовувальні вироки не розцінювались, як зараз, провалами в роботі правоохоронних органів і судів.

Список літератури:

1. Банчук О.А., Куйбіда Р.О. Вимоги статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод до процедури здійснення судочинства — К.: ІКЦ «Леста», 2005.
2. Зейкан Я. Досудове слідство чи інквізиція // Дзеркало тижня, № 22 (497) 5 — 11 червня 2004 р.
3. Николайчик В. М. Уголовный процесс США. — М., 1981.
4. Naismith S. “Self-incrimination: the case-law of the European Court of Human Rights” — Human rights & UK practice, vol. 2, issue 4 (2001).
5. Schlauri R., Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren: Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung (Zürich: Schulthess, 2003).

Рішення Європейського суду з прав людини:

6. *Allen v. the United Kingdom*, No. 76574/01, рішення від 10 вересня 2002 р.
7. *Funke v. France*, No. 10828/84, рішення від 25 лютого 1993 р., Серія А256-А.
8. *Heaney and McGuinness v. Ireland*, No. 34720/97, рішення від 21 грудня 2000 р.
9. *J.B. v. Switzerland*, No. 31827/96, рішення від 3 травня 2001 р., ECHR 2001-III.
10. *Jalloh v. Germany*, No 54810/00, рішення Великої палати від 11 липня 2006 р.
11. *John Murray v. the United Kingdom*, No. 18731/91, рішення від 8 лютого 1996 р.
12. *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, No. 44787/98, рішення від 25 вересня 2001 р.
13. *Quinn v. Ireland*, No. 36887/97, рішення від 21 грудня 2000 р.
14. *Rieg v. Austria*, No. 63207/00, рішення від 25 березня 2005 р.
15. *Saunders v. the United Kingdom*, No. 19187/91, рішення від 17 грудня 1996 р.
16. *Telfner v. Austria*, No. 33501/96, рішення від 20 березня 2001 р.

17. *Weh v. Austria*, No. 38544/97, рішення від 8 липня 2004 р.

Рішення Верховного суду США:

18. *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936)

19. *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610 (1976).

20. *Griffin v. California*, 380 U.S. 609, 614 (1965).

21. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

22. *United States v. Robinson*, 485 U.S. 25, 32 (1988).

РЕЗЮМЕ

Стаття розглядає питання, що випливають з права обвиняемого не свідечувати проти себе, в світлі міжнародних стандартів захисту прав людини. В той час як вона переважно стосується прецедентної практики Європейського суду по правам людини, в ній також розглядається розвиток практики Верховного суду США в даному аспекті, і пропонується порівняння з відповідними нормами українського кримінального процесу.

SUMMARY

The article reviews issues arising from the right of accused not to incriminate himself, in the light of the international human rights standards. Although it primarily concerns the case-law of the European Court of Human Rights, it likewise examines developments in jurisprudence of the US Supreme Court; and proposes a comparison with the relevant provisions of the Ukrainian legislation.

Рекомендовано кафедрою прав людини, міжнародного та європейського права

Подано 12.09.07



*Л.Г. Фалалєєва,
кандидат юридичних наук
(Академія адвокатури України)*

Система процедур прийняття рішень Європейського Союзу в їх взаємодії

Ключові слова: *право Євросоюзу, інституційний механізм, законотворчий процес, процедури прийняття рішень, правові акти Євросоюзу.*

Нормативна основа, механізми та процедури, котрі діють у правовій системі Європейського Союзу (Євросоюзу), характеризуються особливостями, що впливають, насамперед, з його специфіки як наднаціонального об'єднання. Це пояснюється тим, що в розвитку організаційно-правової структури Євросоюзу спостерігаються федеративні елементи *suī generis*, котрі сприяють становленню визначальних характеристик права Євросоюзу, які багато в чому відрізняються від засад загального міжнародного права, що базується на принципах координації і співробітництва держав як основних суб'єктів міжнародного права [12, 6]. Право Євросоюзу — особлива правова система, котра відрізняється як від системи міжнародного права, так і від правових систем держав, і, маючи наднаціональний характер, регулює інтеграційні відносини держав-членів у межах Євросоюзу. Функціонування Євросоюзу ґрунтується на об'єктивних чинниках, які гнучко поєднуються з економічними та політико-правовими факторами, зростанням взаємозалежності та солідарності держав-членів Євросоюзу, що втілюється у чіткому розмежуванні цілей європейських співтовариств та Євросоюзу, а також повноважень його інституційних органів; контролі Європейською Комісією (Єврокомісією) та Європейським Судом Справедливості (Судом) дотримання приписів права Євросоюзу; юридичній обов'язковості норм, які становлять правове поле Євросоюзу; демократичному процесі підготовки та

прийняття рішень на принципах компромісу і консенсусу між його членами. Таке поєднання прагматизму та правових підходів дало можливість Євросоюзу долати кризові ситуації, зберігаючи при цьому послідовність, динамічність та згуртованість в управлінні інтеграційними процесами та у досягненні цілей об'єднання. Поглиблення європейських інтеграційних процесів вимагає створення умов для підвищення ефективності процедур прийняття рішень Євросоюзу та удосконалення правового механізму інтеграції.

Дослідження особливостей взаємодії процедур прийняття рішень Євросоюзу, методів і засобів правового регулювання інтеграційних процесів у його межах є важливим як для вітчизняної правової науки, так і міжнародно-правової практики України, сприятиме визначенню оптимальних правових форм і механізмів інтеграції України в Євросоюз. В українській науці міжнародного права правові проблеми діяльності європейських співтовариств та Євросоюзу висвітлювались у працях В.Н. Денисова, М.В. Буроменського, В.І. Євінтова, В.І. Муравйова, М.М. Микієвича, В.Ф. Опришка, С.В. Шевчука, О.М. Шпакович, проте процедури прийняття рішень та їх реформування з огляду на розширення Євросоюзу 2004 р. та 2007 р. приваблює мало дослідженою практикою співпраці інституційних органів, причетних до законотворчого процесу Євросоюзу. Серед зарубіжних фахівців цими питаннями займалися І. Бридж, Н. Каталано, В. Кернз,

М. Кремона, Д. Лазок, Ж.-Л. Сорон, Б. Топорнін, Г. Шермерс та ін.

Євросоюз є регіональним міждержавним інтеграційним об'єднанням наднаціонального характеру, правова система якого ґрунтується на принципах пріоритету права Євросоюзу щодо внутрішнього права держав-членів та прямої дії окремих його норм у внутрішніх правопорядках цих країн. Щодо національного суверенітету [2, 104–135; 7, 49; 10, 13, 189, 255–256, 343–344, 391–392, 424, 522, 676; 13, 86–169], то всі держави-члени поступаються ним однаково, що виключає можливість надання переваг одній з них. Організаційно-правова структура Євросоюзу включає договірно-правовий механізм та інституційний механізм, котрі суттєво відрізняють Євросоюз від традиційних міжнародних організацій. Держави, що уклали установчі договори європейських співтовариств та Євросоюзу, добровільно делегували частину суверенітету на користь наднаціональних інституційних органів, які одночасно уособлюють інтереси європейських співтовариств та Євросоюзу в цілому й пов'язані між собою відносинами взаємодоповнюваності, на яких побудовано процес прийняття рішень.

Євросоюз має унікальний інституційний механізм та особливу правову систему, які вносять чимало нового в структуру сучасного міжнародного правопорядку. Організаційно-правові форми Євросоюзу характеризуються тим, що по-перше, в основу діяльності Єврокомісії та Суду покладено принцип наднаціональності; по-друге, інституційні органи Євросоюзу наділені широкими правотворчими повноваженнями, обсяг яких перевищує відповідні повноваження органів міжнародних міжурядових організацій; по-третє, визнається пріоритет норм права Євросоюзу над нормами внутрішнього права держав-членів, що є важливим засобом ефективного захисту інтересів Євросоюзу; по-четверте, ряд норм права Євросоюзу має пряму дію у внутрішніх правопорядках держав-членів і є обов'язковими для виконання не тільки останніми, але й, в окремих випадках, фізичними та юридичними особами, які знаходяться під їх юрисдикцією; по-п'яте, Євросоюз не може припинити існування лише з волі держав-членів без участі керівних інституційних органів, котрі вправі приймати рішення, переважно простою або кваліфікованою більшістю голосів, а не одностайно.

Інтереси розвитку та регулювання інтеграційних процесів, підвищення їх ефективності продовжують залишатись важливим фактором реформування інституційного механізму Євросоюзу, якому притаманні риси, властиві, як правило, моделі держави у класичному розумінні. У цьому контексті безсумнівний інтерес становить питання перерозподілу повноважень на користь Європейського Парламенту (Європарламенту), який поступово перебрав на себе законодавчі функції і бере дедалі активнішу участь у законотворчій діяльності Євросоюзу. Процес призначення Голови та членів Єврокомісії наблизився до типової парламентської процедури формування уряду. Тенденція простежується визначено, хоч загальна конструкція системи інститутів механізму управління не змінилась. Зближення інституційної системи Євросоюзу з національними інституційними системами проявляється у тенденціях децентралізації процесу прийняття рішень, включення до цього процесу нових учасників, посилення взаємоузгодженості інтересів. Це зумовлено як зростанням масштабів, так і ускладненням завдань, які вирішуються в ході інтеграційних процесів. З одного боку, децентралізація передбачає підвищення ролі й відповідальності кожного з інститутів та органів. З іншого боку, висуваються підвищені вимоги до рівня їх діяльності. Аналогію розвитку євроструктур слід шукати не у моделях міжнародних організацій, а радше в інститутах держави [19, 320].

Законотворчий процес Євросоюзу включає, зокрема, визначені в установчих договорах процедури прийняття інституційними органами правових актів, що належать до вторинного права Євросоюзу. Він залежить від установчого договору, згідно з яким приймається акт — Договору про заснування Європейського об'єднання з вугілля та сталі (до припинення існування об'єднання в 2002 р.), Договору про заснування Європейського Співтовариства, Договору про заснування Європейського співтовариства з атомної енергії — і від положення установчого договору, котре застосовується. Залежно від предмета, правові акти в рамках Договору про заснування Європейського Співтовариства можуть бути прийняті трьома інститутами: Радою Міністрів спільно з Європарламентом, самостійно Радою Міністрів, самостійно Єврокомісією (ст. 249). Основними інсти-

тутами, які приймають правові акти Євросоюзу, є Рада Міністрів та Європарламент. Інститутом, що здійснює право законодавчої ініціативи, є передусім, Єврокомісія. У законотворчому процесі також можуть брати участь Європейський Центральний Банк, Європейський Суд Справедливості, консультативні органи Євросоюзу. “Складність завдань, що вирішуються європейськими співтовариствами та Євросоюзом, поетапний характер розвитку європейської інтеграції, багатоманітність інститутів та органів..., чітко визначений характер їх компетенції та взаємовідносин — усе це неминуче породжує чисельність формалізованих процедур та неформальних методів і механізмів, які відіграють суттєву роль у процесі підготовки, прийняття та реалізації рішень” [24, 71].

Єврокомісія уповноважена забезпечити трансформацію норм, встановлених Радою Міністрів, котра вправі обумовити виконання цих повноважень певними вимогами. Рада Міністрів може зберегти за собою право, в окремих випадках, безпосередньо здійснювати повноваження щодо трансформації. У такому разі процедури повинні узгоджуватись з принципами та нормами, наперед сформульованими Радою Міністрів на підставі одностайно прийнятого рішення, за пропозицією Єврокомісії і після отримання висновку Європарламенту (ст. 202 Договору про заснування Європейського Співтовариства). Отже, дана стаття передбачає можливість передачі Радою Міністрів повноважень Єврокомісії для реалізації встановлених Радою Міністрів норм. Безперечно, таке делегування часто вимагає застосування спеціальних процедур, адже для забезпечення рівноваги установ Рада Міністрів, здебільшого, вимагає, щоб Єврокомісія спиралась на думку спеціально утворених при ній спеціалізованих комітетів.

Комітети Ради Міністрів, що допомагають Єврокомісії відповідно до процедури, відомої під назвою “комітологія” (comitology), створюються з метою контролю Єврокомісії з боку Ради Міністрів при здійсненні делегованих їй повноважень. Процедура комітології регламентується комплексним Рішенням Ради Міністрів від 28 червня 1999 р., яке замінило Рішення від 18 липня 1987 р. Нове рішення про комітологію передбачило можливість заснування трьох різновидів спеціалізованих комітетів, визначило порядок їх організації

та діяльності, а також критерії, які мають застосовуватися при виборі комітету, зробило систему комітетів прозорою для Європарламенту та громадськості: полегшено доступ до комітетської документації (порядок такий самий, що й для ознайомлення з документами Єврокомісії). До складу консультативних комітетів входять експерти, запрошені безпосередньо Єврокомісією. Вони надають висновки щодо попередніх проектів, поданих на їх розгляд, і наділені дорадчою функцією. Власне, вони надають змогу Єврокомісії орієнтуватися у підходах і оцінках з боку представників держав-членів стосовно даного попереднього проекту. Якщо консультативні комітети, як правило, надають висновки на проекти правових актів з питань функціонування внутрішнього ринку, спільної торговельної політики, то адміністративні комітети діють, в основному, в сфері спільної сільськогосподарської політики. Висновки останніх є обов’язковими для Єврокомісії і віддзеркалюються у проектах правових актів. На відміну від попередніх двох, регулятивні комітети опікуються екологією, єдиним митним тарифом, контролем за якістю харчових продуктів. Їх висновки теж мають обов’язковий характер. До складу адміністративних та регулятивних комітетів входять представники держав-членів (по одному від кожної з них), що призначаються державами-членами Євросоюзу, а очолює їх, як і консультативні комітети, службовець Єврокомісії. Важливо враховувати, що рішення у межах адміністративних та регулятивних комітетів приймаються згідно з поділом голосів, передбаченим для держав-членів під час процедури голосування кваліфікованою більшістю в Раді Міністрів. Визначення результатів голосування провадиться з урахуванням ваги кожного голосу. Їх позитивний висновок дає можливість Єврокомісії прийняти рішення, втім будь-яка зацікавлена держава-член може упродовж визначеного терміну надіслати свої заперечення Раді Міністрів, яка вправі як підтвердити рішення Єврокомісії, так і скасувати його. В останньому випадку акт вважається таким, що втратив юридичну силу. Починаючи з 2000 р. Єврокомісія щорічно публікує звіт про роботу комітетів за минулий рік.

У підготовці проектів правових актів Єврокомісія спирається на неурядові організації та об’єднання, котрі є виразниками волі підприємців, фермерів, профспілок,

об'єднань, які захищають інтереси різних соціальних груп, тощо. Для допомоги в аналізі проблем служби Єврокомісії часто залучають експертів ззовні, відомих компетентністю та незалежністю. Європейським професійним організаціям та лоббі важливо висловити свою позицію на початковій стадії підготовки документа [30, 712; 31, 304]. Аналізуючи різні аспекти лоббістської діяльності на рівні Євросоюзу, Р. Шенделен зробив висновок, що у межах впорядкованої системи, якою є Євросоюз, характер мотивацій та моделей поведінки залучених до прийняття рішень учасників, знаходяться у процесі постійного переосмислення. Формальні процедури переплітаються з неформальними способами впливу, іноді тиску на процес прийняття рішень. Необхідність послідовної політики на рівні держав-членів поєднується з пошуком обхідних, неформалізованих шляхів впливу на механізми прийняття рішень на різних рівнях [28, 307–308]. Праці відомих спеціалістів у царині європейських інтеграційних процесів К. Міддлмаса (Великобританія), Р. Педлера (Нідерланди) і Р. Шенделена (Нідерланди) переконливо доводять, що реальністю політичного та економічного життя на національному рівні й на рівні Євросоюзу стало “різке зростання кількості політичних акторів, які впливають на процес і результат прийняття рішень на різних рівнях. Процес є багаторівневим, а процедура — не усталеною: Євросоюз як наднаціональне об'єднання, інститути Євросоюзу і канали взаємодії представників влади трьох рівнів (наднаціонального, національного, місцевого) знаходяться у процесі становлення. Звідси — проблема ... визначення параметрів взаємодії учасників законотворчого процесу” [30, 669–670]. На думку цих вчених, товариства, підприємницькі асоціації, уряди держав-членів намагаються використовувати неформальні шляхи впливу на європейські інститути у поєднанні з уставленими, формалізованими каналами [28, 307; 31, 304]. У межах Євросоюзу цілеспрямовано ведеться робота у напрямі формування атмосфери максимальної відкритості, заохочується розвиток неформальних зв'язків. Усе це розглядається “як фактор стабілізації системи, виключає можливість загострення протистояння зацікавлених сторін” [30, 697]. При цьому чим вище по ієрархічних шаблонах просувається проект, тим більшої він набуває ваги і тим складніше викласти додаткову

думку. До поглядів експертів держав-членів, зазвичай, прислуховуються, оскільки згодом необхідно одержати згоду урядів країн Євросоюзу.

Однією з найбільш застосовуваних нині процедур, згідно з якою Європарламент відіграє консультативну роль, а Рада Міністрів приймає акт, є консультативна процедура (consultation procedure) прийняття рішень Євросоюзу. “Деякі діючі сьогодні процедури прийняття рішень були узгоджені державами-членами лиш з плином часу і згодом закріплені в установчих договорах. Тільки одна процедура залишилася незмінною з моменту заснування співтовариств — консультативна процедура” [22, 92].

Єврокомісія починає підготовку проектів правових актів Євросоюзу за власною ініціативою, за клопотанням Європарламенту або Ради Міністрів (ст. 192 і 208 Договору про заснування Європейського Співтовариства), подаючи останній пропозиції, тобто проекти правових актів Євросоюзу. Обговорення в Єврокомісії має конфіденційний характер, рішення приймаються простою більшістю голосів. З метою формулювання пропозиції, Єврокомісія створює робочу групу, котра складається з осіб, які є, як правило, державними службовцями, в окремих випадках — вченими або іншими незалежними експертами. Робоча група виконує суто консультативні функції. Після того як робоча група проведе серію зустріч і буде враховано міркування урядів держав-членів та відповідних неурядових груп, зокрема торгових асоціацій, вона формулює попередній проект правового акта, який подається Генеральному секретарю Єврокомісії. Генеральний секретар Єврокомісії розповсюджує отримані досє поміж кабінетами комісарів, які на щотижневих засіданнях, що проходять у понеділок, розглядають запропоновані проекти правових актів перед обговоренням у Єврокомісії, у разі потреби вирішують спірні питання і приймають рішення про включення підготовленого проекту до порядку денного засідання Єврокомісії.

Домінуючою схемою прийняття рішень Єврокомісією, відповідно до ст. 2 її Внутрішнього регламенту, є схвалення на пленарному засіданні, заочне або письмове схвалення; делегування повноважень з боку Єврокомісії. Коли йдеться про прийняття найбільш складних і відповідальних рішень

або за наявності розбіжностей у позиціях комісарів, Єврокомісія вдається до практики створення комісії *ad hoc*, до якої входять комісари, які брали безпосередню участь у підготовці проекту правового акта і мають різні погляди стосовно його змісту. Пропозиції Єврокомісії готуються також її службами (підрозділом відповідного Генерального директорату), потім виносяться на Колегію комісарів для обговорення і затвердження їх простою більшістю голосів. Часто вдаються до “письмової процедури”, згідно з якою досить та проекти правових актів передаються кожному комісару, які повинні протягом певного часу, як правило, одного тижня, подати свої зауваження у письмовій формі. За відсутності таких зауважень і заперечень пропозиція вважається схваленою, що протоколюється та скріплюється підписами Голови та Генерального секретаря Єврокомісії. Під час прийняття Єврокомісією пропозицій з питань адміністративного управління можливим є застосування “процедури делегування прав”, за якої Єврокомісія наділяє одного із комісарів, компетентного у цій сфері, правом прийняти остаточне рішення від імені Єврокомісії.

Пропозиція, схвалена більшістю комісарів, вважається затвердженою Єврокомісією і від її імені подається на розгляд Ради Міністрів, яка робить запит консультативного висновку Європарламенту. Голова Європарламенту, після погодження у Бюро Європарламенту, направляє цю пропозицію на розгляд компетентного парламентського комітету. Принагідно зазначимо, що парламентські комітети, котрі створюються на постійній або тимчасовій основі, мають різну функціональну орієнтацію — загальну та спеціалізовану — виконують роботу з підготовки проектів рішень для подальшого розгляду на пленарних засіданнях Європарламенту. До їх складу входить різна кількість депутатів (від 18 до 52) та помічників, якими керує Голова і три його заступники. Компетентний парламентський комітет призначає доповідача і розпочинає розгляд пропозиції. Так відбувається попереднє обговорення проектів, під час якого кожний член парламентського комітету може пропонувати поправки, котрі приймаються останнім більшістю голосів, за наявності не менше чверті його членів. Доповідь парламентського комітету і прийняті поправки передаються

на розгляд чергового пленарного засідання Європарламенту. Схвалення Європарламентом пропозиції Єврокомісії завершує “парламентський етап” розгляду проектів правових актів, що приймаються з першого читання. У разі відхилення пропозиції Європарламент пропонує Єврокомісії відкликати свою пропозицію. Зауважимо, що Єврокомісія вільна у своєму виборі, вона вправі зняти пропозицію (процедура завершується), або залишити її в силі, що веде до її повторного розгляду компетентним парламентським комітетом. Якщо пропозицію прийнято за умови внесення поправок, Єврокомісія має висловити Європарламенту своє ставлення до кожної із запропонованих поправок. З огляду на можливість врахування побажань і зауважень Європарламенту щодо запропонованого проекту, можуть бути проведені необхідні консультації між Радою Міністрів та Європарламентом, адже прийняття остаточного рішення повністю залишається прерогативою Ради Міністрів і не залежить від висновку Європарламенту, хоч запит такого висновку є обов’язковим.

Інколи пропозиції передаються також до Економічного та Соціального Комітету (ЕСК), як дорадчого органу Євросоюзу, з яким Рада Міністрів або Єврокомісія можуть консультуватись у всіх випадках, коли вони визнають це за доцільне. ЕСК може надавати висновки з власної ініціативи, якщо вважає це доречним. Рада Міністрів або Єврокомісія вправі встановлювати ЕСК певний проміжок часу для підготовки ним висновку, терміном не менше місяця, починаючи відлік з дати повідомлення про це Голови ЕСК. Із закінченням відведеного строку відсутність висновку не перешкоджатиме подальшим діям Ради Міністрів або Єврокомісії. Висновки ЕСК і його спеціалізованої секції, як і протоколи обговорень передаються Раді Міністрів та Єврокомісії (ст. 262 Договору про заснування Європейського Співтовариства). Під час інтенсивної діяльності щодо підготовки консультативних документів, зокрема висновків у відповідь на консультативні запити Ради Міністрів і Єврокомісії, ініціативних думок та інформаційних доповідей, ЕСК відзначається поміркованістю та прагненням досягти консенсусу.

Коли до консультацій залучається ЕСК, Рада Міністрів або Єврокомісія роблять запит висновку Комітету Регіонів, який може

консультувати і Європарламент. Він надає висновок з власної ініціативи, якщо вважатиме це за необхідне або визнає, що порушено регіональні інтереси. Єврокомісія чи Рада Міністрів вправі зобов'язати Комітет Регіонів висловитись у місячний термін і, у разі зволікання, прийняти рішення без урахування його думки. Висновки Комітету Регіонів і його спеціалізованої секції, як і протоколи обговорень, передаються Раді Міністрів та Єврокомісії (ст. 265 Договору про заснування Європейського Співтовариства). Обидва Комітети вправі подавати свої висновки до Ради Міністрів та/або Єврокомісії, сподіваючись, що їх візьмуть до уваги у ході обговорення питання по суті. “Специфіка статусу (Комітетів — Л.Ф.) та актів, які вони приймають, — наголошує Л.М. Ентін, — полягає у тому, що ці органи є консультативними, а прийняті ними рекомендації та висновки не мають обов'язкової сили” [4, 124]. Слід розрізнити консультації, що надаються Раді Міністрів чи Єврокомісії з їх власної ініціативи від тих, що здійснюються в силу чинних правових приписів. Факультативні консультації, що не мають обов'язкового характеру, поза сумнівом, відрізняються від обов'язкових консультацій, котрі супроводжуються ні до чого не зобов'язуючим висновком консультуючого органу. Саме такими є висновки ЕСК і Комітету Регіонів. Звернення до цих органів за консультативним висновком є обов'язковим в усіх випадках, передбачених установчими договорами. Якщо Рада Міністрів прийме рішення не звертаючись за обов'язковою консультацією, таке рішення, незалежно від форми правового акта, може бути оскарженим у судовому порядку та скасованим. Щодо консультативних висновків Європарламенту, то головуюча у Раді Міністрів держава-член зобов'язана вжити всіх необхідних заходів для того, щоб вони були враховані Радою Міністрів під час прийняття остаточного рішення, проте юридично Рада Міністрів не зобов'язана враховувати висновок Європарламенту. Не проведення обов'язкової консультації з Європарламентом слугує підставою для оскарження прийнятого Радою Міністрів рішення та його скасування Європейським Судом Справедливості. Показовим є рішення у справі “SA Requette Freres v. Council” (1982 р.), в якому Суд постановив, що проведення обов'язкової консультації з Європарламентом є “суттєвою процедурною

вимогою”, недотримання якої призводить до скасування прийнятого правового акта.

Консультативні висновки Європарламенту, ЕСК і Комітету Регіонів направляються до Єврокомісії, яка враховує їх, коли вважає це за доцільне, та вносить поправки до проекту правового акта (пропозиції). Належним чином оформлений проект правового акта передається Єврокомісією Генеральному секретарю Ради Міністрів, який разом із підпорядкованим йому Генеральним секретаріатом Ради Міністрів забезпечують переклад проекту правового акта на всі 23 офіційних мови і передають проект правового акта постійним представникам держав-членів Євросоюзу в Брюсселі. Постійні представники пересилають відповідні документи у відомство закордонних справ акредитуючої держави. Зазначене відомство доводить проект правового акта до відома національного парламенту та всіх зацікавлених органів виконавчої влади. Згідно з інструкціями, одержаними від акредитуючої держави, постійні представники відстоюють певну позицію, що має важливе, подекуди вирішальне значення для прийняття або відхилення у Комітеті постійних представників (фр. *Comite' des representants permanents* (далі — COREPER)) пропозиції Єврокомісії. Для підготовки доповіді Раді Міністрів, що є “організаційною структурою, в межах якої уряди держав-членів безпосередньо беруть участь у процесі прийняття рішень” [18, 113], створюється робоча група з представників держав-членів у межах COREPER. Представники Єврокомісії беруть участь у засіданнях цієї групи. Зазвичай поправки пропонуються представниками держав-членів і приймаються або відхиляються Єврокомісією. Водночас головуючий у Раді Міністрів передає пропозицію Єврокомісії на розгляд однієї з робочих груп, котрих у системі Ради Міністрів функціонує понад п'ятдесят, кожна з яких спеціалізується у тій чи іншій сфері діяльності Євросоюзу. Якщо пропозиція, що обговорюється, в силу своєї важливості не може бути розглянута жодною з постійних груп, заснуються робочі групи *ad hoc*, у діяльності яких беруть участь співробітники постійних представництв держав-членів або експерти, направлені державами-членами, представники Єврокомісії та Генерального секретаріату Ради Міністрів під головуванням представника держави, що головує у даний період у Раді Міністрів. Тривалість роботи груп *ad hoc* не

обмежена у часі, вони діють, допоки не буде завершено пошук компромісного рішення, котре задовольняло б усіх учасників його прийняття. Якщо згоди не вдається досягти через наполегливе обстоювання представниками позицій окремих держав-членів, спірні питання і пропозиція Єврокомісії передаються на розгляд COREPER, в якому виробляються компроміси, прийнятні для держав-членів Євросоюзу. Щоб досягти цих компромісів COREPER, власне, і утворює робочі групи Ради Міністрів, які працюють під його наглядом і спеціалізуються на питаннях, що подаються на розгляд.

Іноді процес підготовки рішення Ради Міністрів займає тривалий проміжок часу і з важливих питань можуть виникати гострі суперечки. Як наслідок, згода може бути досягнута у вигляді комплексної угоди, коли поступки, зроблені однією державою-членом Євросоюзу з певних питань, урівноважуються здобутками в інших. Це стає правилом, коли комплексна угода містить елементи, що стосуються різних сфер політики. У таких ситуаціях Єврокомісія відіграє ключову роль у висуненні пропозицій з можливих поступок і компромісів. Якщо компромісу не може бути досягнуто на рівні технічного COREPER (COREPER I), питання, за необхідності, передається COREPER з політичних питань (COREPER II) або Європейській Раді, до складу якої входять глави держав або урядів країн — членів Євросоюзу та Голова Єврокомісії. Залежно від предмета рішення, воно приймається Радою Міністрів одностайно, кваліфікованою або простою більшістю голосів. “Держави, формуючи міжнародну інституцію, її внутрішньо-організаційний механізм, прагнуть так побудувати роботу й обрати таку систему голосування, котра гарантує прийняття рішень, що відповідають їхнім інтересам” [15, 152]. Сучасна практика прийняття рішень у межах Євросоюзу свідчить саме про такий підхід.

Єврокомісія у будь-який момент до прийняття Радою Міністрів правового акта має право змінювати свою пропозицію, а Рада Міністрів може це зробити винятково шляхом одностайного прийняття рішення. Поза сумнівом, ст. 250 Договору про заснування Європейського Співтовариства, яка проголошує, що Рада Міністрів для внесення поправок до пропозиції Єврокомісії повинна прийняти одностайне рішення згідно зі ст. 251 (4) і (5),

надала Єврокомісії суттєву перевагу в процесі прийняття рішень. Коли не вдається досягти одностайності членів Ради Міністрів, вона вправі відмовитись прийняти пропонуванний акт, поки Єврокомісія не погодиться внести до нього відповідні зміни та доповнення, але якщо остання наполягатиме, то цілком можливим стає прийняття компромісного рішення Радою Міністрів. Відтак, у цій тонкій взаємодії і протистоянні інституційних органів Єврокомісії завжди має можливість вплинути на результат обговорень. Після прийняття правового акта насамперед Єврокомісії належить право проконтролювати його виконання.

Консультативна процедура прийняття рішень застосовується для прийняття правових актів Євросоюзу стосовно громадянства Союзу (ст. 19 Договору про заснування Європейського Співтовариства), охорони довкілля (ст. 175 (2) Договору про заснування Європейського Співтовариства), співробітництва у сфері охорони порядку та правосуддя у кримінальних справах (ст. 38 Договору про Євросоюз (ДЄС) у редакції Амстердамського договору), соціальної політики (ст. 137 (2) ДЄС у редакції Ніщського договору) тощо.

Серед загальних процедур вирізняються також процедура співпраці (cooperation procedure) (регламентується ст. 252 Договору про заснування Європейського Співтовариства, колишня ст. 189с ДЄС), запроваджена Єдиним європейським актом (1986 р.) та процедура спільного прийняття рішень (codecision procedure) Радою Міністрів і Європарламентом, закріплена у ст. 189b ДЄС зі змінами на користь прав Європарламенту, внесеними ст. 251 Договору про заснування Європейського Співтовариства). Процедура співпраці та процедура спільного прийняття рішень на початковому етапі нагадують консультативну процедуру процесу прийняття рішень, але не тотожні їй, зокрема, за останньої Єврокомісія передає проект правового акта на розгляд Ради Міністрів, яка згодом здійснює запит консультативного висновку Європарламенту, а за процедури спільного прийняття рішень Єврокомісія, ініціюючи прийняття правового акта, передає його проект Раді Міністрів та Європарламенту.

Характерними рисами усіх процедур прийняття рішень Євросоюзу є наявність визначеного кола суб'єктів, які беруть участь у процесі прийняття рішень, а також

комплексність цього процесу, що включає, зазвичай, низку етапів, а саме: законодавча ініціатива і підготовка проекту правового акта, етап обговорення проекту правового акта, етап прийняття правового акта, етап його реалізації, етап контролю за виконанням. Слід звернути увагу й на те, що напрацювання рішень і визначення процедури їх прийняття, котра застосовується в кожному окремому випадку, не можуть розглядатись у відриві від попереднього та наступного етапів [32, 45–246], у цьому, зрештою, і полягає комплексність процесу прийняття правових актів Євросоюзу.

Принагідно підкреслимо, що як за консультативної процедури, так і при застосуванні процедури співпраці прерогативи Єврокомісії мають повністю враховуватися. Поправки, запропоновані Європарламентом і не схвалені Єврокомісією, можуть бути прийняті Радою Міністрів лише за умови її одностайного рішення. За процедури спільного прийняття рішень ситуація є аналогічною, крім випадку, коли створюється Узгоджувальний комітет. Схвалений ним текст акта може бути прийнятий Радою Міністрів кваліфікованою більшістю, навіть за відсутності згоди Єврокомісії. Отже, застосовуючи узгоджувальну процедуру, Рада Міністрів вправі змінити пропозицію Єврокомісії кваліфікованою більшістю, не зважаючи на її заперечення.

Під час використання процедури співпраці висвітлена вище консультативна процедура, включаючи консультації Європарламенту, провадиться у звичний спосіб за винятком останньої стадії, коли замість прийняття правового акта Рада Міністрів кваліфікованою більшістю голосів виробляє спільну позицію на основі пропозиції Єврокомісії та висновку Європарламенту. Після першого читання в Європарламенті Рада Міністрів готує з допомогою Єврокомісії спільну позицію Ради Міністрів, яка передається Європарламенту з інформацією про її обґрунтування Радою Міністрів та про позицію Єврокомісії стосовно висновку, сформульованого Європарламентом. Відтак, йдеться про друге читання Європарламентом проекту правового акта, адже перше проходило у рамках консультативної процедури. На відміну від останньої, за якої немає часових обмежень, на етапі другого читання встановлено конкретний термін: Європарламент зобов'язаний відреагувати

упродовж трьох місяців після отримання такого повідомлення — схвалити чи відхилити спільну позицію або запропонувати поправки. Зрештою, цей період може бути продовженим максимум на один місяць за спільною згодою Ради Міністрів та Європарламенту. Якщо Європарламент схвалює спільну позицію Ради Міністрів більшістю поданих голосів або не приймає рішення протягом відведеного терміну, Рада Міністрів приймає даний правовий акт згідно з порядком голосування і в термін, передбачений для його прийняття, та у формі, викладеній у спільно виробленій позиції. Відхиляючи спільну позицію або пропонуючи до неї поправки, Європарламент повинен приймати рішення абсолютною більшістю членів свого складу. Результат розгляду Європарламентом передається Раді Міністрів та Єврокомісії. В разі відхилення Європарламентом спільної позиції Ради Міністрів, для розгляду акта в наступному читанні вимагається одностайне рішення Ради Міністрів, яке вона повинна прийняти упродовж трьох місяців, в іншому випадку пропозиція Єврокомісії вважається не прийнятою. Цей термін може бути продовженим щонайбільше на один місяць за спільною згодою Ради Міністрів та Європарламенту.

Якщо Європарламент пропонує поправки або Рада Міністрів прийняла рішення про повторний розгляд відхиленої Європарламентом спільної позиції, Єврокомісія упродовж одного місяця повторно розглядає пропозицію, на підставі якої Рада Міністрів виробила свою спільну позицію, враховуючи поправки Європарламенту. Єврокомісія може прийняти всі поправки або їх частину, проте не зобов'язана це робити. В разі згоди (повної або часткової) з поправками Європарламенту, Єврокомісія включає їх до своєї пропозиції для Ради Міністрів. Якщо Єврокомісія в ході повторного розгляду пропозиції не прийняла поправки Європарламенту, вона повинна їх теж направити Раді Міністрів разом із детальним обґрунтуванням своєї позиції стосовно цих поправок. Коли пропозиція Єврокомісії не знаходить підтримки Ради Міністрів, Єврокомісія може сформулювати на основі обговорень у Раді Міністрів та Європарламенті нову пропозицію.

Остаточне рішення щодо пропозиції Єврокомісії, переглянутої нею відповідно до поправок, внесених Європарламентом до

спільної позиції Ради Міністрів, приймає Рада Міністрів. Вона може прийняти пропозицію кваліфікованою більшістю (правовий акт приймається з поправками Європарламенту) або внести поправки шляхом прийняття поправок, запропонованих Європарламентом і відхилених Єврокомісією (правовий акт набуває чинності в редакції Ради Міністрів), або прийняти власні поправки. У двох останніх випадках вимагається одностайне рішення Ради Міністрів, яке вона повинна прийняти протягом трьох місяців. За спільною згодою Ради Міністрів та Європарламенту цей термін може бути продовженим на один місяць, тобто не перевищувати чотирьох місяців. Інакше пропозиція Єврокомісії вважається не прийнятою.

Процедура співпраці відкриває можливість для більш активної участі Європарламенту у вирішенні актуальних проблем розвитку Євросоюзу і прийнятті правових актів у його межах. Якщо Європарламент відхилив спільну позицію, Рада Міністрів може прийняти акт тільки одностайним рішенням. Під час застосування процедури співпраці до Люксембурзького компромісу 1966 р. вдаються у виняткових випадках, проте прийняття правового акта може бути заблокованим у разі альянсу між однією з держав-членів та Європарламентом. Т.К. Хартлі (Великобританія) підкреслює: “Засноване на Договорах, це нове вето не може бути подоланим іншими державами-членами. Як наслідок, має місце невелике, але реальне розширення повноважень Парламенту” [20, 45]. Слушний висновок зробила М. Арах (Словенія): “За рахунок зменшення незалежності Ради як (ще) найвищого законодавчого органу Співтовариства зміцнена законодавча роль Європейського парламенту” [1, 346]. Аналізуючи участь Європарламенту в законотворчому процесі, В.М. Довгань, А.І. Ковлер та І.С. Крилова зазначають: “Процедура співпраці не обмежила законодавчих повноважень Ради і Комісії, проте вона зобов’язала їх тісніше взаємодіяти з Парламентом” [3, 204; 8, 139]. На думку Б.М. Топорніна, “процедура співпраці... наблизила Європарламент до традиційної моделі парламентської установи..., не послабила, а посилила залежність Ради і Комісії від Європарламенту... Процедура співпраці надала нового імпульсу активності Європарламенту і підвищила його роль у законотворчому процесі. Стали більш інтенсивними і змістов-

ними відносини Європарламенту з Радою і Комісією. Особливо активізувались робочі контакти Європарламенту з Комісією... Однак це ще не пряма участь Європарламенту в “законотворчому” процесі” [19, 348–349]. Власне, процедура співпраці передбачає покладання на Єврокомісію юридично закріпленого обов’язку розглянути поправки Європарламенту до її пропозиції та подати аргументи, якщо ці поправки не будуть взяті нею до уваги. Дана процедура застосовується для прийняття рішень винятково стосовно Економічного та Валютного союзів (ст. 99 (5), 102 (2), 103 (2), 106 (2) Договору про заснування Європейського Співтовариства).

Процедура спільного прийняття рішень Радою Міністрів та Європарламентом на початковому етапі передбачає подання Єврокомісією пропозиції Європарламенту та Раді Міністрів, Європарламент висловлює свою точку зору у висновках, які направляються ним Раді Міністрів, котра, приймаючи рішення кваліфікованою більшістю, а) схвалює всі поправки, що містяться у висновках Європарламенту і приймає пропонований акт, змінений відповідним чином; б) якщо Європарламент не запропонував жодних поправок, Рада Міністрів може прийняти пропонований акт; в) в інших випадках Рада Міністрів схвалює спільну позицію і подає її до Європарламенту, інформуючи його про причини її схвалення. Єврокомісія надає інформацію Європарламенту про свою позицію стосовно поправок, запропонованих Європарламентом, який розпочинає друге читання. Європарламент розглядає спільну позицію, схвалена кваліфікованою більшістю голосів членів Ради Міністрів, котра її формулює на основі пропозиції Єврокомісії та висновку Європарламенту, який, згідно з означеною процедурою, став повноправним учасником прийняття рішень. У цьому разі останній має у розпорядженні три місяці для прийняття рішення. Якщо він схвалює спільну позицію, то Рада Міністрів приймає акт відповідно до спільної позиції. Якщо він взагалі не розглянув спільну позицію, не прийняв жодного рішення упродовж трьох місяців, то Рада Міністрів теж приймає пропонований акт відповідно до спільної позиції. Таким чином, ситуація в обох випадках є такою ж, як і за процедури співпраці [29, 23–25]. Розбіжності виникають, якщо Європарламент абсолютною більшістю членів свого складу

відхиляє спільну позицію, то запропонований акт визнається не прийнятим. Європарламент вправі запропонувати поправки до спільної позиції, сформульовані після обговорення у парламентських комітетах, на пленарному засіданні та схвалені абсолютною більшістю його членів. Текст з такими поправками направляється Раді Міністрів та Єврокомісії, які зобов'язані надати висновки стосовно цих поправок. У такій ситуації Рада Міністрів повинна визначити свою позицію упродовж трьох місяців. Якщо вона схвалює всі запропоновані Європарламентом поправки, то доопрацьовує спільну позицію й приймає акт з урахуванням цих поправок. Діючи у такий спосіб, Рада Міністрів приймає рішення кваліфікованою більшістю голосів, за винятком ситуації, коли Єврокомісія відхиляє поправки, тоді Рада Міністрів приймає рішення одностайно. Якщо Рада Міністрів не схвалює всі поправки, Голова Ради Міністрів за згодою Голови Європарламенту вдається до узгоджувальної процедури, скликаючи засідання Узгоджувального комітету. “З парламентської практики держав у систему взаємодійосин Європарламент — Рада — Комісія перенесено узгоджувальну процедуру. З цією метою створюється Узгоджувальний комітет” [18, 111].

До складу Узгоджувального комітету (далі — Комітет) входить однакова кількість членів чи їх представників Ради Міністрів та Європарламенту. Дві сторони Комітету голосують окремо і він не може прийняти рішення до моменту, поки обидві сторони не досягнуть згоди щодо спільного тексту акта. Відтак, має місце одночасно кваліфікована більшість голосів членів Ради Міністрів або їхніх представників, з одного боку, та більшість представників Європарламенту, з іншого. Активну участь у процесі роботи Комітету бере Єврокомісія, котра виконує функції посередника: вживає усіх необхідних заходів з метою узгодження позицій Ради Міністрів та Європарламенту, здійснює всі необхідні ініціативи, готує необхідні документи, але не бере участі у голосуванні в Комітеті. Комітет виробляє спільну позицію на основі поправок, запропонованих Європарламентом. Він має у своєму розпорядженні шість місяців для прийняття рішення. У разі досягнення компромісу, схвалення ним спільно узгодженого тексту акта, Європарламент абсолютною більшістю від загальної кількості тих, хто брав участь

у голосуванні, та Рада Міністрів кваліфікованою більшістю голосів повинні протягом наступних шести тижнів, які обраховуються з моменту цього схвалення, прийняти акт, відповідно до спільного тексту, що набуває у такий спосіб статусу правового акта. Зрештою, для Європарламенту це рівнозначно третьому читанню. Якщо Комітет не схвалює спільний текст або один із двох інститутів не схвалює запропонований акт протягом цього періоду, то його розгляд знімається з порядку денного і він вважається не прийнятим, а пропозиція Єврокомісії — відхиленою. Наведені вище строки — три місяці та шість тижнів — можуть бути продовжені максимум на один місяць і два тижні відповідно за ініціативою Ради Міністрів чи Європарламенту. Як бачимо, процедура спільного прийняття рішень передбачає можливість застосування трьох читань у процесі розробки і прийняття правового акта, а також рівноправну участь Ради Міністрів і Європарламенту під час прийняття остаточного рішення. Запропонований проект правового акта набуває статусу останнього, в разі схвалення його в ідентичній редакції Радою Міністрів та Європарламентом, що, зрештою, і є заключним етапом процедури спільного прийняття рішень. Прийнятий акт публікується в “Офіційному віснику Європейського Союзу” (“Official Journal of the European Union”) за підписами Голови Європарламенту та Голови Ради Міністрів й набуває чинності згідно зі ст. 254 Договору про заснування Європейського Співтовариства.

За процедури спільного прийняття рішень Рада Міністрів в усіх випадках приймає рішення кваліфікованою більшістю, за винятком, коли вона одностайно приймає поправки, проти яких виступає Єврокомісія. Європарламент, зазвичай, приймає рішення абсолютною більшістю членів, крім схвалення спільної позиції Ради Міністрів: у цьому разі не передбачено, яка саме більшість вимагається для прийняття рішення, а це означає, що рішення повинно прийматись абсолютною більшістю поданих голосів (ст. 198 Договору про заснування Європейського Співтовариства). Більше того, абсолютна більшість поданих голосів представників Європарламенту вимагається і для прийняття спільного тексту, погодженого в Комітеті. Інакше кажучи, абсолютна більшість членів необхідна, коли Європарламент має намір

блокувати спільну позицію Ради Міністрів, а для її прийняття досить простої більшості голосів [6, 160].

Процедура спільного прийняття рішень є результатом компромісу між демократизацією законотворчого процесу в Євросоюзі, посиленням позицій Європарламенту та збереженням традиційної ролі Ради Міністрів як основного законодавчого органу. Складність цієї процедури — результат такого компромісу. Проте практика прийняття рішень із застосуванням процедури спільного прийняття рішень засвідчує її ефективність, не зважаючи на переваженість деталями й заплутаність системи. Як наслідок, вона по праву належить до основних процедур прийняття рішень Євросоюзу.

У контексті викладеного не можна обійти увагою процедуру погодження (отримання згоди) (*assent procedure*), про яку йдеться у ст. 192 Договору про заснування Європейського Співтовариства. Її було запроваджено Єдиним європейським актом і суть полягає в тому, що під час прийняття деяких важливих рішень Рада Міністрів має отримати згоду Європарламенту. Зазначена процедура характеризується відсутністю можливості у процесі підготовки та прийняття правового акта застосування кількох читань. Європарламент може прийняти пропонування акт, або відхилити його абсолютною більшістю членів, проте не вправі вносити до нього поправки. Передусім, ця процедура застосовується при прийомі нових членів, а також до проектів правових актів *стосовно* структурних фондів та Фонду згуртування (ст. 161 Договору про заснування Європейського Співтовариства); процедури виборів до Європарламенту (ст. 190 (4) Договору про заснування Європейського Співтовариства); специфічних завдань Європейського Центрального Банку (коли на нього покладаються особливі зобов'язання щодо політики ретельного нагляду за кредитними та іншими фінансовими установами, за винятком страхових організацій) (ст. 105 (6) Договору про заснування Європейського Співтовариства); окремих міжнародних угод (ст. 300 (3) Договору про заснування Європейського Співтовариства); накладення санкцій у разі порушення принципів права Євросоюзу (ст. 7 Договору про Євросоюз у редакції Ніщського договору).

Практика європейських співтовариств та Євросоюзу знає чимало спеціальних проце-

дур, які застосовуються для прийняття рішень з окремих питань, зокрема при формуванні Єврокомісії та постановки питання про довіру їй, при затвердженні бюджету та звіту про його виконання. Спеціальна процедура залежить від специфіки проблеми, втім усі спеціальні процедури органічно пов'язані зі сферою прийняття рішень і, в основному, відтворюють вищенаведені процедури. Скажімо, бюджетна процедура залежить від структури статей витрат бюджету Євросоюзу.

Порівнюючи процедуру спільного прийняття рішень з процедурою співпраці, важливо зауважити, що за першої з них Європарламент вправі відхилити будь-яку спільну позицію Ради Міністрів, якщо прийме рішення абсолютною більшістю членів свого складу. З іншого боку, за процедури співпраці Рада Міністрів може прийняти акт одностайним рішенням, не зважаючи на те, що він був відхилений Європарламентом. Отже, якщо за процедури співпраці право прийняття рішень належить Раді Міністрів, котра може наполягати на своїй спільній позиції, навіть коли Європарламент її відхилив, то за процедури спільного прийняття рішень Радою Міністрів та Європарламентом, останній, здебільшого, спроможний відстояти свою позицію.

За обох зазначених вище процедур, якщо Європарламент пропонує поправки до спільної позиції Ради Міністрів, Єврокомісія має право протягом до одного місяця після того, як Європарламент подав їх, переглянути свою пропозицію і подати, з урахуванням запропонованих поправок, нову пропозицію. Якщо з окремими поправками Європарламенту Єврокомісія не згодна і тому не враховує їх у новій пропозиції, вона займає особливу позицію. Виявивши бажання прийняти пропозицію Єврокомісії з урахуванням поправок Європарламенту, Рада Міністрів відповідно до процедури співпраці приймає рішення кваліфікованою більшістю тільки коли поправки беззастережно схвалені Єврокомісією, у решті випадків вона повинна діяти на основі принципу одностайності. Маючи намір змінити пропозицію Єврокомісії, Рада Міністрів теж повинна досягти одностайності. Згідно з процедурою спільного прийняття рішень Рада Міністрів, за новою пропозицією Єврокомісії, теж може прийняти рішення кваліфікованою більшістю, якщо Єврокомісія не відхилить поправки Європарламенту. Показово, що в разі відхилення на цій стадії Радою Міні-

стрів акта у повному обсязі, ситуація за обох процедур прийняття рішень є однаковою. За процедури співпраці, якщо Рада Міністрів за пропозицією Єврокомісії упродовж трьох місяців не вчинить жодних дій стосовно акта, він автоматично вважається не прийнятим, а пропозиція Єврокомісії — відхиленою. За процедури спільного прийняття рішень пропонувані акт може бути переданий на розгляд Узгоджувального комітету. Якщо в ньому не буде досягнуто компромісу і він не схвалить спільно узгоджений текст або Рада Міністрів упродовж шести тижнів не схвалить пропонувані акт, він визнається не прийнятим.

За процедури співпраці поправки, запропоновані Європарламентом і не схвалені Єврокомісією, можуть бути прийняті Радою Міністрів лише одностайним рішенням. За процедури спільного прийняття рішень з моменту заснування Узгоджувального комітету ситуація змінюється: схвалений Узгоджувальним комітетом спільно погоджений текст може бути прийнятим Радою Міністрів кваліфікованою більшістю навіть без згоди Єврокомісії. Таким чином, у випадку застосування узгоджувальної процедури Рада Міністрів може змінити пропозицію Єврокомісії кваліфікованою більшістю, навіть якщо Єврокомісія проти.

Узгоджувальний комітет засновується, якщо упродовж трьох місяців Рада Міністрів не схвалює всі поправки Європарламенту. Відтак, якщо Рада Міністрів прагне схвалити поправки Європарламенту, котрі відхиляє Єврокомісія, але не може проголосувати одностайно, вона має лиш зачекати три місяці й заснувати Узгоджувальний комітет, у рамках якого Рада Міністрів кваліфікованою більшістю вправі схвалити спільно погоджений текст на основі поправок, запропонованих Європарламентом. Власне, єдиним результатом вето Єврокомісії є затримка прийняття правового акта. Отже, за процедури співпраці, як і за консультативної процедури, повноваження Європарламенту вносити поправки на практиці є більш важливими, ніж повноваження відхилити, а за процедури спільного прийняття рішень — навпаки.

У прагненні відхилити поправки Європарламенту, позиція Ради Міністрів за процедури співпраці є вагомішою, ніж за процедури спільного прийняття рішень [29, 27–28]. За процедури співпраці Рада Міністрів приймає

рішення кваліфікованою більшістю, заручившись підтримкою Єврокомісії; у решті випадків — одностайно. За будь-яких обставин Рада Міністрів вправі або підтвердити свою спільну позицію, або прийняти поправки. Її рішення не може бути оскаржене Європарламентом. Процедура спільного прийняття рішень передбачає можливість Європарламенту приймати рішення на паритетних засадах з Радою Міністрів, що дозволяє йому не зважаючи на точку зору Ради Міністрів, наполягати на своїй позиції.

Амстердамські договори помітно зменшили кількість і спростили процедури прийняття рішень, що застосовуються у межах Євросоюзу [5; 33]. Водночас вони суттєво розширили сфери застосування процедури спільного прийняття рішень (codecision), майже замінивши процедуру співпраці (cooperation), а також частково, консультативну процедуру (consultation) і процедуру погодження (отримання згоди) (assent) процедурою спільного прийняття рішень. Договір про заснування Європейського Співтовариства встановив, що процедура спільного прийняття рішень підлягатиме застосуванню під час прийняття рішень стосовно: заборони дискримінації на національному ґрунті (ст. 12), доступу громадськості до документів (ст. 255); співпраці в галузі митної справи (ст. 135); соціального страхування (ст. 42); заходів проти шахрайства (ст. 280); статистики (ст. 285); освіти (ст. 149); охорони здоров'я (ст. 152); захисту прав споживачів (ст. 153) тощо. Рада Міністрів тепер формує спільну позицію для Європарламенту не в усіх випадках, а тільки тоді, коли поправки Європарламенту відхиляються. Європарламент відтепер не зобов'язаний в разі відхилення ним спільної позиції спочатку інформувати Раду Міністрів про такий свій намір. Нововведення не обминули процедуру діяльності Узгоджувального комітету: раніше Європарламент міг відхилити пропонувані акт абсолютною більшістю голосів своїх членів, а тепер для відхилення досить того, що Узгоджувальний комітет не схвалив спільний текст.

Відповідно до Протоколу, що додається до Амстердамських договорів, з метою залучення до законотворчого процесу Євросоюзу парламентів держав-членів, їм надається можливість розглянути проекти правових актів Євросоюзу. Відтак, зростає роль національних парламентів, які все активніше

залучаються до процесу прийняття рішень на рівні Євросоюзу. Вони мають право формувати свою позицію стосовно пропозицій Єврокомісії, Ради Міністрів і Європарламенту, висловлювати свої позиції і побажання, що можуть бути враховані під час підготовки проекту правового акта та його прийняття. З цією метою пропозиції Єврокомісії, Ради Міністрів і Європарламенту включаються до порядку денного Ради Міністрів після шести тижнів з моменту їх надходження. “За цей проміжок часу комітети парламентів держав-членів, які спеціалізуються на відносинах з Союзом і регулярно зустрічаються з членами Європарламенту, мають можливість подати європейським інститутам свої рекомендації” [20, VIII–IX]. Проте дана практика поки є відносно невеликою, і це частково пояснюється тим, що механізм участі національних парламентів у вивченні та обговоренні проєктів правових актів Євросоюзу донині не відпрацьований, а також порівняно коротким проміжком часу для прийняття ними власного рішення, котре визначало б, принаймні, ставлення держави до пропонованого проєкту правового акта. Договір про встановлення Конституції для Європи (2004 р.) був покликаний розширити участь національних парламентів у законотворчому процесі у межах Євросоюзу. У пункті 6 Протоколу про застосування принципів субсидіарності та пропорційності [11, 315–318], що додається до Договору про встановлення Конституції для Європи, закріплено наступне: якщо національні парламенти держав-членів третиною наданих їм голосів (по два кожному однапалатному парламенту або по одному кожній з палат двопалатного парламенту) визнають, що та чи інша законодавча ініціатива (пропозиція) Єврокомісії не відповідає принципу субсидіарності, то остання повинна її переглянути. В такий спосіб проєкт правового акта підлягає повторній експертизі, за результатами якої Єврокомісія, мотивуючи своє рішення, залишає проєкт у незмінному вигляді, змінює або відкликає його.

Процедура спільного прийняття рішень Радою Міністрів і Європарламентом “надає максимально ефективною можливість участі у прийнятті законодавчого рішення представницькому органу” [4, 128]. Розмірковуючи над логікою інституційного розвитку Євросоюзу, Б.М. Топорнін справедливо зазначає: “Розширення сфери спільного вирішення

важливих питань Європарламентом і Радою означає не що інше, як вилучення відповідних повноважень із компетенції Ради” [19, 240]. Таким чином, необхідність отримання згоди Європарламенту стала правилом, а не винятком, обсяг його прав збільшено і повноваження розширено. Зрозуміло, його реальна роль у законотворчому процесі визначається не тільки обсягом повноважень, а й тим, наскільки активно й ефективно він їх виконує. Роль Європарламенту у цьому процесі невпинно зростає та є очевидною, проте ключовим інституційним органом прийняття рішень у межах Євросоюзу продовжує залишатись Рада Міністрів, наділена чималим управлінським потенціалом. Слід підкреслити, що на Амстердамському самміті було зроблено крок вперед і стосовно способів голосування у Раді Міністрів. Принцип одностайності під час розв’язання проблем, пов’язаних зі спільною зовнішньою та безпековою політикою збережено, але лише формально. Це сталося завдяки новій компромісній формулі, яка дозволяє опонентам того чи іншого рішення утриматись під час голосування, що не перешкоджає прийняттю рішення, котре офіційно вважається одностайним.

Заходи, передбачені Амстердамськими договорами, скажімо, вироблення спільного зовнішньополітичного курсу й політики у сфері безпеки Євросоюзу, розширення кола питань, що приймаються кваліфікованою більшістю, поглиблення співробітництва у правоохоронній сфері, можливість налагодження “посиленого співробітництва”, котре передбачає ще більш поглиблений рівень інтеграції між окремими державами-членами, передання на наднаціональний рівень розв’язання ключових питань візової та еміграційної політики, часткова реформа порядку формування Єврокомісії тощо не є самоціллю, вони покликані сприяти подальшому розвитку процесів інтеграції у розширеному складі учасників інтеграційного об’єднання. Розмірковуючи над перспективами розвитку Євросоюзу Г. Коль зауважує: “Ми не бачимо суперечності між можливістю розширити склад Євросоюзу і бажанням поглибити його інтеграцію: ці складні політичні процеси мають бути узгоджені між собою. Хто бажає розширення Євросоюзу, той повинен бути готовим до змін, пов’язаних, зокрема, з організацією нових, ефективніших інституцій та виробленням раціональніших

процедур прийняття рішень” [9, 7]. Перспектива збільшення кількості держав-членів Євросоюзу поставила на порядок денний необхідність структурної реформи його інститутів та органів, перегляд правової бази їх організації й діяльності, зробила нагальною потребу впорядкування механізму прийняття рішень, підвищення його прозорості, дієвості та ефективності, підпорядкування більш чітким правилам, а також демократизацію процедур прийняття рішень та розширення ролі представницьких органів як на рівні Євросоюзу, так і на національному рівні. Аналізуючи процес формування нових політико-правових засад діяльності інституційного механізму Євросоюзу, К. Лекен (Франція) зробив висновок, що перш ніж розпочати широкомасштабне розширення Євросоюзу, необхідно мати гарантії збереження його здатності оперативно приймати і реалізовувати свої рішення з огляду на те, що кількість держав, які входять до Євросоюзу (його інститутів та органів) зростає, а сфери застосування спільної політики Євросоюзу набудуть небаченого раніше розмаху [27, 129, 139]. “У будь-якому випадку партнерам Євросоюзу слід бути готовими до того, що розширення Євросоюзу поступово змінить обличчя континенту і практику прийняття рішень у його масштабах” [25, 19].

На саміті в Німці (2001 р.) йшлося про підготовку Євросоюзу до прийняття нових членів, про пошуки конкретних й прийнятних рішень. Коментуючи заплановані у Німці реформи “Financial Times” підкреслює: “Угода є скромнішою, ніж хотілося б деяким євроентузіастам, але завдяки їй реформуються європейські інститути та процедури прийняття рішень” [23, 5]. Не менш важливим завданням є розвиток демократії, наближення політики Євросоюзу до громадян та збільшення їхньої участі у європейських суспільних процесах, зокрема у процедурах прийняття рішень у межах Євросоюзу. “Складна структура має бути впорядкована чітким визначенням завдань, процедур прийняття рішень і повноважень учасників прийняття рішень” [26, 30]. У цьому контексті зберігає актуальність точка зору І.С. Семененко, яка наголошує: “До процесу прийняття рішень залучається чимало учасників як оформлених в організаційні структури (асоціації, об’єднання, рухи, ініціативні групи), так і інституційно не структурованих. Групи інтересів помітно впливають

на процес прийняття рішень інститутами... й на рівні наднаціональному, формуючи у межах Євросоюзу політичне співтовариство з сіткоподібною структурою” [16, 26].

Право Євросоюзу є об’ємним правовим масивом, який, поміж іншого, охоплює велику кількість правових актів, що різняться юридичною силою, сферою дії та територіальними межами застосування. Джерела права Євросоюзу становлять основу правопорядку, що діє в межах Євросоюзу [21, 75] і визначають умови його функціонування, а також відрізняється як від міжнародного права, так і від внутрішніх правопорядків держав-членів. Багатоманітність джерел права Євросоюзу вимагає їх теоретичного осмислення, визначення їх пріоритетності, адже “справді внеском у науку міжнародного права з боку Євросоюзу став, передусім, юридичний інструментарій... “Парадокс” Євросоюзу полягає у тому, що засновники європейських співтовариств створили правопорядок, наділений характеристиками внутрішнього правопорядку, на основі міжнародних угод, використовуючи при цьому юридичну техніку, притаманну міжнародному публічному праву. Джерела права Євросоюзу є найкращою ілюстрацією цього “парадоксу” [17, 8].

Право Євросоюзу структурно поділяється на первинне і вторинне. До джерел первинного права Євросоюзу належать установчі договори, Єдиний європейський акт, Маастрихтський, Амстердамські, Німцький договори, що внесли суттєві зміни й доповнення до установчих договорів, акти про вступ держав, міжнародні звичаї, що склалися в процесі функціонування європейських співтовариств та Євросоюзу тощо. Є підстави стверджувати, що установчі договори становлять першу, найбільш суттєву і важливу частину нормативно-правової системи європейських співтовариств і Союзу. Їх виняткове значення для розвитку інтеграційних процесів, як і обставина, що ці акти породжують права та обов’язки не тільки держав-членів, а й юридичних та фізичних осіб, які знаходяться під їхньою юрисдикцією, обумовили визнання за такого роду актами значення конституційної хартії. Решта нормативно-правових актів та будь-які інші рішення інститутів Євросоюзу повинні відповідати приписам установчих актів і прислужуватися реалізації завдань,

цілей та принципів, закріплених в актах конституційного значення [4, 126].

До джерел вторинного права належать правові акти, котрі приймаються інституційними органами Євросоюзу у порядку реалізації і конкретизації актів первинного права, що зумовлює їх вторинний, похідний характер. Безумовно, ця діяльність обмежена повноваженнями, закріпленими в установчих договорах. Більше того, первинне право створюється незалежно від вторинного, а останнє навпаки, тісно пов'язане з первинним і повинно йому відповідати, включаючи міжнародні угоди, укладені європейськими співтовариствами з іншими суб'єктами міжнародного права. Такі угоди теж належать до джерел вторинного права Євросоюзу. Для виконання своїх завдань, Європарламент, діючи спільно з Радою Міністрів, Рада Міністрів і Єврокомісія приймають регламенти, директиви і постанови, надають рекомендації та висновки (ст. 249 Договору про заснування Європейського Співтовариства). Прагнення Євросоюзу до єдиного і внутрішньо узгодженого правопорядку обумовило те, що первинне право є основою і межами для вторинного, в масиві джерел якого розрізняють, зокрема, такі види актів: **регламенти**, які є правовими актами загальної дії, обов'язковими до виконання в усіх своїх частинах і мають пряму дію в усіх державах-членах; **директиви**, що є обов'язковими для кожної держави-члена, котрій вони адресовані, стосовно очікуваного результату, але залишають за ними свободу вибору форм і методів дій; **постанови**, обов'язкові в усіх своїх частинах для тих, кому вони адресовані, а **рекомендації та висновки** не є обов'язковими до виконання.

Регламенти, як, зрештою, й інші правові акти, схвалені Радою Міністрів, скріплюються підписом її Голови; якщо було застосовано процедуру спільного прийняття рішень, акт скріплюється підписами Голови Європарламенту і Голови Ради Міністрів та публікується в "Офіційному віснику Європейського Союзу". Регламенти вступають у силу із зазначеної в них дати або, за її відсутності, на двадцятий день після їх опублікування. Регламенти Ради Міністрів і Єврокомісії, як і директиви цих інститутів, адресовані всім державам-членам, публікуються в "Офіційному віснику Європейського Союзу" й набувають чинності з зазначеної в них дати або, за її відсутності, на двадцятий день після

їх опублікування. Інші директиви та постанови повинні бути повідомлені адресатам, й вступають у силу з дати їх нотифікації (ст. 254 Договору про заснування Європейського Співтовариства в редакції Ніщського договору).

Договір про встановлення Конституції для Європи (2004 р.) виявився невдалою спробою реформувати інституційно-правовий механізм Євросоюзу, оскільки ратифікаційні процедури у Франції та Нідерландах не принесли позитивного результату, але він зберігає історичне значення. У цьому контексті заслуговує на увагу спеціальна стаття I-33 Договору про встановлення Конституції для Європи "Правові акти Союзу", згідно з якою з метою реалізації компетенції Євросоюзу його інститути використовують як правові інструменти: **європейський закон** — законодавчий акт загальної дії, обов'язковий у повному обсязі, котрий підлягає прямому застосуванню в усіх державах-членах; **європейський рамковий закон** — законодавчий акт, що має обов'язкову силу для кожної держави-члена, якій його адресовано, стосовно результату, якого необхідно досягти, але залишає у компетенції національних інстанцій вибір форм і способів досягнення; **європейський регламент** — незаконодавчий акт загальної дії, спрямований на реалізацію законодавчих актів та окремих положень Договору про запровадження Конституції для Європи. Європейський регламент може бути обов'язковим у повному обсязі та підлягати прямому застосуванню в усіх державах-членах або мати обов'язкову силу для кожної держави — члена, якій його адресовано, щодо результату, якого слід досягти і залишати у компетенції національних інстанцій вибір форм і способів досягнення; **європейське рішення** — незаконодавчий акт, обов'язковий у повному обсязі. У випадку наявності адресатів європейське рішення є обов'язковим тільки для них, а **рекомендації та висновки** не мають обов'язкової сили [11, 120–121]. Отже, Договір про встановлення Конституції для Європи вперше офіційно застосував термін "закон" для позначення нормативних актів Євросоюзу. Передбачена система правових актів є більш наближеною до правових стандартів держав, вона закріпила їх поділ на законодавчі та незаконодавчі, окремі з яких кореспондують нинішнім правовим актам Євросоюзу.

Різноманітність правових засобів регулювання взаємозв'язків на різних рівнях у процесі подальшого поглиблення інтеграції, покликана сприяти удосконаленню такого регулювання та розвитку нових форм взаємодії між окремими ланками цього механізму, що залишається актуальним, оскільки ефективність реалізації цілей та завдань інтеграції може бути досягнуто тільки за умови взаємної координації діяльності інституційних органів, причетних до законотворчості у межах Євросоюзу.

За роки становлення і розвитку європейських співтовариств та Євросоюзу сформувалась складна практика прийняття рішень, зумовлена, передусім, суттєвими змінами у процедурах їх прийняття, спрямованими на вдосконалення правового механізму інтеграції. “Превалюючою тенденцією є демократизація процедур прийняття рішень, втім цей процес розгортається суперечливо. Розширення Євросоюзу та сфери його відання, ще більше ускладнить процес прийняття рішень і позначиться на правовому статусі актів, що приймаються інститутами Союзу” [4, 133–134]. Водночас екс-голова Єврокомісії Р. Проді акцентує увагу на тому, що “розширений Євросоюз має подбати про свої інституції, здатні забезпечити його функці-

онування” [14, 27]. Досягнення Євросоюзу в сфері прийняття рішень його інституційними органами за Амстердамськими та Ніщцьким договорами було піддано черговій модифікації [24, 47–74], а не радикальним змінам. Проте діалог, що постійно ведеться на різних рівнях, визначає пріоритети, зберігає атмосферу взаєморозуміння й взаємного довір'я, а також забезпечує необхідну гнучкість у процесі прийняття рішень.

Поетапний характер європейської інтеграції помітно позначився на характері використовуваних процедур, їх внутрішній логіці, структурі та сферах застосування. Закладений у процедурах механізм прийняття рішень Євросоюзу є одним з суттєвих інструментів інтеграційних процесів, які ґрунтуються на відкритій дискусії, культурі дебатів, взаємних консультаціях, пошуках компромісів і консенсусу, а його досвід цінний і корисний саме своєю комплексністю. Євросоюз є високодинамічним міждержавним інтеграційним об'єднанням наднаціонального характеру, унікальним явищем сьогодення і з точки зору випробуваних практикою процедур прийняття рішень, від взаємодії яких залежить ефективність правового регулювання діяльності Євросоюзу.

Список літератури:

1. Арах М. Европейский Союз. Видение политического объединения. — М., 1998.
2. Бирюков М.М. Европейский Союз, Евроконституция и международное право. — М.: Научная книга, 2006.
3. Довгань В.М. Европейський Парламент. Правовий статус і компетенція в системі органів Європейського Союзу. — К.: КНТ, 2007.
4. Европейское право: Учебник / Под общ. ред. Л.М.Энтина. — М.: НОРМА, 2007.
5. Европейський Союз: Консолідовані договори. — К.: Port-Royal, 1999.
6. Зайцева О.Г. Международные организации: принятие решений. — М.: Наука, 1989.
7. Клемин А.В. Суверенные права государств и их реализация в рамках Европейского Союза // Московский журнал международного права. — 1995. — № 2.
8. Ковлер А.И., Крылова И.С. Европейский парламент // Парламенты мира. — М., 1991.
9. Коль Г. Мир і свобода можливі тільки за умови об'єднаної Європи / Додаток до Deutschland. — 1995. — № 4.
10. Конституции государств Европейского Союза. — М.: ИНФРА — М., 1997.
11. Конституция Европейского Союза: Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментарием). — М.: ИНФРА — М., 2005.
12. Миківич М.М. Міжнародно-правові аспекти співробітництва Європейського Союзу з третіми країнами: Автореф. дис. ... канд.юрид.наук. — К., 1996.
13. Ніщцький договір та розширення ЄС / За наук. ред. С.Шевчука. — К.: Логос, 2001.
14. Проді Р. Задум об'єднаної Європи / Пер. з італ. — К.: Вид-во “К.І.С.”, 2002.
15. Пстыго В. Межгосударственное общение: в поисках согласия // Мировая экономика и международные отношения. — 1991. — № 2.

16. Семененко И.С. Группы интересов в Европейском Союзе: региональный аспект // Мировая экономика и международные отношения. — 1998. — № 4.
17. Толстухин А.Э. О наднациональном характере Европейского Союза // Московский журнал международного права. — 1997. — № 4.
18. Топорнин Б.Н. Европейские Сообщества: право и институты (динамика развития). — М., 1992.
19. Топорнин Б.Н. Европейское право: Учебник. — М.: Юристь, 1998.
20. Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества / Пер. с англ. — М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998.
21. Юмашев Ю.М. Правовая эволюция Европейских Сообществ: до и после Маастрихта // Московский журнал международного права. — 1992. — № 3.
22. Europa 2002. Die Europäische Union und die Währungsunion // Presse— und Informationsamt der Bundesregierung. — Berlin, 1999.
23. Financial Times — 2001. — № 17.
24. Hummer W. From 'Interinstitutional Agreements' to 'Interinstitutional Agencies / Offices'? // European Law Journal. — 2007. — Vol. 13. — № 1.
25. Janning J. Zukunft Europas // Deutschland. — 2001. — № 1.
26. Jopp M, Schmuck O. Die Reform der Europäischen Union. Analysen — Positionen — Dokumente zur Regierungskonferenz 1996/1997. — Bonn, 1996.
27. Lequesne Christian. Les perspectives institutionnelles d'une union élargie — Pouvoirs // Europe de la communauté a l'union. — 1994. — № 69.
28. Lobbying the European Union. Companies, Trade Associations and Issue Groups // Ed. By R. Pedler, R. Van Schendelen. — Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1994.
29. Maurer A. Reformziel, Effizienzsteigerung und Demokratisierung: die Weiterentwicklung der Entscheidungsmechanismen // Jopp M., Schmuck O. (Hrsg) Die Reform der Europäischen Union. Analysen — Positionen — Dokumente zur Regierungskonferenz 1996/97. — Bonn, 1996.
30. Middlemas K. Orchestrating Europe: The Informal Politics of European Union. 1973—1995. — London: Fontana, 1995.
31. National Public and Private EC Lobbying // Ed. By R. Van Schendelen.— Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1993.
32. Treaty on European Union // Office for Official Publications of the European Communities. — Luxembourg, 1992.
33. Vertrag von Amsterdam. Texte des Eu—vertrages und des Eg—vertrages. — Bonn, 1998.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена исследованию взаимодействия процедур принятия решений Евросоюза. В работе определяются особенности правопорядка Евросоюза, анализируется законодательный процесс Евросоюза, рассматривается институционально-правовой механизм функционирования Евросоюза.

SUMMARY

The article is dedicated to the research of EU decision-making procedures cooperation. The author defines the features of the EU law order, analyzes the EU lawmaking process, examines law institutional mechanism of the EU functioning.

Рекомендовано кафедрою прав людини, міжнародного та європейського права

Подано 20.09.07



Р.Р. Дубас
(Інститут держави і права ім. В.М. Корецького
НАН України)
(Науковий керівник професор В.Н. Денисов)

Договірні відносини України у сфері енергетики

Ключові слова: міжнародний договір, енергетика, Енергетична Хартія, міжнародні зобов'язання, енергетичний ринок.

З огляду на останні події на світових енергетичних ринках, а також на особливості забезпечення країни енергоносіями питання участі України у міжнародних енергетичних відносинах набуло надзвичайної ваги. У цій статті автором зроблена спроба проаналізувати стан реалізації Україною існуючих можливостей щодо участі у зазначених відносинах, а також визначити можливості впливу на їхній розвиток. “Вирішення Україною, як і будь-якою іншою державою, важливих соціально-економічних, політичних та інших завдань практично неможливе без її участі у міжнародному економічному співробітництві, в діяльності міжнародних організацій без урахування світового досвіду, досвіду становлення і розвитку окремих країн. З огляду на це участь нашої держави у міжнародному співробітництві, зокрема і в міжнародному економічному співробітництві, на основі норм і принципів міжнародного права є досить важливою” [13, 311].

Розглядаючи Україну як учасника міжнародних енергетичних відносин слід виділити три аспекти такої участі: фізичне переміщення енергоносіїв та енергії, міжнародні енергетичні договори та угоди, а також міжнародні енергетичні та інші організації. При цьому досить важко ви-

ділити пріоритетну або ж більш важливу сферу, оскільки всі вони є пов'язаними та взаємозалежними. На перший погляд, первинними виступають саме міжнародні енергетичні договори, без укладення яких здійснення будь-яких операцій з енергоносіями видається неможливим. З іншого боку, укладенню міжнародних угод у сфері енергетики часто передують складна і напружена робота, у тому числі у відповідних міжнародних організаціях. Не слід, однак, забувати й про те, що на момент виникнення держави Україна як суб'єкта міжнародного права фізичні переміщення енергоносіїв (природного газу та нафти) по її території здійснювалося без відповідних міждержавних угод, які було укладено *post-factum*.

Основним предметом розгляду цієї статті є аналіз участі України у міжнародних енергетичних відносинах через механізми міжнародних угод у сфері енергетики та міжнародних організацій у цій сфері. Здійснюючи такий аналіз необхідно керуватися кінцевими цілями та завданнями подібної участі країни в міжнародних енергетичних відносинах, а також враховувати наявний потенціал енергетики України.

Частково пріоритети розвитку енергетики України, у тому числі у розрізі її взаємодії з міжнародними енергетичними

ринками, знайшли своє відображення в Енергетичній стратегії України на період до 2030 р. (далі — Стратегія) [10], цілями якої визначено створення умов для забезпечення постійного та якісного забезпечення споживачів енергоресурсами, їх ефективне та екологічно безпечно використання, підвищення рівня енергетичної безпеки держави тощо. Враховуючи відсутність інших, визначених законодавчо цілей та завдань ПЕК України, здійснення оцінки ефективності участі України у міжнародних організаціях та договорах у сфері енергетики здійснюватиметься на основі завдань, визначених Стратегією.

Перед тим як розпочати аналіз міжнародно-правових аспектів слід зазначити, що паливно-енергетичний комплекс України є одним з найдавніших у світі і бере свій початок ще у 19 столітті. Так, у 1887 р. на території сучасного Закарпаття видобували нафту з свердловин, а перший колодязь для видобування нафти був викопаний у 1786 р. [19, 64]. Натомість перше газове родовище та перший газопровід Дашава-Стрий були введені в експлуатацію понад 75 років тому” [16, 600]. Характеризуючи сьогоденній статус енергетики України у світлі взаємодії з міжнародними ринками слід виділити три аспекти. По-перше, Україна є найбільшою країною, через яку здійснюється транзит енергоносіїв (насамперед російських) у напрямку Центральної та Західної Європи [9; 14]. По-друге, за загальними обсягами споживання енергетичних ресурсів (здебільшого імпортованих) ПЕК України є одним з найбільших у Європі, однак ефективність їх використання для виробництва одиниці продукції у 3–5 разів менша ніж у розвинутих країнах [15]. По-третє, значна зношеність основних фондів в енергетиці, відновлення та розвиток яких потребують вкладення понад 130 мільярдів доларів США до 2030 р. [10]. Наведені характеристики дають можливість сформулювати додаткові завдання, які повстають перед Україною, як учасником міжнародних енергетичних відносин, а саме: збереження та розвиток транзитного потенціалу країни, підвищення ефектив-

ності використання енергетичних ресурсів, що у свою чергу сприятиме зменшенню залежності від зовнішніх постачальників та сприятиме посиленню енергетичної безпеки країни, а також залучення значних інвестицій у відновлення та розвиток енергетичної інфраструктури.

Наявність описаних проблем, а також інтеграція енергетики України у міжнародні енергетичні відносини вимагає їх відповідного правового регулювання. Ключовими елементами зазначеного регулювання виступають міжнародні договори приватного та публічного характеру, а також національне енергетичне законодавство. Так, міжнародні публічні договори повинні визначати загальні засади та принципи правового регулювання енергетичних відносин. Національне законодавство повинно містити безпосередні механізми реалізації зазначених принципів. Натомість міжнародно-приватні договори повинні виступати безпосереднім регулятором відносин між конкретними суб'єктами приватного права в енергетиці, відображаючи певні особливості регульованих відносин. При цьому надважливого значення набуває питання ефективної взаємодії визначених компонентів та утворення ними цілісної та комплексної системи чітких, однозначних правил гри в енергетичному секторі.

На цей час Україна бере участь у ряді міжнародних договорів у сфері енергетики. Серед багатосторонніх договорів слід виділити ДЕХ, а також численні міжнародні договори у сфері використання ядерної енергії. Важливе значення для правового регулювання відносини у сфері енергетики мають ратифіковані Україною міжнародні договори у сфері захисту навколишнього середовища, такі як Рамкова Конвенція про зміну клімату та Кіотський протокол. Частково положення щодо енергетики містяться у дво- та багатосторонніх договорах України про співпрацю. Крім того, до міжнародних договорів у сфері енергетики слід віднести договори про участь у міжнародних енергетичних організаціях та приєднання до міжнародних

енергетичних проєктів. До цієї групи слід віднести договори про створення ГУАМ, Організації Чорноморського Економічного співробітництва, а також участі у таких міжнародних проєктах як ІНОГЕЙТ та TRASECA. Окрему групу міжнародних договорів складають переважно двосторонні міжурядові договори, що визначають умови поставки, транспортування та транзиту окремих видів енергоносіїв, таких як нафта, природний газ, електроенергія, та укладені на їх підставі відповідні договори між суб'єктами приватного права. Останні хоч і не є міжнародними договорами України, однак вони укладені на виконання міжнародних зобов'язань країни, а тому їх розгляд та аналіз є важливим для розуміння процесу виконання таких зобов'язань.

Найвагомішим прикладом активної участі України у міжнародних енергетичних процесах стало приєднання до ДЕХ, ратифікованого Верховною Радою України 6 лютого 1998 р. [3, 150]. Відповідно до положень Конституції України ДЕХ став частиною українського законодавства з моменту його ратифікації. Крім того, його положення мають пріоритет у застосуванні порівняно з положеннями інших актів законодавства України (ст. 9). Це підтверджується і положеннями національного енергетичного законодавства, зокрема, ст. 29 Закону України “Про електроенергетику” від 16 жовтня 1997 р. [1, 1], ст. 52 Закону України “Про нафту і газ” від 12 липня 2001 р. [2, 262] тощо. Важлива особливість ДЕХ полягає у тому, що його положення регулюють не лише виключно “енергетичні відносини”, а й інші групи суспільних відносин, пов'язаних із торгівлею, заохоченням та захистом інвестицій і конкуренції, свободою транзиту, передачею технологій, доступом до капіталу, екологічними аспектами, оподаткуванням, вирішенням спорів тощо. Пріоритетність положень ДЕХ над національним законодавством, широка сфера застосування разом із наявністю ряду жорстких зобов'язань дозволяють розглядати договір як ключовий інструмент, імплементація положень якого дасть можливість енергетиці України ефективніше

інтегруватися у міжнародні енергетичні ринки, зокрема через створення прозорих та стабільних правил гри в енергетичному та суміжному секторах економіки.

Враховуючи обсяги транзиту енергоносіїв територією України, особливе значення мають зобов'язання ДЕХ у сфері транзиту. Відповідно до Договору договірною стороною повинна вживати необхідних заходів для полегшення транзиту ЕМП відповідно до принципу свободи транзиту незалежно від походження, місця призначення чи власника таких ЕМП і без дискримінаційних тарифів, що базуються на таких відмінностях, а також без надмірних затримок, обмежень чи зборів (ст. 7(1)). Крім того, країна, через територію якої здійснюється транзит ЕМП, не повинна припиняти або обмежувати такий транзит у разі виникнення спору щодо будь-якого питання, пов'язаного з таким транзитом (ст. 7(6)). Оскільки питання транзиту є важливим як для споживачів енергоресурсів у Європі, так і для Росії, як одного з основних її постачальників, а транзитні положення ДЕХ мають загальний характер, Конференцією ДЕХ було прийнято рішення про розробку Транзитного протоколу ДЕХ. “Його метою є розробка загальноприйнятих правових принципів транзитних (тобто таких, що перетинають як мінімум два національні кордони) потоків енергетичних матеріалів та продуктів, які забезпечують прийнятні для різних сторін умови транзиту. Він покликаний конкретизувати положення ст. 7 (Транзит) і пов'язані з нею статті ДЕХ, стосовно трактування яких у договірних сторін виникали чи могли виникнути суперечки” [12]. Для України розробка та ратифікація учасниками ДЕХ та, насамперед, Росією є вкрай важливою, оскільки відкриє можливості для здійснення прямих поставок енергоносіїв з каспійського регіону транзитом через російську територію. При цьому умови транзиту не можуть бути гіршими від умов, на яких здійснюється транзит російських енергоносіїв територією України. Таким чином, ключовою умовою ефективності ДЕХ для України є

його ратифікація РФ, що надасть Україні доступ до транзитних трубопроводів РФ та, відповідно, до каспійських енергоресурсів. Крім того, така ратифікація створить умови для переведення міжрядових договорів у правову площину і зменшить можливість для використання у подібних переговорах “позиції сили”.

Враховуючи вищевикладене, вкрай важливо, щоб Україна брала активну участь у переговорному процесі, з метою захисту своїх національних інтересів у сфері транзиту енергоносіїв. У цьому плані важливим є приєднання України до ініціатив європейських політиків щодо вироблення єдиної енергетичної політики ЄС [18]. Крім того, існуючий досвід з розробки положень Транзитного протоколу доцільно використати при створенні відповідного законодавства України.

До важливих міжнародних договорів, які можуть мати істотний вплив на енергетичну галузь є Кіотський Протокол до Рамкової Конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату, ратифікований Україною 4 лютого 2004 р. [4]. Метою Протоколу є скорочення викидів в атмосферу парникових газів, створених у результаті діяльності людини, з тим, щоб зупинити або сповільнити процес глобального потепління клімату планети. За прогнозами фахівців, “Україна, враховуючи всі обмеження на продаж емсійних квот, могла б їх продавати у розмірі приблизно 148 млн. т. CO₂-еквівалента. При прогнозованій ціні 5 доларів США за 1 т. це дорівнюватиме приблизно 740 млн. доларів США щорічно потягом 2008–2010 рр.” [4]. Враховуючи рівень впливу енергетики на навколишнє середовище, основну суму інвестицій буде спрямовано саме на об'єкти галузі. При цьому порядок їх реалізації визначатиметься ДЕХ, а бажання іноземних інвесторів здійснювати такі інвестиції, значною мірою залежатиме від дотримання Україною положень ДЕХ. Таким чином, можна прогнозувати тісну взаємодію міжнародних зобов'язань України, що передбачені Кіотським Протоколом, та екологічних і інших зобов'язань, передбачених ДЕХ.

Окрему групу міжнародних договірних відносин України у сфері енергетики складають договори щодо співпраці в енергетичному секторі, поставок нафти і газу, транзиту зазначених енергоносіїв територією України, забезпечення роботи трубопроводів тощо. Як правило, зазначені договори укладаються на двосторонній, інколи на багатосторонній основі. Основна їх частина укладена з Російською Федерацією, яка виступає найбільшим постачальником нафти і газу в Україну, а також здійснює значні транзитні поставки енергоносіїв у Європу через її територію. Прикладами таких договорів є: Угода між Урядом України і Урядом Російської Федерації про взаємодію під час експлуатації магістральних нафтопродуктопроводів від 26 липня 1995 р., ратифікована Україною 2 липня 1999 р. [6, 1267], Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про гарантії транзиту російського природного газу територією України від 22 грудня 2000 р., ратифікована Україною 15 листопада 2001 р. [7], Угода між Урядом України і Урядом Республіки Казахстан про принципи співробітництва в нафтогазових галузях від 9 липня 1996 р., ратифікований Україною 21 листопада 1997 р. [5, 46], багатостороння Угода країн СНД про проведення узгодженої політики в галузі транзиту природного газу від 3 листопада 1995 р., ратифікована Україною 18 грудня 1996 р. [8, 68] та інші.

Усі зазначені угоди містять досить типовий набір положень, які стосуються загальних зобов'язань не вживати односторонніх заходів, які б могли вплинути на виконання сторонами положень відповідної угоди, зобов'язань вживати необхідних заходів щодо забезпечення основних положень угоди, як-от: обов'язок забезпечувати здійснення безперешкодного транзиту, здійснювати вчасну оплату поставлених енергоносіїв, вживати належних заходів для забезпечення стійкої роботи трубопроводів тощо. Як видно із наведених формулювань, зобов'язання не є достатньо чітко визначеними і охоплюють широкий спектр дій, які можуть трактуватися як

порушення відповідних зобов'язань. У зв'язку з цим існує велика ймовірність виникнення спорів щодо застосування подібних положень. При цьому практично всі вищеописані енергетичні угоди України основним механізмом вирішення спорів, що виникають у зв'язку з тлумаченням або застосуванням їх положень, визначають проведення переговорів і консультацій між зацікавленими сторонами. Процедура, тривалість проведення таких переговорів як і відповідальність сторін за зловживання переговорним процесом, роблять такий спосіб мало ефективним. Крім того, використання у положеннях про вирішення спорів формулювання "іншим прийнятним для сторін способом" означає фактичну безальтернативність переговорів як засобу вирішення спорів, оскільки будь-який інший спосіб може бути відхилений іншою стороною на основі його неприйнятності. Зазначена невизначеність договірних положень створила передумови для припинення Росією подачі природного газу у січні 2005 р. на територію України, що у свою чергу призвело до недоотримання законотрагованих обсягів газу споживачами у Західній Європі [17]. Додатковою можливістю для таких дій з боку Росії є її відмова від ратифікації ДЕХ, що унеможливило вжиття достатньо ефективних заходів, передбачених Договором, до подібних неправомірних дій.

Ще однією особливістю розглядуваних договорів є те, що обов'язок їх безпосереднього виконання як правило покладається на суб'єктів приватного права, а саме — на господарюючі суб'єкти договірних сторін. Так, відповідно до Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про гарантії транзиту російського природного газу територією України сторони визначають уповноважених операторів, які діють від імені договірних сторін.

Остаточо питання поставок природного газу в Україну віднесено до компетенції суб'єктів приватного права відповідно до угоди про врегулювання відносин у

газовій сфері, підписаної 4 січня 2006 р. між НАК "Нафтобаз України", ВАТ "Газпром" і компанією "РосУкрЕнерго АГ", яка викликала цілий ряд неоднозначних політичних і експертних оцінок [11]. Аналогічним чином вирішено питання поставок природного газу і в 2007 р. Оскільки зазначені угоди укладені між підприємствами, то їх умови не підлягають офіційному оприлюдненню у зв'язку з комерційною таємницею. При цьому слід зазначити, що міжурядові угоди у цій сфері продовжують діяти, однак держава в особі відповідних органів самосунулася від їх виконання.

Як видно із вищевикладеного, Україна є учасником багатьох міжнародних багатота двосторонніх угод у сфері енергетики, що створює видимість активної участі у міжнародних енергетичних відносинах. На жаль, реалізація подібних можливостей, що випливають із зазначеної участі, є вкрай незначною. Показовим є приклад Договору до Енергетичної Хартії, ратифікованого Україною понад 9 років тому. До цього часу міжнародні зобов'язання, передбачені цим договором, не знайшли свого відображення у національному законодавстві. Більше того, несистемний та лобістський підхід до прийняття нормативно-правових актів у сфері енергетики призвів до виникнення протиріч між положеннями ДЕХ та національним законодавством.

Окремо слід відзначити порядок укладення двосторонніх енергетичних угод, які через відсутність офіційного оприлюднення, важко оцінити на відповідність як існуючим міжнародним зобов'язанням, так і положенням національного законодавства. Існування трьох практично незалежних один від одного сегментів регулювання енергетичних відносин в Україні не сприяє відстоюванню національних інтересів у цій сфері і є одним з істотних факторів втрати країною можливостей забезпечення власної енергетичної безпеки, яку на сьогоднішній час можна сміливо віднести до ключових ознак міжнародної правосуб'єктності будь-якої держави.

Список літератури:

1. Закон України “Про електроенергетику” від 16 жовтня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998, № 1. — Ст. 1.
2. Закон України “Про нафту і газ” від 12 липня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. № 1. — Ст. 262.
3. Закон України “Про ратифікацію Договору до Енергетичної Хартії та Протоколу до Енергетичної Хартії з питань енергетичної ефективності і суміжних екологічних аспектів” від 6 лютого 1998 р., № 89/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998, № 26. — Ст. 150.
4. Закон України “Про ратифікацію Кіотського Протоколу до Рамкової Конвенції ООН про зміну клімату” від 4 лютого 2004 року, № 140-IV // Урядовий кур’єр. — 10.03.2004, № 45.
5. Закон України “Про ратифікацію Угоди між Урядом України і Урядом Республіки Казахстан про принципи співробітництва в нафтогазових галузях” від 21 листопада 1997 р., № 668/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1998, № 11–12. — Ст. 46.
6. Закон України “Про ратифікацію Угоди між Урядом України і Урядом Російської Федерації про взаємодію під час експлуатації магістральних нафтопродуктопроводів” від 2 липня 1999 р., № 820-XIV // Офіційний вісник України. — 1999, № 27. — Ст. 1267.
7. Закон України “Про ратифікацію Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Російської Федерації про гарантії транзиту російського природного газу територією України” від 15 листопада 2001 р., № 2796-III // Урядовий кур’єр. — 13.12.2001, № 232.
8. Закон України “Про ратифікацію Угоди про проведення узгодженої політики в галузі транзиту природного газу” від 18 грудня 1996 р., № 615/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1997, № 9. — Ст. 68.
9. Розпорядження Кабінету Міністрів України “Про затвердження Концепції державної політики у сфері постачання та транзиту сирої нафти” від 5 квітня 2002 р. № 187-р Київ // Офіційний вісник України. — 2002, № 15 — Ст. 820.
10. Розпорядження Кабінету Міністрів України “Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2030 року” від 15 березня 2006, № 145-р.
11. *Єрьоменко А.* Захід сонця вручну // Дзеркало тижня. — № 2 (581), 21-27 січня 2006 р. Див. на: <http://www.zn.kiev.ua/nn/show/581/52377/>
12. *Конопляник А.* Три вопроса по протоколу. Протокол по транзиту к Договору Энергетической Хартии: проблемы, вызывающие озабоченность России и возможные пути их решения // Нефтегазовая вертикаль. — 2002. — № 16.
13. *Опришко В.Ф.* Міжнародне економічне право: Підручник. — Видання друге, перероблене і доповнене. — К.: КНЕУ, 2003.
14. *Руднік А.А.* Газотранспортна система ДК “Укртрансгаз”: надійність і безпека транспортування газу // Вісник національної газової спілки України. — 2003, № 1.
15. *Суходоля О.* Адаптація законодавства України до нормативів ЄС у сфері енергозбереження // Національна безпека і оборона. — 2002. — № 9.
16. Трубопровідний транспорт газу / М.П. Ковалко, В.Я. Грудз, В.Б. Михалків, Д.Ф. Тимків, Л.С. Шлапак, О.М. Ковалко; за ред. М.П. Ковалка. — Київ: Агентство з раціонального використання енергії та екології, 2002.
17. An Energetic Bully // The Washington Post. — August 23, 2006. — P. A14. Детальніше див. на: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/08/22/AR2006082201248.html>
18. *Mortishead C.* Is talk of a Mr. Energy just hot air? // The Times. — September 27, 2006. Детальніше див. на: <http://www.timesonline.co.uk/article/0,,630-2376352.html>
19. *Yergin Daniel.* The Prize: the epic quest for oil, money, and power. — New York. — 1992. — P. 64.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются договорные отношения Украины в сфере энергетики. Автор анализирует степень интеграции энергетики Украины в мировой энергетический рынок. Рассматривается участие страны в много- и двусторонних договорах, регулирующих международные энергетические отношения, а также оценивается степень их имплементации в национальное энергетическое законодательство.

В статье акцентируется внимание на существовании проблемы практической реализации положений международных энергетических договоров, участником которых является Украина, в национальном праве, а также на необходимости более активного участия в правовом регулировании международных энергетических отношений.

SUMMARY

The article is dedicated to contractual relationship of Ukraine in the energy sphere. The author analyses level of integration of Ukraine's energy complex into the international energy market. The article concerns the state's participation in multy- and bilateral agreements which regulate international energy relations, and evaluates the degree of their implementation into national energy legislation.

Moreover, the article focuses on the problem of practical realization of the international energy agreements' provisions, which Ukraine is a party to, in national law, and declares the necessity of more active participation of Ukraine in legal regulation of international energy relations.

*Рекомендовано кафедрою прав людини, міжнародного
та європейського права*

Подано 23.06.07

**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; г) 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 криминологія	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 ключові слова, що виділяються курсивом. Загальна кількість ключових слів повинна бути не меншою трьох і не більшою десяти.

3.4. Бібліографічні посилання в тексті відображаються цифрами в квадратних дужках із зазначенням номерів сторінок відповідно джерела [3, 415].

3.5. Перелік використаних джерел подається в кінці тексту після слів “Список літератури” у алфавітному порядку. 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.

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.

При наборі слід:

а) вимкнути “перенос” (Категорично заборонені примусові переноси!!!)

б) абзаци позначати символом “Ентер”

в) 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. *Быков В.М.* Криминалистическая характеристика преступных групп. — Ташкент, 1986.
2. *Дорошенко Д.* Історія України. 1917–1923 рр. — Т. 1. — Ужгород, 1930.
3. *Криминалистика / Под ред. Р.С. Белкина.* — М.: Норма-Инфра, 1999.
4. *Малевиц Ю.И.* Права человека в глобальном мире. — М.: АСТ, 2004.
5. Стаття 6 Закону України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини” від 16 червня 1999 року // ВВР. — 1999. — № 41.

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 файлу обов'язково латинськими літерами) та в роздрукованому вигляді. На етикетці дискети необхідно вказати прізвище та ініціали автора. Стаття і дискета авторів 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).