

ВІСНИК Академії адвокатури України

▼ право: наука. практика

число 1 (17) 2010

*Журнал включено до переліку
наукових фахових видань
постановою Президії ВАК України
від 08.06.2005 р. № 2-05/5
від 08.07.2009 р. № 1-05/3*

*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
17.05.2010 р. протокол № 8*

Засновник і видавець

Академія адвокатури України

Адреса редакції:

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

Вісник Академії адвокатури України. – К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2010. – число 1(17).

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

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

Редколегія “Вісника Академії адвокатури України”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.*

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

Фесенко Є.В. — *д-р юр. наук, доц.*

Чубарєв В.Л. — *д-р юр. наук, проф.*

Підписано до друку 17.05.2010. Формат 70x100/16. Папір офсетний. Офсетний друк.
Умов.-друк.арк. 17.82. Обл.-вид. арк. 15,43. Тираж 150 пр. Замовлення 301. 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>КОВТУН О.М.</i> Правові засади планування використання та охорони земель в Україні.....	6
<i>ЮРЧЕНКО Є.О.</i> Політичне консультування у виборчому процесі: світовий досвід та українська практика.....	12
<i>МАЛЕНТА В.С.</i> Історичні аспекти становлення тлумачення норм права	18
<i>МАЗУР М.Р.</i> Особи, які підлягають реабілітації в кримінальному процесі	22
<i>СНІГУР І.Й., МЕЛЬНИК О.В.</i> Обмеження наукової та викладацької діяльності державних службовців: аналіз антикорупційних новел.....	29
<i>ГРЕЧАНЮК С.К.</i> Організація взаємодії установ державної кримінально-виконавчої служби України з засобами масової інформації	37
<i>ДОВГАНЧУК С.М.</i> Принцип самоврядування третейських суддів в Україні.....	42
<i>МАЛЯРЕНКО А.О.</i> Поняття і сутність прилюдного проголошення судового рішення в світлі практики Європейського суду з прав людини	47
<i>ЗИСКІНД І.О.</i> Аналіз загальних принципів здійснення нагляду за бізнесом страховика (conduct of business supervision) як інструменту забезпечення прав страхувальника	55
<i>КОВАЛИШИН О.Р.</i> Непрямий (похідний) позов як засіб захисту учасників корпоративних відносин....	61
<i>ГРЕБЕНЬКОВ Г., НАЗИМКО Є., ПАЛІЙ М.</i> Пенальний вимір правової політики держави у сфері протидії злочинності.....	68
<i>ТОЛОКОЛЬНИКОВ С.В.</i> Проблеми представництва юридичних осіб в кримінальному процесі України	74
<i>БЄЛЯЄВА К.В.</i> Етапи зародження та розвитку юридичної психології.....	80
<i>ХОВПУН О.С.</i> Допит свідків у справах про ДТП.....	87
<i>МАКАРУХА З.М.</i> Правові основи заснування простору цивільного правосуддя в рамках ЄС	92
<i>СТАХЄЄВА Г.О.</i> Умовне схвалення концентрації за новим Повідомленням Комісії ЄС: основні зміни та нововведення	99
Тези міжнародної наукової конференції: «Проблеми юридичної кваліфікації (теорія і практика)»	
<i>ГОНЧАРЕНКО В.Г.</i> Пізнавальна функція юридичної кваліфікації	106

<i>НАВРОЦЬКИЙ В.О.</i> Функції кримінально-правової кваліфікації та сучасність.....	109
<i>ФЕСЕНКО Є.В.</i> Кримінально-правова кваліфікація: функціональна роль та призначення	112
<i>ТИХИЙ В.П.</i> Проблеми кваліфікації злочинного порушення безпеки людини	115
<i>БАУЛІН Ю.В.</i> Питання юридичної кваліфікації в діяльності Конституційного Суду України.....	117
<i>КОВТУН О.М.</i> Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 252 КК України): проблеми предмета злочину	120
<i>СВТЄСВА Д.П.</i> Кримінальна відповідальність за зловживання опікунськими правами: питання складу злочину.....	124
<i>ГРИЦУК В.К.</i> Кримінально-правова кваліфікація еутаназії.....	127
<i>СТРЕЛЬЦОВ Є.Л.</i> Об'єкт і кваліфікація злочинів	131
<i>ШАПЧЕНКО С.Д.</i> Юридична кваліфікація як соціально-правове явище та деякі її загальнотеоретичні аспекти	135
<i>КУЧИНСЬКА О.П.</i> Перекладач в кримінальному процесі України	139
<i>ГАРАГОНІЧ О.В.</i> Ухилення від сплати податків з використанням цінних паперів: проблеми правозастосовної практики	142
<i>АНДРУШКО П.П.</i> Об'єкти кримінально-правової кваліфікації: поняття, види	150
<i>АНТОНЮК Н.М.</i> Інтерпретація юридичної термінології в контексті іноземномовного перекладу	158
<i>МУЗИКА А.А.</i> Категорія «кваліфікація злочину» та інші, суміжні категорії, в аспекті формулювання тем дисертаційних досліджень.....	161
<i>ВЕРЕША Р.В.</i> Кваліфікаційні помилки.....	164
<i>ЗАХАРОВА О.С.</i> Строки в процесуальному законі: окремі теоретичні аспекти подолання проблем нормативного регулювання провадження у зв'язку з винятковими обставинами	167
<i>БЛУДИЛІНА М.Є.</i> Юридичний аналіз об'єктивної сторони складу злочину на стадії порушення кримінальної справи	171
<i>САВЧЕНКО А.В.</i> Вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на кваліфікацію злочинів	174
<i>БОЙКО І.І.</i> Визначення агресії в міжнародному праві.....	178

<i>ПОПЕЛЮШКО В.О.</i> Достовірне (істинне) встановлення обставин предмета доказування — запорука їх правильної кваліфікації	180
<i>КОВАЛЬСЬКИЙ В.С.</i> Кваліфікація діянь і реалізація охоронної функції права	183
<i>САРНАВСЬКИЙ О.М.</i> Проблеми кримінально-правової оцінки суспільно-небезпечних діянь, вчинених у військовій сфері	189
<i>ДЗЮБА В.Т.</i> Значення юридичних ознак потерпілого (жертви, постраждалого) при кримінально-правовій кваліфікації	192
<i>ГРУДЗУР О.М.</i> Окремі питання кваліфікації давання та одержання хабара, які вчинені за умов провокації	196
<i>ЮРЧИШИН В.М.</i> Юридична кваліфікація злочину — складова частина судової промови прокурора ..	199
<i>КУРДЮКОВ В.В.</i> Пізнання і доказування у кримінальних справах	204
<i>ХУТОРЯНСЬКИЙ О.В.</i> Характеристика суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 136 КК України ..	207
<i>БАРТМАН Ю.Д.</i> Щодо об'єкта злочину, передбаченого ст. 203 ¹ Кримінального кодексу України	209
<i>ЄФРЕМОВ С.О.</i> Проблеми кваліфікації участі в організованому злочинному угрупованні певного виду	211
<i>КАРПОВА Н.Ю.</i> Проблеми кваліфікації злочину, передбаченого ст. 397 КК України	214
Вимоги до оформлення наукових статей, що подаються до "Вісника Академії адвокатури України"	217



О.М. КОВТУН,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПЛАНУВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ В УКРАЇНІ

Ключові слова: охорона земель, програма використання земель, планування територій, районування земель, Генеральна схема планування.

Планування використання та охорони земель в Україні є найважливішою функцією державного управління у галузі земельних відносин, що визначає перспективи раціонального землекористування і являє собою діяльність уповноважених органів державної влади та місцевого самоврядування, яка полягає у створенні та впровадженні перспективних програм (схем) використання й охорони земельних ресурсів з урахуванням екологічних, економічних, історичних, географічних, демографічних та інших особливостей конкретних територій, а також у прийнятті на їх основі відповідних рішень [4, 495].

Основу законодавчого регулювання здійснення планування у сфері земельних відносин становлять: Конституція України від 28 червня 1996 р. (ст. 85, 116) [8], Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. (ст. 177—180) [5], Закони України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р. (ст. 6) [22], «Про державні цільові програми» від 18 березня 2004 р. [17], «Про Генеральну схему планування території України» від 7 лютого 2002 р. [16], «Про планування і забудову територій» від 20 квітня 2000 року [23], «Про основи містобудування» від 16 листопада 1992 р. [20], «Про будівельні норми» від 5 листопада 2009 р. [14], «Про

загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки» від 21 вересня 2000 р. [18], «Про охорону земель» від 19 червня 2003 р. [21], «Про землеустрій» від 22 травня 2003 р. [19], «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування» від 14 жовтня 1994 р. [15] та ін.

На підзаконному рівні правові засади планування використання та охорони земель в Україні забезпечують: Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки, затверджені постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 р. [11]; Основні напрями земельної реформи в Україні на 2001—2005 роки, затверджені указом Президента України від 30 травня 2001 р. [12]; Заходи щодо реалізації Основних напрямів земельної реформи в Україні на 2001—2005 роки, затверджені розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2001 р. [3]; Концепція державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 червня 2009 р. [9]; Комплексна програма розвитку меліорації земель і поліпшення еко-

логічного стану зрошуваних та осушених угідь на період до 2010 року, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2000 р. [6]; Державні санітарні правила планування та забудови населених пунктів, затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я від 19 червня 1996 року [1]; Порядок здійснення природно-сільськогосподарського, еколого-економічного, протигерозійного та інших видів районування (зонування) земель, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 р. [13]; Комплексний план заходів щодо реформування земельних відносин, дерегуляції та подолання корупції у цій сфері на 2009 рік, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2009 р. [7] та ін.

А.М. Мірошниченко цілком обґрунтовано формами планування використання земель називає: 1) розробку та затвердження програм використання земель (державних, регіональних); 2) планування територій; 3) природно-сільськогосподарське районування земель [10, 338].

Наміри та потреби використання окремих територій, визначені у державних програмах економічного і соціального розвитку, інших державних програмах, схемах розвитку галузей економіки, передбачають необхідність значного збільшення територій природоохоронного, рекреаційного, оздоровчого, історико-культурного призначення, а також житлової та громадської забудови з підвищенням ефективності використання земель населених пунктів, скорочення площі ріллі та виробничих територій (особливо під відкритими розробками, кар'єрами, шахтами, відповідними спорудами транспорту і зв'язку) з передачею вивільнених земель для інших видів використання [16].

Програми використання та охорони земель Земельний кодекс поділяє на загальнодержавні та регіональні (ст. 177—178) [5].

Вищенаведені приклади державних програм, що стосуються використання та

охорони земель [6; 11; 12] дозволяють визначити значну прогалину правового регулювання у цій сфері — відсутність Державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 р. (розпорядженням Кабінету Міністрів України схвалено лише Концепцію державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року (далі — Концепція) [9]).

У Концепції зазначається, що на сьогодні ситуація щодо володіння, користування і розпорядження землею залишається складною і такою, що вимагає невідкладного поліпшення. Найгострішими проблемами є: незавершеність процесів реформування економічних та правових відносин власності; недосконалість системи державного управління у сфері використання і охорони земель, земельного законодавства та інфраструктури ринку земель, нерозвинутість автоматизованої системи ведення державного земельного кадастру, відсутність механізму економічного стимулювання використання і охорони земель. Роботи із запровадження раціонального землекористування проводяться досить повільно.

Відсутнє перспективне прогнозування розвитку земельних відносин, не визначена оптимальна модель сільськогосподарського землекористування. Низькою залишається ефективність використання земель у сільському господарстві через невизначеність системи регулювання земельних відносин, не завершено введення у повному обсязі в економічний оборот земельних ділянок та прав на них.

З огляду на зазначене існує нагальна потреба у розробленні та прийнятті Державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року (далі — Програма).

Метою Програми є визначення та реалізація основних напрямів державної політики, спрямованих на удосконалення земельних відносин та створення сприятливих умов для сталого розвитку землекористування міських і сільських територій,

сприяння розв'язанню екологічних та соціальних проблем села, розвитку високоефективного конкурентоспроможного сільськогосподарського виробництва, збереження природних цінностей агроландшафтів [9].

Відповідно до законодавства України, планування територій здійснюється на загальнодержавному, регіональному та місцевому рівні. Так, згідно зі ст. 5 Закону України «Про планування і забудову територій» [23] планування територій на загальнодержавному рівні полягає в розробленні Генеральної схеми планування територій України (далі — Генеральна схема), якою передбачається раціональне використання території України, створення та підтримання повноцінного життєвого середовища, охорони довкілля, охорони здоров'я населення, охорони пам'яток історії та культури, визначення державних пріоритетів розвитку систем розселення, виробничої, соціальної та інженерно-транспортної інфраструктури.

Генеральна схема повинна містити:

- аналіз стану використання території України та функціонування систем розселення;
- аналіз намірів та потреб використання окремих територій, визначених у загальнодержавних програмах соціального, економічного розвитку, інших державних програмах, схемах розвитку галузей економіки;
- аналіз санітарно-епідеміологічного та екологічного стану регіонів і реалізації відповідних цільових програм, а також аналіз заходів, спрямованих на поліпшення стану довкілля;
- аналіз диспропорцій використання територій;
- визначення територій за видами переважного використання;
- напрями вдосконалення систем розселення та сталого розвитку населених пунктів;
- комплекс заходів по її реалізації.

За рішенням Кабінету Міністрів України можуть розроблятися схеми планування окремих частин території України — кількох областей, узбереж Чорного та Азовського морів, міжнародних транспортних коридорів, прикордонних територій тощо.

Генеральна схема визначає пріоритети та концептуальні вирішення планування і використання території країни, вдосконалення систем розселення та забезпечення сталого розвитку населених пунктів, розвитку виробничої, соціальної та інженерно-транспортної інфраструктури, формування національної екологічної мережі.

Використання території України характеризується значними диспропорціями, зокрема:

- надзвичайно високим, економічно та екологічно необґрунтованим рівнем господарського (передусім — сільськогосподарського) освоєння території;
- значними площами та низькою щільністю забудови виробничих територій;
- нераціональним розміщенням виробничих та житлових територій;
- малою часткою територій природоохоронного, рекреаційного, оздоровчого, історико-культурного призначення;
- наявністю значних територій, використання яких законодавчо обмежується та вимагає спеціального охоронного режиму господарювання (територія радіаційного забруднення внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС, санітарно-захисні та охоронні зони підприємств промисловості, транспорту та зв'язку, об'єкти природно-заповідного фонду та історико-культурного призначення, курорти, річки, моря, озера, водосховища та інші водойми, водозабори);

- територіальною невідповідністю розміщення водоемних виробництв місцевим водним ресурсам.

Санітарно-епідемічний та екологічний стан території України, рівень природно-техногенної безпеки характеризується:

- деформованою структурою господарського комплексу при переважанні виробництв з ресурсозатратними, екологічно небезпечними технологіями та значним зношенням основних фондів;
- високим рівнем забруднення навколишнього природного середовища багатьох регіонів, недостатнім розвитком екологічної інфраструктури;
- наявністю значних територій, що зазнають постійного впливу небезпечних геологічних процесів.

Внаслідок цього територія України відзначається надмірним техногенним навантаженням на довкілля, високим ступенем його забруднення та природно-техногенної небезпеки.

До недоліків функціонування систем розселення належать:

- неузгодженість соціального, економічного, містобудівного та екологічного аспектів розвитку населених пунктів та прилеглих територій;
- надмірна концентрація населення і виробництва у великих містах;
- уповільнений розвиток більшості середніх і малих міст, селищ та сіл;
- ексцентричне територіальне розташування більшості обласних центрів, недостатній розвиток у центрах внутрішньообласних систем розселення (особливо міжрайонних, районних) об'єктів соціально-культурного обслуговування населення прилеглих територій та транспортних зв'язків, що не дає змоги забезпечити створення для кожного громадянина (незалежно від місця його проживання) рівних умов доступності до цих об'єктів;

- недостатній рівень розвитку соціальної та інженерно-транспортної інфраструктури населених пунктів.

Основною причиною цих недоліків є відсутність науково обґрунтованої загальнодержавної стратегії ефективного використання території країни [16].

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про планування і забудову територій» [23] планування територій на регіональному рівні полягає у розробленні та затвердженні схем планування територій Автономної Республіки Крим, областей, районів, регулюванні використання їх територій, ухваленні та реалізації відповідних рішень про дотримання містобудівної документації відповідно до закону.

Верховна Рада Автономної Республіки Крим, обласні, районні ради в межах своїх повноважень приймають рішення про розроблення схем планування територій відповідних адміністративно-територіальних одиниць, а також їх окремих частин.

У схемах планування територій на регіональному рівні визначаються заходи реалізації державної політики та враховуються державні інтереси під час планування цих територій, їх історичні, економічні, екологічні, географічні і демографічні особливості, етнічні та культурні традиції.

Планування територій на місцевому рівні згідно зі ст. 10 Закону України «Про планування і забудову територій» забезпечується відповідними місцевими радами та їх виконавчими органами, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями відповідно до їх повноважень, визначених законом, і полягає у розробленні та затвердженні генеральних планів населених пунктів, схем планування територій на місцевому рівні та іншої містобудівної документації, регулюванні використання їх територій, ухваленні та реалізації відповідних рішень про дотримання містобудівної документації.

Розроблення, погодження та експертиза містобудівної документації проводяться згідно з встановленими держав-

ними стандартами, нормами та правилами в порядку, визначеному законодавством.

Містобудівна документація затверджується відповідною місцевою радою з визначенням строку її дії та переліку раніше прийнятих рішень, що втрачають чинність, а також тих рішень, до яких необхідно внести відповідні зміни.

Зміни до містобудівної документації вносяться рішенням ради, яка затвердила містобудівну документацію, після погодження з відповідним спеціально уповноваженим органом з питань містобудування та архітектури.

Різновидом територіального планування є зонування земель, що здійснюється в межах населених пунктів. Ч. 3 ст. 180 Земельного кодексу України зазначає, що зонування земель здійснюється відповідно до закону. Отже, розробка та прийняття За-

кону України «Про зонування земель» є сьогодні нагальною необхідністю, зважаючи на те, що авторитетні юристи-науковці (зокрема, В.М. Єрмоленко) вважають за доцільне цільове призначення землі замінити принципом зонування, який набуває все більшого розповсюдження у розвинутих зарубіжних країнах [2, 28].

Отже, дослідження правових засад планування використання та охорони земель в Україні дозволило визначити деякі прогалини правового регулювання у цій сфері, найбільш вагомими з яких є відсутність Державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 р. та Закону України «Про зонування земель», що мають стати важливими елементами системи правового регулювання засад планування використання та охорони земель.

Список літератури:

1. Державні санітарні правила планування та забудови населених пунктів. Затверджено наказом Міністерства охорони здоров'я від 19 червня 1996 року // www.rada.gov.ua
2. Єрмоленко В.М. Проблемні питання цільового призначення земель / В.М. Єрмоленко // Актуальні проблеми правового забезпечення екологічної безпеки, використання та охорони природних ресурсів. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 9—10 жовтня 2009 року / за заг. ред. А.П. Гетьмана, М.В. Шульги. — Харків: Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2009.
3. Заходи щодо реалізації Основних напрямів земельної реформи в Україні на 2001—2005 роки. Затверджено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — № 39. — Ст. 1775.
4. Земельне право України: підручник / за ред. О.О. Погрібного та І. І. Каракаша. — Вид. 2, перероб. і доп. — К.: Істина, 2009. — 600 с.
5. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — № 46. — Ст. 2038.
6. Комплексна програма розвитку меліорації земель і поліпшення екологічного стану зрошуваних та осушених угідь на період до 2010 р. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2000 року // Офіційний вісник України. — 2000. — № 46. — Ст. 2003.
7. Комплексний план заходів щодо реформування земельних відносин, дерегуляції та подолання корупції у цій сфері на 2009 рік. Затверджено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2009 року // Урядовий кур'єр. — 2009. — 10 червня. — № 101.
8. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
9. Концепція державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року. Схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 червня 2009 р. // Офіційний вісник України. — 2001. — № 51. — Ст. 1760.

10. Мірошниченко А.М. Земельне право України: підручник / А.М. Мірошниченко — К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. — 712 с.
11. Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки. Затверджено постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 року // Вісник Верховної Ради України. — 1998. — №38—39. — Ст. 248.
12. Основні напрями земельної реформи в Україні на 2001—2005 роки. Затверджено Указом Президента України від 30 травня 2001 року // Офіційний вісник України. — 2001. — № 22. — Ст. 986.
13. Порядок здійснення природно-сільськогосподарського, еколоого-економічного, протиерозійного та інших видів районування (зонування) земель. Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 26 травня 2004 року // Офіційний вісник України. — 2004. — № 21. — Ст. 1429.
14. Про будівельні норми. Закон України від 5 листопада 2009 року // Урядовий кур'єр. — 2009. — 9 грудня. — № 229.
15. Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування. Закон України від 14 жовтня 1994 року // Вісник Верховної Ради України. — 1994. — № 46. — Ст. 411.
16. Про Генеральну схему планування території України. Закон України від 7 лютого 2002 року // Вісник Верховної Ради України. — 2002. — № 30. — Ст. 204.
17. Про державні цільові програми. Закон України від 18 березня 2004 року // Вісник Верховної Ради України. — 2004. — № 25. — Ст. 352.
18. Про загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000—2015 роки. Закон України від 21 вересня 2000 року // Офіційний вісник України. — 2000. — № 43. — Ст. 1817.
19. Про землеустрій. Закон України від 22 травня 2003 року // Вісник Верховної Ради України. — 2003. — № 36. — Ст. 282.
20. Про основи містобудування. Закон України від 16 листопада 1992 року // Вісник Верховної Ради України. — 1992. — № 52. — Ст. 683.
21. Про охорону земель. Закон України від 19 червня 2003 року // Вісник Верховної Ради України. — 2003. — № 39. — Ст. 349.
22. Про охорону навколишнього природного середовища. Закон України від 25 червня 1991 року // Вісник Верховної Ради України. — 1991. — № 41. — Ст. 546.
23. Про планування і забудову територій. Закон України від 20 квітня 2000 року // Вісник Верховної Ради України. — 2000. — № 31. — Ст. 250.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвячена дослідженню правових основ планування використання і охорони земель в Україні. Автором виділяються і досліджуються елементи системи правового регулювання в цій сфері, аналізуються проблеми.

SUMMARY

The article is devoted research of legal frameworks of planning of the use and guard of earths in Ukraine. Selected an author and probed elements of the system of the legal adjusting in this sphere, problems are analysed.

*Рекомендовано кафедрою кримінального
та адміністративного права*

Подано 22.01.10



Є.О. ЮРЧЕНКО,
кандидат політичних наук
(Національний педагогічний університет
ім. М.П. Драгоманова)

ПОЛІТИЧНЕ КОНСУЛЬТУВАННЯ У ВИБОРЧОМУ ПРОЦЕСІ: СВІТОВИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКА ПРАКТИКА

Ключові слова: виборча кампанія, виборча технологія, політичний маркетинг, політичний лідер, політичне консультування.

На сьогодні організація і проведення виборчих кампаній є сферою діяльності професіоналів — людей, які спеціалізуються на виборчих технологіях та володіють відповідними знаннями, вміннями і навичками. Якщо термін «виборчі технології» можна вважати вже усталеним в плані визначення, то відносно назви професії спеціалістів у даній сфері цього сказати не можна. Їх називають політичними технологами, політичними консультантами, електоральними менеджерами тощо. Власне політологи, коментуючи термін «політичний консультант», зазначають, що консультант — це не професія, а роль, яку відіграє в команді професіонал [1, 27].

Не дивлячись на інтенсивний розвиток політичного консалтингу, дослідники не приділяли належної уваги цій проблематиці. Їх інтерес був прикутий до чинників, що впливають на прийняття виборцями рішень в ході голосування.

Загалом, історія професійного політичного консультування в США почалася в 1930-ті роки. і спочатку асоціювалася з проведенням видовищних електоральних заходів. Перша спеціалізована фірма консультантів з виборів була створена в 1933 р. американцями К. Уайтекером і Л. Бакстером. Проте постановкою передвиборних спектаклів діяльність пер-

ших консультантів і менеджерів не обмежувалася. Тим більше, що за всієї інноваційності свого підходу вони спиралися на чималий досвід консультаційно-аналітичної роботи, накопичений провідними політичними партіями США, — Республіканською і Демократичною.

У Центральному апараті республіканців вже в 1936 р. була налагоджена служба зв'язків з громадськістю, а демократи ще на початку століття ввели в своїй штаб-квартирі посаду прес-секретаря. Слід зазначити, що перші політичні консультанти були людьми політично ангажованими і працювали не тільки за матеріальну винагороду, але і через свої політичні переконання.

Політичне консультування активізувалось вже після Другої світової війни. Центральні апарати партій поступово перетворювалися на справжні сервісні підприємства. Зокрема, вони надавали такі послуги, як всебічна допомога в розробці бюджету виборчої кампанії і формування команди кандидата, підготовка різноманітних агітаційних матеріалів і заходів, підготовка кадрів для професійного проведення виборчих кампаній шляхом короткострокового навчання виборчим технологіям партійних активістів тощо.

Служби політичного менеджменту і маркетингу створюються не в самих пар-

тіях, а при них, або навіть функціонують як незалежні структури з обслуговування виборчих кампаній самих різних політичних сил. Саме остання з відзначених тенденцій є найбільш стійкою і характеризує сучасний етап розвитку політичного консультування.

Починаючи з 1960-х років, кандидати, які вступають у передвиборну боротьбу, починають все більше співробітничати не з власними партійними кадрами, а з фахівцями-консультантами і менеджерами. Партії продовжують надавати допомогу своїм кандидатам, проте сучасний виборчий процес вимагає не аматорського, а професійного підходу. В результаті написання програми, створення іміджу кандидата, постановка його комунікації з виборцями покладається саме на професіоналів.

В 1968 р. француз М. Богран та американець Дж. Наполітан створили Міжнародну асоціацію політичних консультантів, а незабаром була створена Американська асоціація політичних консультантів. Ці об'єднання професіоналів на сьогодні нараховують десятки членів. Кількість фірм, що спеціалізуються на організації виборчих кампаній в США, обчислюється сьогодні сотнями; їх сукупний річний дохід досягає мільярда доларів.

Нині імена «монстрів» електорального бізнесу, найбільших фахівців з виробництва політичних зрок відомі у всьому світі — це американці Дж. Наполітан, М. Різ, Т. Шварц, французи М. Бонгран, Ж. Сегела, англієць Г. Ріс, німець Г. Бахер, італієць М. Баллеріні, латиноамериканці Х.І. Касаль та У. Хайме, М. Сакс з ПАР та багато інших.

Американський політолог Р. Фрайденберг, оцінюючи сучасну роль та значимість політичного консультування, успішно виділив наступні перспективи розвитку політичного консалтингу [4, 199]:

- 1) політичний консалтинг і надалі динамічно розвиватиметься;
- 2) цей розвиток визначатиметься зростаючою географічною спеціалізацією;
- 3) на його розвиток впливатиме і зрос-

тання кількості проблемних питань та корпоративне адвокатування;

4) до певної міри цей розвиток перебуватиме під впливом застосування все більш витончених технологій політичної комунікації;

5) політичні консультанти і надалі віддаватимуть перевагу негативним посланням;

6) культура політичного консалтингу перебуватиме в центрі дискусій та суперечок;

7) політичний консалтинг може стати об'єктом регулювання з боку держави.

Поле діяльності політичних консультантів надзвичайно широке: це і «розшифровка» результатів соціологічних досліджень, і наступний крок — планування виборчої кампанії, виходячи з отриманих даних, налагодження виборчої комунікації. Проте в центрі уваги консультанта постійно перебуває імідж кандидата — саме тому консультанта часто називають іміджмейкером, хоча це і не вірно. Класичний іміджмейкер займається, головним чином, зовнішністю клієнта, його манерами, мовою і т.д.

Політичний консультант піклується не стільки про психологічний або естетичний, скільки про соціально-політичний зміст образу: кандидат повинен завжди залишатися самим собою, але в той же час відповідати суспільній потребі в лідерів певного типу, утілювати зрозумілу виборцям політичну ідею.

Сьогодні в колишніх комуністичних державах відбувається процес становлення та зміцнення позицій незалежних, партійно незаангажованих політичних радників. Саме незалежний консультант, на відміну від штатного, не переймається проблемою виживання в апараті; він може дозволити собі розкіш говорити правду; він — носій «гласу народу», представник людини зі сторони, пересічного виборця.

Долаючи чималі труднощі, в Україні сьогодні поступово формується «цехове» співтовариство політичних консультантів і менеджерів — людей, які символізу-

ють настання нового стилю політичного життя: виробляються принципи, норми і цінності незалежної від держави інтелектуальної професійної діяльності, в рамках якої тільки і можна сформувати фахівця високого класу [2, 7].

У багатьох країнах існують національні асоціації політичних консультантів і менеджерів, які забезпечують вироблення і дотримання етичних кодексів поведінки. У 1969 р. була утворена Міжнародна асоціація політичного консультування, її першим президентом був відомий американський менеджер К. Уайт. Ця організація проводить щорічні конференції, учбові і наукові семінари, присвячені окремим аспектам виборчих кампаній: електоральному законодавству, проблемам фінансування, соціологічним опитуванням виборців, використанню ЗМІ тощо.

В Україні також спостерігається тенденція до добровільного саморегулювання своєї діяльності, підвищення рівня етичних вимог з боку самих політичних консультантів. Так у 2003 р. була створена Асоціація політичних консультантів України, яка об'єднала спеціалістів у даній сфері, та всеукраїнська громадська організація «Українська ліга зі зв'язків із громадськістю».

Важливість формування в українській політиці професійного співтовариства консультантів визначається через часті випадки підтасовування результатів досліджень ринку — соціологічних і експертних опитувань, на матеріалах яких формулюються рейтинги політиків. В умовах бурхливого зростання числа кандидатів, багато з яких мають в своєму розпорядженні солідні фінансові можливості, зростає небезпека появи «кишенькових соціологів», псевдоконсультантів або відвертих шарлатанів, що беруться робити «кампанії під ключ» і забезпечувати «100% перемогу» на виборах.

Часто консультанти порівнюють себе з лікарями, які надають допомогу кожному, хто в ній має потребу, а свої фірми — з машинами, що видають «на гора» технології

успіху. Знаменитий французький консультант Ж. Сегела одного разу порівняв себе з телеграфістом, який лише передає текст телеграми, а не складає його. Саме з етичних міркувань деякі професіонали маркетингу повертаються з політичних в звичайні консалтингові і рекламні фірми: вони не можуть гарантувати споживачам якість товару, який рекламують і проштовхують на політичному ринку.

Відхід професіоналів з електорального процесу і політики в цілому — не вирішення проблеми. Абсолютно має рацію у зв'язку з цим М. Рац, який підкреслює необхідність «формування такого політологічного співтовариства консультантів, яке б відкидало всякого роду екстремістів і маргіналів, і навпаки — втягувало б в орбіту своєї дії всі здорові політичні сили, що дорожать такими цінностями, як свобода, демократія, громадянське суспільство і правова держава» [3, 7].

Основним стимулом для відповідальної роботи консультанта слугують гроші. Водночас, на думку багатьох фахівців, не менш могутнім стимулом стає радість перемоги, здобутої в нелегкому змаганні, усвідомлення того, що ти професіонал. У світовій практиці визначено 5 критеріїв професіоналізму політичних консультантів [5, 50]:

- опора на загально визнані теоретико-методологічні підходи;
- компетентність, що визнається користувачами послуг управлінця;
- компетентність, що визнається колегами по професії;
- наявність професійної асоціації, яка займається підготовкою кадрів і підвищенням кваліфікації своїх членів;
- дотримання менеджером професійної етики.

Як свідчить світовий досвід, найчастіше політичними консультантами стають колишні журналісти або ж фахівці з реклами. Така тенденція є цілком зрозумілою, оскільки на нинішньому етапі розвитку виборчих технологій успіх на виборах

залежить перш за все від того, чи зуміли кандидат і його команда переконати виборців, вплинути на їх поведінку при голосуванні. Найбільш надійним засобом дії на електорат є засоби масової інформації — перш за все, телебачення, аудиторія якого налічує десятки і сотні мільйонів чоловік. Саме журналістам провідні політики довіряють пости прес-секретарів, доручають формування своїх електоральних команд.

Досить рідко менеджерами власних компаній виступають політичні діячі. Природженим відчуття реклами було у найбільшого політичного лідера Великобританії Г. Макміллана. Президент США Ф. Рузвельт говорив наступне про свої організаторські здібності: «Якби мені довелося починати життя спочатку, я, швидше за все, зайнявся б рекламою». Хорошим організатором власних політичних кампаній був і Р. Ніксон. Відомі також випадки, коли консультанти стають політиками. Найвідомішим прикладом такої трансформації був Р. Кеннеді, який брав участь в організації виборчих кампаній свого старшого брата Дж. Кеннеді. Консультантами починали кар'єру такі відомі американські політики, як сенатори Б. Голдуотер і Дж. Харт. У Франції подібну еволюцію зробив відомий практик і теоретик політичного маркетингу М. Нуар, який згодом і сам став депутатом [6].

На сьогодні українським політконсультантам важливо вирішувати наступні завдання:

1) проводити діагностику політичної ситуації і стан політичної напруги в суспільстві;

2) оволодіти методикою створення та підтримки іміджу політичного лідера. Громадськість має уявлення не стільки про самого кандидата, а скільки про синтезований образ, який містить і якості його консультанта, і ті очікування електорату, які закладаються до образу політика;

3) формувати уміння приймати управлінські рішення в політичній сфері, планувати політичну діяльність, включаючи виборчі кампанії, політичне спілку-

вання, підтримку політичних зв'язків та відносин;

4) врахування в політичних кампаніях та акціях цінностей масової політичної свідомості;

5) формування унікальних політичних пропозицій, політичні PR-акції, діяльність політичних лідерів, управління кадрами і розстановкою активу;

6) прийняття нестандартних рішень і тактика роботи зі «своїми» та «чужими» виборцями.

Сучасний стан позначений зростанням ефективності дій політичних консультантів порівняно із «колишніми професіоналами», тобто командою підтримки кандидата, рекрутованих з числа його партійних соратників. Активно почали впроваджуватися практичні методи політичного маркетингу, які радикально відрізняються від політичної пропаганди. Якщо методи пропаганди мало відрізнялися від концепції розширення збуту готового продукту, у нашому випадку — партійної ідеології, то маркетинговий підхід передбачає обов'язкове першочергове вивчення потреб виборців, а вже потім перехід до виробництва конкурентоспроможного товару, зокрема, іміджу політичних лідерів. Зв'язки з громадськістю стають основним змістом політичної діяльності професійних політиків. І ця діяльність вже немислима без участі політичних консультантів.

В Україні попит на спеціалістів в сфері виборчих технологій став формуватися з початком проведення конкурентних виборів, а з середини 1990-х років заявили про себе декілька десятків фірм, що спеціалізуються на вивченні політичного ринку, підготовці аналітичних матеріалів, наданні іміджмейкерських послуг, реалізації послуг із зв'язків з громадськістю (піар-послуг) тощо. Сьогодні на цьому терені працює немало кваліфікованих фахівців — політологів, журналістів, психологів, юристів, рекламістів, які створили власні агентства: Український центр економічних і політичних досліджень ім. О. Разумкова, Центр прикладних політичних дослі-

джень «Пента» (В. Фесенко), Інститут глобальних стратегій (В. Карасьов), Інститут проблем управління ім. Горшеніна (К. Бондаренко), Київський центр політичних досліджень і конфліктології (М. Погребинський), Інститут політики (М. Томенко), Центр дослідження політичних цінностей (О. Доній), Інститут конкурентного суспільства (К. Ляпіна), Агентство моделювання ситуацій (В. Бала), та інші.

Що стосується кар'єри політичних консультантів, то в Україні мода запрошувати політологів, юристів, експертів з суспільно-політичних питань у партійні списки з'явилася в 2002 р. у зв'язку з переходом від змішаної системи виборів до партійної. Очевидно, що отримати перемогу в мажоритарному окрузі у спеціалістів, відомих у відносно вузьких колах фахівців, — було небагато. Такими стали відомий юрист С. Головатий (№ 12 у «Виборчому блоці Юлії Тимошенко»), К. Ляпіна (№ 88 у Виборчому блоці політичних партій «Блок Віктора Ющенка «Наша Україна») та М. Томенко (№ 62 у «Блоці Віктора Ющенка «Наша Україна»). Даний експеримент видався успішним і вже на парламентських виборах 2006 р. кількість експертів-політологів та політтехнологів зросла до 6: Д. Видрін (№ 92 у «Всеукраїнському об'єднанні «Батьківщина»), С. Головатий (№ 43 у блоці «Наша Україна»), К. Ляпіна (№ 7 у Блоці «Наша Україна»), Г. Немиря (№ 46 у «Блоці Юлії Тимошенко»), В. Полохало (№ 50 у «Блоці Юлії Тимошенко»), М. Томенко (№ 3 у «Блоці Юлії Тимошенко»).

Політична кар'єра для деякого з них виявилася невдалою, і список народних депутатів 2007 р. поповнився новими іменами: журналіста В. Ар'єва (№ 10 у блоці «Наша Україна — Народна самооборона»), політолога О. Донія (№ 37 у блоці «Наша Україна — Народна самооборона»), експерта Ю. Полунєєва (№ 91 у блоці Юлії Тимошенко), політтехнолога В. Уколова (№ 147 у блоці Юлії Тимошенко) та колишнього прес-секретаря Ю. Тимошенко В. Чепиноги (№ 87 у

блоці Юлії Тимошенко). Продовжують свою парламентську кар'єру С. Головатий (№ 92 у Партії регіонів), К. Ляпіна (№ 8 у блоці «Наша Україна — Народна самооборона»), В. Полохало (№ 50 у блоці Юлії Тимошенко) та М. Томенко (№ 3 у блоці Юлії Тимошенко).

До української специфіки слід віднести і той факт, що найкращою стартовою площадкою для консультанта у світ професійної політики в Україні є органи, що забезпечують діяльність Президента: Адміністрація Президента України та Секретаріат Президента України. Прикладом еволюції з помічника-консультанта у фігуру політика національного масштабу є екс-голови Адміністрації Президента України В. Литвин, Д. Табачник, В. Медведчук; колишній прес-секретар Президента України І. Герасценко, та екс-голова Секретаріату Президента України В. Балага.

Однак в Україні досі жоден з політиків — серед діючих чи колишніх — не створив організації, яка б пропонувала послуги з політичного консалтингу, обмежуючись наданням індивідуальних консультацій. Також досить популярним серед політиків є створення різноманітних кишенькових аналітичних центрів, невідомих широкому загалу, що займаються обслуговуванням конкретного політика або ж політичної сили, легітимуючи деякі з своїх позицій як голос представників «третього сектору» — громадських організацій. Зазначені тенденції свідчать про недорозвиненість українського ринку політичних послуг.

Ефективний підхід до розвитку професійного політичного консультування в Україні — це створення об'єднаних команд консультантів, що володіють знаннями політичної ситуації в країні. Підвищення професіоналів у цій галузі в Україні стане можливим завдяки:

а) підвищенню значення політичного консультанта, що приведе до зросту попиту на відповідних фахівців;

б) «емпіричної революції» у науці, що дозволить на якісній новій основі готувати таких фахівців;

в) становлення конкурентних ринків політичних консалтингових послуг, що спонукають їхніх учасників до постійного вдосконалення.

Список літератури:

1. *Малкин Е.Б.* Основы избирательных технологий / Е.Б. Малкин, Е.Б. Сучков. — М.: Русская панорама, 2002. — 524 с.
2. *Наріжний Д.Ю.* Аналіз політичних технологій та особливостей їх застосування в транзитивному суспільстві / автореф. дис... канд. політ. наук / Д.Ю. Наріжний. — Дніпропетровськ, 2004. — 19 с.
3. *Рац М.* Как нам цивилизовать политику / М. Рац // Независимая газета — Сценарии. — 1996. — 29 августа.
4. *Friedenberg R.* Communication Consultants in Political Campaigns: Ballot Box Warriors / R. Friedenberg. — N.Y.: Praeger Publishers, 1997. — 240 p.
5. *Greenwood E.A.* Attributes of a Profession / E.A. Greenwood // Social Work. — 1957. — № 3.
6. *Noir M.* Russir ime campagne electorale: suivre tin exemple americain? / M. Noir. — Paris, 1977. — 134 p.

РЕЗЮМЕ

В статье проведен комплексный анализ понятия политического консультирования в избирательных компаниях, определены основные задания и функции политических консультантов. Показано, что основная цель политического консультирования — это настройка коммуникаций между политиком и избирателем, что является составной частью демократического процесса. Проанализированы особенности политического консультирования в Украине.

SUMMARY

In article the complex analysis of concept political consultation in the selective companies is carried out, the basic tasks and functions of political advisers are defined. It is shown that the main objective of political consultation is an adjustment of communications between the politician and the voter that is a component of democratic process. Features of political consultation in Ukraine are analysed.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 04.02.10



В.С. МАЛЕНТА

*(Київський національний університет
внутрішніх справ)*

(Науковий керівник доцент О.Б. Горова)

ІСТОРИЧНІ АСПЕКТИ СТАНОВЛЕННЯ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ПРАВА

Ключові слова: *тлумачення норм права, офіційне тлумачення, неофіційне тлумачення.*

Будь-яка діяльність плідна й ефективна, коли здійснюється з повним розумінням справи. Без всебічного і глибокого розуміння змісту правових норм неможливо правове регулювання громадського життя, зміцнення законності. Тлумачення нормативних актів є необхідною передумовою для правильного здійснення норм права. У даному аспекті мова може йти як про офіційне, так і про неофіційне тлумачення норм права.

Проблема тлумачення, у тому числі й неофіційного, є однією з традиційних проблем юридичної науки. Вона має самостійне значення в процесі наукового або повсякденного пізнання державно-правового життя. Необхідність чіткого уявлення про зміст чинних норм виникає в ході як правотворчої, так і правозастосовчої роботи. Ні видати новий акт, ні систематизувати, ні застосувати наявні не можна без знань справжньої волі законодавця, що одержала офіційне вираження. Процес неофіційного тлумачення неминучий при реалізації правових норм державними органами, при укладенні угод і договорів господарськими структурами, у діяльності партій, суспільних об'єднань, при здійсненні цивільних юридично значимих дій і навіть у повсякденному житті окремої особи. Більше того, процес неофіційного тлумачення норм права багатогранніший у порівнянні з офіційним тлумаченням. Адже неофіційним

тлумаченням, у широкому розумінні цього явища, займаються практично всі як юридичні, так і фізичні особи щоденно.

В сучасний період вагомим внеском у теорію і практику правотлумачення стали праці відомих правників — С.С. Алексеєва, Є.В. Васьковського, А.Б. Венгерова, М.М. Вопленко, В.В. Лазарева, П.О. Недбайла, О.С. Піголкіна, П.М. Рабіновича, Л.В. Соцуро, Т.Я. Хабрієвої, А.Ф. Черданцева та багатьох інших. Вони досліджують питання тлумачення загалом і неофіційного зокрема.

Предметом розгляду нашої статті є історія становлення неофіційного тлумачення норм права, а її завданням є дослідження думок, ідей і поглядів видатних вчених та мислителів, які виражали своє ставлення до права і правових явищ з метою встановлення зародження ідей неофіційного тлумачення норм права.

Кожне явище чи поняття має свої витоки і першопричини, кожне переживає період народження, становлення, зрілого функціонування та відмирання. Навряд чи є виключенням поняття тлумачення норм права. Саме поняття «тлумачення норм права» остаточно формується у середині 20 ст., але, шукаючи витоки і передумови появи цього явища, несправедливо буде не звернутись до юридично-державницького досвіду попередніх епох. Звісно, у форматі окремої статті неможливо здійснити доско-

налий аналіз історичного розвитку правової думки на предмет розробки ідей тлумачення норм права, але не представити думки окремих мислителів означало б позбавити ідейне ядро цього явища його історичної генези. Доцільно зазначити, що ідеї великих мислителів щодо різних аспектів права не були направлені конкретно на процес тлумачення, проте окремі їхні погляди, на нашу думку, склали основу генези теорії тлумачення норм права і в першу чергу це стосувалося саме неофіційного тлумачення норм права.

На межі 4 та 5 ст. до н.е. побачив світ твір давньогрецького філософа Платона «Держава», в якому автором стверджувалися принципи і правила, якими має керуватися досконала, на його думку, держава. Платон шляхом логічних умовиводів підходить до з'ясування змісту категорії справедливості. Зокрема, він доходить висновків, що, «беручись установлювати закони», люди влади можуть встановлювати їх правильно або неправильно, а отже виникає справедливе питання, яке за багато століть стане яблуком розбрату між представниками позитивістської та природно-правової юриспруденції: «Якщо інші люди зобов'язані коритися будь-якому припису, який встановили люди, що на даний момент є при владі, то чи буде це дійсно справедливим?» [1, 23]. Розробляючи проблему справедливості, філософ доходить висновку, що ця якість здатна бути притаманною як окремим людям, так і цілим державам. Як бачимо, Платон по-своєму здійснює тлумачення існуючих чи таких, які повинні бути, норм права. Такі роздуми філософа по праву можна вважати неофіційним тлумаченням.

Естафетний жереб у розробці державницько-правових ідей від Платона перейняв його учень Аристотель (384—322 рр. до н.е.).

Розвиваючи тему писаних законів, філософ говорить про їх недосконалість і зазначає, що закони також можуть бути «поганими чи добрими, ґрунтуватися чи не ґрунтуватися на засадах справедливості».

Отже, Аристотель фактично позбавляє закон як акт уповноваженого його видавати органу чи особи ознаки універсалізму у керуванні суспільними відносинами і допускає наявність чогось вищого за закон. Цим вищим, логічно виходячи зі змісту його твору, є справедливість. Під справедливістю Аристотель розумів такий стан речей, за якого «усі рівні володарювати тією ж самою мірою, якою вони коряться, і щоб кожен поперемінно то повелівав, то корився». Слід зазначити, що філософ також уживає слово «закон» у значенні порядку, який має базуватися на засадах справедливості:

«...Хто вимагає, аби панував закон, очевидно хоче, щоб панували Божество і Розум, а хто вимагає, аби панувала людина, проявляє (у своїй вимозі) певне дикунство; бо пристрасть саме і є таким (чимось тваринним), до того ж вона зводить навіть найкращих праведних з істинного шляху; навпаки, закон — це розум поза пристрастями і бажаннями». Аристотель виводить також власне поняття права. На його думку право становить «державне благо», що «служить загальній користі»; право має пильнувати судовий орган [2, 41].

Такі роздуми філософа, хоча і в його розумінні не були тлумаченням норм права, проте з позицій нашого часу можемо абсолютно точно вважати його окремі праці прототипом неофіційного тлумачення норм права, зокрема як доктринального чи професійного.

Після звернення до античної філософсько-правової спадщини доречно й цікаво, на нашу думку, звернутись до уявлень про державу, закони і право наших пращурів. Національно-етнічний аспект державницько-правової генези українства має цікавити нас настільки, наскільки ми бажаємо віднайти та дослідити автентичні прояви генетичного коду нації у вітчизняній історіософії. А цей код слід шукати, скоріше за все, саме у Київській Русі. Звісно, історія автохтонного українського етносу не починається киеворуським періодом, але мову про зародження ідей-

попередників «філософії права», а з нею й окремих аспектів тлумачення норм права, можна вести, починаючи саме з появи цієї держави.

Необхідно підкреслити, що прийняття християнства зіграло роль потужного каталізатора у процесі розвитку суспільства. Як вказує О. Братко-Кутинський, ідеї християнства, змінюючи душі, майже не змінювали світогляду наших пращурів. Християнський світогляд мав багато спільного з язичницьким. Після офіційного прийняття християнства у 988 р. життя старої релігії лише набрало нових форм (частина обрядових дійств була оформлена як християнські свята) [3, 53]. Народ Київської Русі поступово перетворювався у цивілізовану на той час націю зі своїми здобутками, культурою, планами розбудови державності, внутрішніми і зовнішніми проблемами. Це усвідомлювали як самі русичі, так і європейські держави, які почали переймати у Русі культурні, наукові, технічні досягнення. Національна самобутність Київської Русі стала джерелом національної ідеї для сучасної України, а також джерелом знань для багатьох європейських держав, у тому числі в пізнішому часі і для Росії.

Як бачимо з наведеного, тлумачення норм права у Київській Русі було досить широким та розповсюдженим. Подібні приклади можна навести і з правотворчої діяльності Володимира Мономаха та Ярослава Мудрого. І хоча у більшості випадків така діяльність відбувалася поза правовою свідомістю суспільства, особливо такий процес можна простежити при імplementації дохристиянських норм у християнські канони, ці процеси назвати інакше як своєрідним, характерним для того часу тлумаченням норм права — буде абсолютно вірним.

Отже, у Київській Русі філософія права формувалась на духовно-моральному підґрунті, на попередній глибинній народній філософії, народній духовній культурі, при цьому саме «тлумачачи» нові норми, нові правила з урахуванням вимог часу та об'єктивної реальності.

Про це свідчать такі давньоруські джерела: «Слово про Закон і Благодать» митрополита Іларіона, «Успенській збірник», «Моління» Даниїла Заточника, «Слова Кирила Туровського», «Послання» Кліма Смолятича, «Повчання» Володимира Мономаха, «Послання» митрополита Никифора, «Житіє» Бориса і Гліба, «Вчення» Кирила Новгородця, «Повість временних літ», «Повчання» Серапіона Володимирського, «Печерський патерик», а також «Договірні грамоти Великого князя Ярославіча з Великим Новгородом», «Договори Русі з Візантією». Особливо велике значення для формування української національної філософії права мала «Руська Правда».

Митрополит Іларіон, зокрема, описує канони християнського світогляду, досліджує співвідношення Старого і Нового Завітів, «закону» і «благодаті». Для тлумачення використовуються не тільки богословські, а й соціальні поняття. Митрополит Іларіон зазначає, що «закон» — «стень», «благодать» — «істина», закон — рабство, благодать — свобода, проте існування їх мислиться як єдність актуального і потенційного. Благодать існує як замисел Бога. Актуально кожне начало не існує, а змінює одне одного: спочатку «закон», а потім — «благодать» [4, 13].

У своєму «Слові про закон і благодать» Іларіон також торкається чималого кола політичних і юридичних проблем. По суті він окреслює співвідношення закону, істини і благодаті. Термін «закон» Іларіон вживає переважно в теологічному значенні, хоча певною мірою іларіонівський термін «закон» набуває одночасно і релігійного, і юридичного змісту. Закон він характеризує як жорстоку вимогу підкорення чужій волі; під істиною розуміє реалізацію свободної волі людини. Закон — це перший щабель в організації суспільного життя, і він даний людям «на приуготование к истине», він — «предтеча істини і благодаті». Закон прирівнюється зі світлом місяця, а істина — з променями сонця. Істина досягається не всупереч закону, а завдяки йому. Термін

«закон» Іларіон частіше вживає у філософському значенні, а для правових категорій використовує термін «правда», який трактується, з одного боку, як справедливість, а з іншого — як право [3, 55—56].

Виходячи з даних досліджень, вважаємо, що саме митрополит Іларіон був першим, хто на території нашої держави на професійному рівні здійснював тлумачення норм права. Вважати таку роботу Іларіона офіційним чи неофіційним тлумаченням норм права неможливо, і було б неправильно. Проте його правотлумачна діяльність з позицій нашого часу може трактуватись як, наприклад, доктринальне тлумачення, а в деяких випадках як і професійне тлумачення норм права.

Отже, давня антологія українського права має великий філософський зміст. Філософські дослідження стосувалися передусім людини як правової істоти, її коеволюційного зв'язку. Завдяки синтезу права

і філософії, належної книжної культури формувалась висока філософсько-правова культура, в якій відображались переваги духовного над матеріальним, переваги людського розуму та мудрості над діями людини. Хоча прямо не вказувалось про природне право, проте філософське мислення було скеровано на виявлення сенсу життя на Землі, визначення пріоритету реального буття, природної поведінки людини, що є великою правовою цінністю.

Таким чином, можна зробити висновок, що в історії становлення тлумачення норм права своє належне місце займає і становлення неофіційного тлумачення, про що свідчать історичні пам'ятки-праці видатних вчених. Вони, висловлюючи свої думки з приводу бажаного та існуючого права, оцінюючи те чи інше правове явище, заклали підґрунтя неофіційного тлумачення норм права, а саме його доктринального виду.

Список літератури:

1. История политических и правовых учений. Хрестоматия. Платон. Государства / [под ред. О.Е. Лейста]. — М.: Городец, 2000. — 265 с.
2. *Аристотель*. Політика / Аристотель. — К.: Основи, 2000. — 465 с.
3. Русская философия права (антология) / сост.: А.П. Альбов, Д.В. Масленников, М.В. Сальников. — СПб: Алетейя, 1999. — 143 с.
4. *Сливка С.С.* Українська національна філософія права: антологічний ракурс / С.С. Сливка. — Львів: Воля, 2001. — 234 с.

РЕЗЮМЕ

В статті на основі аналізу історических пам'ятників-трудів видаючихся учених просліджується становлення такого правового явлення як толкование норм права и неофициального толкования норм права как его разновидности.

SUMMARY

The formation of the legal phenomenon such as the interpretation of the legal regulation and the unofficial interpretation of the legal regulation as its variety is refraced in this article on the base of the analysis of the historical works of the prominent scientists.

Рекомендовано кафедрою теорії та історії держави і права

Подано 08.04.10



*М.Р. МАЗУР,
аспірантка
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)
(Науковий керівник доцент А.А. Павлишин)*

ОСОБИ, ЯКІ ПІДЛЯГАЮТЬ РЕАБІЛІТАЦІЇ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Ключові слова: кримінальний процес, суб'єкти кримінального процесу, реабілітація, реабілітований.

Одним із завдань кримінального судочинства є забезпечення правильного застосування кримінально-процесуального закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний. Саме тому суспільство, безсумнівно, зацікавлене у покаранні осіб, винуватих у вчиненні злочинів, як і у тому, щоб жоден невинуватий не зазнав незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування та засудження. Це пояснюється тим, що саме на державі лежить відповідальність за допущені недоліки в роботі судових та правоохоронних органів. І від того наскільки ефективно вона зможе їх усунути, повернути особі статус повноправного члена суспільства, значною мірою залежить і розвиток самої держави. Сьогодні в Україні існує і діє такий механізм, який покликаний гарантувати та забезпечити захист прав та інтересів осіб, що зазнали незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування або (та) засудження, а також забезпечити швидке та повне відновлення всіх їхніх прав, яким виступає реабілітація.

Дослідження і вивчення інституту реабілітації, а також питань, пов'язаних з нею, в кримінальному процесі ведеться вже протягом багатьох років. Такі відомі ще до революційні вчені як А.Ф. Коні, М.І. Ми-

ролюбов, І.Я. Фойницький та інші, звертали значну увагу на необґрунтоване і незаконне кримінальне переслідування та засудження особи. Надалі вивченню інституту реабілітації присвячували свої роботи відомі радянські вчені, зокрема, Б.Т. Безлепкін, Л.В. Бойцова, В.З. Лукашевич, М.М. Михеєнко, М.І. Пастухов, В.М. Савицький, М.С. Строгович, Т.Т. Таджиев та інші. Над розвитком інституту реабілітації в Росії сьогодні працюють такі науковці як Г.Г. Амірбекова, В.В. Владімірова, Р.В. Гаврилюк, А.М. Глибіна, О.О. Корнєєв, М.В. Максименко, М.В. Орлова, О.О. Подпригора, В.С. Раменська, Д.В. Тат'янін та інші. В Україні над проблемами реабілітації працювали і працюють такі відомі науковці як О.В. Капліна, В.Т. Нор, М.Є. Шумило.

Реабілітація у кримінальному процесі України знаходиться сьогодні фактично на етапі формування, тому, безумовно, її наукове дослідження супроводжується рядом дискусійних питань, серед яких особливе місце займає її основний суб'єкт — реабілітований.

Безумовно, неможливо розглянути в межах однієї статті всі проблемні питання, пов'язані з цим суб'єктом, тому свою увагу ми зосередимо на дослідженні питань, хто саме підлягає реабілітації, тобто може на-

бути статус реабілітованого у кримінальному процесі України.

Метою цієї статті є аналіз наукових підходів до визначення кола осіб, що можуть набути статус реабілітованого в кримінальному процесі, і на їх основі висловлення власних міркувань з досліджуваного питання.

Насамперед потрібно зазначити, що серед вчених немає єдності думок щодо суб'єктів (осіб), які можуть вважатися реабілітованими.

Довгий час в теорії кримінального процесу вважалося, що статус реабілітованої в кримінальному процесі може набувати у встановленому законом порядку особа, що зазнала незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування або (та) за судження.

Так, Б.Т. Безлепкін вважав, що до осіб, які можуть набути статус реабілітованого необхідно віднести засудженого, що виявився невинуватим у вчиненні злочину, а також підозрюваного, обвинуваченого і підсудного, які хоча і не були засудженими, однак зазнали незаконного кримінального переслідування, що констатувалось у відповідному процесуальному акті [1, 187—189].

До числа осіб, які можуть набути статус реабілітованого, М.І. Пастухов відносив незаконно і необґрунтовано засуджену особу, підсудного, обвинуваченого і підозрюваного [5, 22—23].

На думку О.В. Капліної, реабілітованими можуть стати засуджений, згодом виправданий, підсудний, стосовно якого суд виніс виправдувальний вирок, а також обвинувачений і підозрюваний, кримінальну справу щодо яких закрито за реабілітуючими підставами [2, 127].

Це була достатньо поширена позиція серед науковців різних часів. В більшій своїй частині вона, на наш погляд, є вірною і сьогодні. Для підтвердження цього зупинимося детальніше на ній, окремо розглядаючи кожного суб'єкта.

Засудженим як суб'єктом кримінально-процесуальних правовідносин є особа,

щодо якої постановлено обвинувальний вирок суду і визнано винною у вчиненні злочину (злочинів). Підставою для набуття такою особою статусу реабілітованої буде подальше скасування цього вироку або закриття справи за реабілітуючими підставами.

Кримінально-процесуальний кодекс України (далі — КПК) наводячи перелік підстав закриття кримінальної справи, поділу їх на реабілітуючі та не реабілітуючі не здійснює. Така класифікація популярна в юридичній літературі [6, 70; 8, 61]. Так, переважна більшість процесуалістів до реабілітуючих підстав закриття кримінальної справи відносять відсутність події злочину, відсутність в діянні складу злочину і недоведеність участі обвинуваченого у вчиненні злочину.

Необхідно пам'ятати, що реабілітованим може стати і особа, яка відбула покарання, а також і та, яка відповідно до ст. 74 Кримінального кодексу України (далі — КК) була звільнена від покарання і його відбування. Так, відповідно до ч. 7 ст. 400⁶ КПК, відбуття покарання або смерть засудженого не є перешкодою для перегляду справи в інтересах його реабілітації. За таких обставин, за наявності доказів, які підтверджують невинуватість особи, справа щодо неї відновлюється в порядку виключного провадження відповідно до гл. 32 КПК за правилами, встановленими для перегляду справ у касаційному порядку.

Набути статус реабілітованих можуть і такі суб'єкти як підозрюваний і обвинувачений. Підставою для цього є незаконне і необґрунтоване кримінальне переслідування, що оформляється винесенням постанови про закриття кримінальної справи за реабілітуючими підставами.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 43¹ КПК підозрюваним визнається: 1) особа, затримана по підозрінню у вчиненні злочину; 2) особа, до якої застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення її як обвинуваченого. За загальним правилом, винесення постанови про закриття кримінальної справи щодо неї за ре-

абілітуючими підставами, а саме за відсутності події злочину (п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК) та за відсутності в діянні складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК) — є підставами для реабілітації підозрюваного, таким чином і набуття ним статусу реабілітованого.

Відповідно до ч. 1 ст. 43 КПК, обвинуваченим є особа, щодо якої в установленому КПК порядку винесена постановою про притягнення як обвинуваченого. Така постановою виноситься, коли є досить доказів, які вказують на вчинення злочину нею (ст. 131 КПК). Підставою реабілітації такої особи буде постановою про закриття кримінальної справи щодо неї за реабілітуючими підставами, а саме за відсутності події злочину (п. 1 ч. 1 ст. 6 КПК), за відсутності в діянні складу злочину (п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК) і за недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину (п. 2 ст. 213 КПК).

Актуальним залишається і сьогодні питання про статус особи, щодо якої порушена кримінальна справа, але вона не затримана і запобіжний захід до неї не обрано. Відповідно до чинного законодавства така особа не може вважатись ні підозрюваною, ні обвинуваченою. Як зазначає О.В. Капліна, з цього приводу в юридичній літературі існує дві найпоширеніші позиції: перша — допитувати зазначених осіб як свідків, друга — надати їм статус підозрюваних [2, 127].

З першою точкою зору погодитись не можна, хоча на практиці такі випадки непоодинокі. За таких умов особа під страхом кримінальної відповідальності за відмову від давання показань (допит як свідка супроводжується його попередженням про таку кримінальну відповідальність) примушувалась би до давання показань стосовно самої себе. Значною мірою проблему розв'язує ст. 63 Конституції України та ст. 69¹ КПК, згідно з якими ніхто (в тому числі і свідок) не несе відповідальності за відмову від давання показань стосовно самого себе. Але як бути допитуваному стосовно показань щодо дій його співучасників? Чи вправі він відмовитись давати показання стосовно їх дій, якщо він допитується як свідок, на-

приклад, коли злочин вчинено групою осіб? Безумовно, якщо б він допитувався як підозрюваний, то вправі був би відмовитись від давання будь-яких показань взагалі. Але тут він допитується як свідок, бо не має статусу підозрюваного [10, 199]. Зрозуміло, що особу фактично вже підозрюють у вчиненні злочину (бо підставою для порушення кримінальної справи є достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину — ч. 2 ст. 94 КПК), але вона не може користуватись правами, направленними на захист від підозри, оскільки процесуальним статусом підозрюваного не наділена [2, 128].

Тому, вважаємо, що необхідно погодитись з тими науковцями, які пропонують з моменту винесення постанови про порушення кримінальної справи проти конкретної особи визнавати за нею статус підозрюваної.

Наступне питання, яке у зв'язку з цим необхідно вирішити — чи може особа, щодо якої порушена кримінальна справа, відповідно до сьогоднішніх реалій набути статус реабілітованої? На перший погляд, сам факт порушення кримінальної справи щодо особи не міг завдати їй значної шкоди чи обмежити в правах. Однак це не так. М.С. Строгович, розглядаючи проблему процесуального статусу особи, щодо якої порушена кримінальна справа, писав, що «ця особа не обвинувачена ..., тому що вона не була притягнута як обвинувачена й обвинувачення їй не пред'являлось; вона і не підозрювана, ... тому що не була затримана по підозрінню у вчиненні злочину і їй не обраний запобіжний захід, — однак про неї, як про ту, що «можливо» вчинила злочин, прямо сказано, записано в постанові про порушення кримінальної справи, вона зазначена в даній постанові, і це, звичайно, стосується її дуже близько й відчутно» [7, 12].

Тому, на наше переконання, дана категорія осіб також може набувати статус реабілітованих за тих самих підстав, що і підозрюваних.

Ще одним суб'єктом, який потребує нашої уваги, є підсудний. Відповідно до ч. 1

ст. 43 КПК, статус підсудного особа набуває після призначення справи до судового розгляду. Так, на стадії судового розгляду кримінальна справа може бути закрита за наявністю підстав, передбачених ст. 282 КПК. Підстави, які ми відносимо до реабілітуючих, в цій статті не називаються. І це цілком закономірно, оскільки сам законодавець у ч. 2 ст. 6 КПК вказав, що якщо обставини, зазначені в пунктах 1, 2 цієї статті (відповідно відсутність події злочину і відсутність в діянні складу злочину — реабілітуючі підстави) виявляються в стадії судового розгляду, то суд доводить розгляд справи до кінця і у випадках, передбачених пунктами 1 і 2 цієї статті, постановляє виправдувальний вирок. Отже, за наявності реабілітуючих підстав в стадії судового розгляду кримінальної справи, суд не вправі її закрити, а повинен постановити виправдувальний вирок. Це повністю відповідає і ч. 4 ст. 327 КПК, в якій наводиться вичерпний перелік випадків, за яких суд постановляє виправдувальний вирок. Саме він є підставою для реабілітації підсудного (виправданого) і набуття ним статусу реабілітованого.

Однак в даній стадії судового розгляду кримінальної справи може виникнути ситуація, коли прокурор відмовиться від підтримання державного обвинувачення в суді, якщо прийде до переконання, що дані судового слідства не підтверджують пред'явленого підсудному обвинувачення (ч. 3 ст. 264 КПК), а потерпілий не буде вимагати продовження розгляду справи. В такій ситуації, відповідно до ч. 2 ст. 282 КПК, суд своєю ухвалою (постановою) закриває справу. Насамперед, тут необхідно з'ясувати, які ж фактичні дані можуть слугувати підґрунтям для виникнення у прокурора переконання про непідтвердження обвинувачення. А.А. Павлишин з цього приводу зазначає, що різною думок у цьому аспекті серед вчених немає, і вони погоджуються в тому, що обвинувачення не підтверджується: 1) коли не встановлено події злочину; 2) коли в діянні підсудного немає складу злочину; 3) коли не до-

ведено участі підсудного у вчиненні злочину. А це відповідно до ч. 4 ст. 327 КПК є підставами для постановлення виправдувального вироку. На його думку, за таких обставин суд має не закривати кримінальну справу, а виносити виправдувальний вирок [4, 55—56].

Повністю погоджуючись з вищевказаним, вважаю, що ч. 2 ст. 282 КПК потребує корегування в даному контексті. За таких обставин справа підлягає не закриттю, а по ній має бути постановлений виправдувальний вирок.

Однак, поки таких змін не внесено в дану статтю, як бути із правом особи на реабілітацію, коли виникне така ситуація? На наше переконання, все-таки необхідно постановити про закриття кримінальної справи у зв'язку з відмовою прокурора від підтримання державного обвинувачення (якщо це підтримано потерпілим) відносити до підстав реабілітації. В такій ситуації підсудний зможе набути статус реабілітованого. Таке рішення нам видається правильним хоча б через те, що передумовами такої відмови є невстановлення події злочину, відсутність в діянні складу злочину або недоведеність участі підсудного у вчиненні злочину, що вже за своєю природою є реабілітуючими підставами.

Звичайно, якщо бути послідовними, то відповідно до презумпції невинуватості всі перераховані особи (крім тих, щодо яких мало місце засудження, навіть визнане згодом незаконним і необґрунтованим) і так вважаються невинуватими у вчиненні злочину. За таких обставин виникає запитання: для чого їх реабілітувати, якщо вони і так вважаються невинуватими, оскільки їхню вину може встановити лише суд обвинувальним вироком, що вступить у законну силу? Проте, на наше переконання, вони, потрапляючи в лещата кримінального переслідування, стикаються з важкими випробуваннями, які часто супроводжуються приниженнями їх гідності, в більшості випадків з обмеженням свободи (застосуванням заходів процесуального примусу, в тому числі

запобіжних заходів), втратою соціальної довіри і репутації, втратою роботи чи посади, погіршенням здоров'я, заподіянням значної матеріальної і моральної шкоди. Ці особи ніби випадають з правового поля, економічного, особистого і громадського життя як елементи, що не поділяють цінностей і моральних принципів суспільства [11, 61]. І нехай, для прикладу, щодо обвинуваченого громадянина Т. в ході досудового розслідування буде закрито кримінальну справу за реабілітуючою підставою, і він не може вважатись винуватим у вчиненні злочину відповідно до презумпції невинуватості — однак, хіба всі розуміють, що таке презумпція невинуватості? Ні, для більшості людей він так і залишиться тим, стосовно кого здійснювалося кримінальне переслідування.

Тому, враховуючи наведене, особа, щодо якої порушена кримінальна справа, підозрюваний, обвинувачений і підсудний також потребують офіційного визнання незаконності і необгрунтованості кримінального переслідування щодо них, якщо воно таким було, проте не з визнанням їхньої невинуватості у вчиненні злочину, як це відбувається у випадку з засудженим чи з особою, яка відбула кримінальне покарання, а з її підтвердженням.

Багато науковців сьогодні, зокрема М.В. Орлова, Д.В. Татянін до суб'єктів реабілітації відносять осіб, до яких застосовуються примусові заходи медичного характеру (далі — ПЗМХ), а підставою для цього служить скасування постанови про застосування ПЗМХ [3, 38—39; 9, 113—114]. Такий підхід ми знаходимо і в КПК низки пострадянських держав, зокрема КПК Російської Федерації (ч. 2 ст. 133), КПК Республіки Узбекистан (ч. 1 ст. 302) та інших. Також варто зазначити, що таку новелу підтримав і Проект КПК України (внесений народним депутатом В. Мойсиком та іншими, і зареєстрований у Верховній Раді України від 13 грудня 2007 р. за № 1233), який у ч. 5 ст. 617 вказує, що суб'єктами реабілітації може стати особа, до якої застосовані ПЗМХ.

Питання щодо даної категорії осіб через свою масштабність заслуговує на самостійне дослідження в рамках окремої статті. Однак ми все ж таки не можемо не зупинитись на цій проблемі.

З аналізу норм українського законодавства, ПЗМХ можуть застосовуватись:

1) до осіб, які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання;

2) до осіб, які вчинили злочин у стані обмеженої осудності;

3) до осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння, передбачене статтями КК, у стані неосудності.

Як відомо, кримінальній відповідальності підлягають особи, які вчинили злочин у стані осудності. Особи, які захворіли на психічну хворобу до постановлення вироку або під час відбування покарання, після свого одужання, за загальним правилом, теж підлягають кримінальній відповідальності (ст. 423 КПК).

Суб'єктом злочину визнаються і особи, які вчинили злочин в стані обмеженої осудності. Щодо них ведеться досудове розслідування, а також судовий розгляд справи, в якому суд вирішує подальшу їх долю. Найчастіше в таких ситуаціях, коли постановляється обвинувальний вирок, то при призначенні покарання особи враховують її психічний стан як пом'якшуючу покарання обставину з одночасним застосуванням до неї ПЗМХ у виді амбулаторної психіатричної допомоги за місцем відбування покарання або за місцем проживання, в залежності від призначеного покарання.

На наше переконання, якщо стосовно цих двох категорій осіб мало місце незаконне і необгрунтоване кримінальне переслідування або (та) засудження, і вони насправді не вчиняли інкримінований їм злочин, то вони, звичайно, мають набути статус реабілітованих.

Що ж стосується осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння в стані неосудності, то загалом підлягати реабілітації вони б не мали, оскільки суб'єктом

злочину не є, кримінальної відповідальності вони не несуть, та головне — самого злочину немає. Однак ці особи, потрапляючи в кримінальний процес, стають його учасником, після визнання їх неосудними суд застосовує до них певний вид ПЗМХ, звичайно де-юре в їх діях не може бути вини, однак де-факто, якщо б вони не були визнані неосудними, діяння, яке ними вчинене, називалося б злочином. А якщо під час лікування буде встановлено їх непричетність до вчиненого суспільно небезпечного діяння, що тоді? Хіба не заслуговує така людина на відновлення справедливості — на реабілітацію? На наш погляд, заслуговує. Однак, що стосується цієї ситуації, то мова буде йти не про реабілітацію в класичному її розумінні — де є, так би мовити, «невинуватість особи у вчиненні злочину», а про спеціальну — де все відбувається в

рамках кримінального процесу, але де не має злочину як такого.

Отже, з всього вищенаведеного можемо зробити наступний висновок. Набути статус реабілітованих в кримінальному процесі за наявності відповідних підстав і умов для цього можуть засуджений, що виявиться невинуватим у вчиненні злочину; особа, яка відбула покарання (також особи, передбачені ст. 74 КК); особа, щодо якої порушена кримінальна справа, підозрюваний, обвинувачений і підсудний та особи, до яких застосовуються ПЗМХ. Незважаючи на різницю в процесуальному становищі розглянутих суб'єктів, є дещо загальне, що їх об'єднує — в разі незаконності і необґрунтованості кримінального переслідування щодо них або (та) їх засудження всі вони мають підстави для набуття статусу реабілітованих в кримінальному процесі.

Список літератури:

1. *Безлепкин Б.Т.* Уголовный процесс России: учебное пособие / Б.Т. Безлепкин. — М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2004. — 480 с.
2. *Каплина О.В.* Проблемы реабилитации в уголовном процессе Украины : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / Каплина Оксана Владимировна. — Харьков, 1998. — 230 с.
3. *Орлова М.В.* Институт реабилитации в уголовном процессе : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / Орлова Марина Владимировна. — М., 2006. — 164 с.
4. *Павлишин А.А.* Відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення у суді / А.А. Павлишин // Прокуратура. Людина. Держава. — 2005. — № 2.
5. *Пастухов М.И.* Реабилитация невиновных : Основы правового института / М.И. Пастухов. — Минск : Изд-во «Университетское», 1993. — 176 с.
6. *Проказин Д.Л.* Реабилитация: основания условия и содержание в уголовном судопроизводстве : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / Проказин Дмитрий Леонидович. — М., 2006. — 191 с.
7. *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. — М.: Наука, 1970. — Т. 2. — 516 с.
8. *Тазиев Д.А.* Реабилитация на досудебном производстве по уголовным делам : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / Тазиев Денис Аусафович. — М., 2005. — 187 с.
9. *Татьянин Д.В.* Реабилитация в уголовном процессе России (понятие, виды, основания) / Д.В.Татьянин. — М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. — 144 с.
10. *Тертишник В.М.* Науково-практичний коментар до Кримінально-процесуального кодексу України / В.М. Тертишник. — К.: А. С. К., 2007. — 1056 с.
11. *Шумило М.Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України : монографія / М.Є. Шумило. — Харків : Арсіс, 2001. — 320 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена одному из важнейших вопросов института реабилитации Украины — определению круга субъектов, которые могут приобретать статус реабилитированных в уголовном процессе. Проанализированы имеющиеся научные взгляды относительно этой проблемы. Приводятся собственные предложения и выводы по ее решению.

SUMMARY

The article is devoted to one of the major questions of rehabilitation institute in Ukraine — to the determination of the circle of subjects who can acquire the legal status of the rehabilitated person in the criminal process. The available scientific views on this issue have been analyzed. There have been given suggestions and conclusions for the solution of this problem.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 05.03.10



І.Й. СНИГУР,
кандидат юридичних наук
(Головне науково-експертне
управління Апарату
Верховної Ради України)



О.В. МЕЛЬНИК,
кандидат юридичних наук,
доцент
(Головне науково-експертне
управління Апарату
Верховної Ради України)

ОБМЕЖЕННЯ НАУКОВОЇ ТА ВИКЛАДАЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ: АНАЛІЗ АНТИКОРУПЦІЙНИХ НОВЕЛ

Ключові слова: *корупція, попередження корупції, державні службовці.*

Нині не викликає сумніву той факт, що корупція становить серйозну перешкоду на шляху прогресивного розвитку українського суспільства. Адже за останніми даними Міжнародної правозахисної організації «Транспаренсі Інтернешенал» рівень корупції в Україні оцінено як найгірший серед 69 країн світу [19].

Як відомо, корупція — явище соціальне і багатоаспектне, тому масштаб проблеми потребує комплексного підходу до її розв'язання, дослідження проблем протидії та подолання корупції у всіх її проявах [21; 22]. Різні аспекти протидії корупції досліджували такі вітчизняні науковці, як Л.І. Аркуша, О.О. Дудоров, Д.Г. Заброта, М.І. Камлик, В.С. Лукомський, М.І. Мельник, Є.В. Невмержицький, С.С. Рогульський, О.В. Терещук, М.І. Хавронюк та інші. Чимало кроків на шляху подолання корупції зроблено вітчизняними законодавцями. В Україні вже тривалий час діє спеціальний закон [5], антикорупційні норми містяться також у законодавстві про державну службу. На роз-

гляді Верховної Ради України знаходяться проекти кількох базових законодавчих актів, спрямованих на врегулювання питань з розв'язання конфлікту інтересів на державній службі, формування правил етичної поведінки державних службовців, здійснення фінансового контролю за доходами та видатками осіб, уповноважених на виконання функцій держави тощо [9; 10; 11]. У 2009 р. Верховною Радою України було ухвалено низку законодавчих актів, які істотно змінили правове регулювання сфери протидії корупції. Зокрема, 11 червня 2009 р. прийнято Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» (далі — Закон № 1506-VI), який має стати базовим антикорупційним законом. Адже з введенням його в дію з 1 квітня 2010 р. втрачає чинність Закон України «Про боротьбу з корупцією».

Аналіз новітнього антикорупційного законодавства, зокрема і згаданого Закону № 1506-VI, дозволяє зробити висновок про непослідовність законодавців у питаннях протидії корупції та істотні прогалини і ко-

лізії у правовому регулюванні цієї сфери. Достатньо зауважити, що відносно Закону № 1506-VI лунають пропозиції щодо необхідності внесення до нього змін та навіть доцільності зупинення його дії [8; 12]. Закон № 1506-VI уже зазнав критики з боку вітчизняних юристів [20], а Пленум Верховного Суду України у своїй Постанові від 27 листопада 2009 р. [4] поставив під сумнів конституційність нових антикорупційних законів.

Не маючи можливості розглянути всі недоліки нового антикорупційного законодавства в межах цієї статті, зупинимося на деяких передбачених Законом № 1506-VI обмеженнях, що спрямовані на запобігання корупції, а саме: на обмеженні права державних службовців здійснювати наукову та викладацьку діяльність (п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону). Зауважимо, що наведені у статті міркування авторів цілком прийнятні для обґрунтування неправомірності обмеження інших видів діяльності, про які йдеться у п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону № 1506-VI (творчої діяльності, медичної практики тощо), що здійснюються не лише державними службовцями, але й іншими суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення.

У цій публікації автори ставлять за мету з'ясувати обґрунтованість та правомірність обмеження наукової та викладацької діяльності державних службовців як заходу запобігання корупції, передбаченого Законом № 1506-VI.

У зв'язку з поставленою метою висувуються наступні завдання: довести, що наукова та викладацька діяльність державних службовців не має корупційного характеру, а її обмеження суперечить конституційним приписам та порушує конституційні права громадян; обґрунтувати, що залучення державних службовців до наукової та викладацької діяльності забезпечує реалізацію такого базового принципу освіти, як інтеграція з наукою і виробництвом; запропонувати спосіб законодавчого врегулювання проблеми обмеження викладацької та наукової діяльності державних службовців.

Прийнятий Верховною Радою України Закон № 1506-VI мав на меті створення ефективної системи запобігання та протидії корупції в публічній і приватній сферах суспільних відносин. Серед іншого ним встановлено чимало обмежувальних заходів, спрямованих на запобігання та протидію корупції. Наприклад, п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону передбачає, що державним службовцям та іншим особам, уповноваженим на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування, забороняється займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту, що здійснюються в позаробочий час) безпосередньо або через інших осіб, якщо інше не передбачено законом.

Основне завдання обмежень, встановлених ст. 4 Закону, полягає у запобіганні конфлікту інтересів — державних (суспільних) та особистих (приватних). Умовою застосування попереджувальних заходів є юридичні презумпції, реальні припущення про можливість вчинення правопорушення тим чи іншим суб'єктом, стосовно якого такі заходи застосовуються [20, 86—87].

Незважаючи на те, що діяння, перераховані у ст. 4 Закону, визначаються лише як «обмеження, спрямовані на запобігання та протидію корупції» [13], Кодексом України про адміністративні правопорушення (ст. 212²⁴) передбачена адміністративна відповідальність осіб, визначених у п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону (особи, уповноважені на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування), за виконання роботи за сумісництвом (крім викладацької, наукової, творчої роботи або медичної практики у позаробочий час) [2]. Тобто виконання зазначених видів робіт у робочий час указаними суб'єктами визнається адміністративним правопорушенням. Крім того, такі особи не лише притягаються до адміністративної відповідальності на підставі згаданої вище статті Кодексу України про адміністративні правопорушення,

але й до дисциплінарної. Відповідно до ст. 19 Закону, яка регламентує особливості звільнення з роботи осіб, які вчинили корупційні правопорушення, згадані особи підлягають звільненню з відповідних посад у триденний строк з дня набрання рішенням суду законної сили, якщо інше не передбачено законом [13]. Отже, відповідно до положень Закону № 1506-VI порушення обмежень щодо виконання роботи за сумісництвом визнається корупційним правопорушенням, з чим не можемо погодитися.

Виходячи зі змісту ст. 1 Закону № 1506-VI, невід'ємною ознакою корупції є «використання особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних з цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди...» [13]. Проте за своєю природою *викладацька, наукова, творча діяльність* (незалежно від того, у робочий чи позаробочий час вона здійснюється) *не є корупційною*, оскільки при її здійсненні *не використовуються службові повноваження*.

Необхідно звернути увагу, що Конвенція ООН проти корупції 2003 р., на реалізацію положень якої спрямовано Закон № 1506-VI, не вимагає від державучасниць категоричної заборони виконувати будь-яку іншу роботу державними посадовими особами, а передбачає запровадження лише їх обов'язку надавати відповідним органам відомості про позаслужбову діяльність, заняття, інвестиції, активи та про суттєві дарунки або прибутки, у зв'язку з якими може виникнути конфлікт інтересів стосовно їхніх функцій як державних посадових осіб (ч. 5 ст. 8) [17].

У цьому контексті доречним буде зауважити, що законодавство інших країн у цілому передбачає адекватну зазначеній вище нормі практику. Наведемо для прикладу Чехію, де законодавець надав право державним службовцям займатися науковою, викладацькою, іншою творчою діяльністю та медичною практикою. Зокрема, у § 65 Закону Чехії «Про службу» цей перелік конкретизований і серед таких видів діяльності названо: педагогічну, викла-

дацьку, літературну, експертну, перекладацьку діяльність [18, 82].

Якщо розглянути як приклад трудові правовідносини між вищим навчальним закладом та державним службовцем, який займається викладацькою діяльністю у ньому, то, очевидно, що йдеться про реалізацію конституційних прав особи на працю та на свободу наукової творчості. Здійснення трудової діяльності передбачає не лише відповідного оформлення трудових правовідносин між працівником і власником або уповноваженим ним органом, але й отримання законної винагороди за виконану роботу. Дохід, який отримує державний службовець від наукової та викладацької діяльності, є законним, він підлягає щорічному декларуванню [15]. На даний час здійснення викладацької діяльності на безоплатній основі та без оформлення трудових відносин вітчизняним законодавством не дозволяється. Отже, передбачене п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону обмеження по суті позбавляє державних службовців можливості здійснювати викладацьку діяльність. Адже така діяльність обов'язково є оплатною, тому навіть за бажанням займатись нею безоплатно державний службовець не зможе цього зробити. Крім того, з цілком зрозумілих причин викладацька діяльність можлива лише у робочий час.

Конституція України закріплює право кожного на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (ч. 1 ст. 43). Відповідно до ч. 1 ст. 54 Основного Закону України громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності.

Стаття 64 Конституції України передбачає, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Крім того, при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних

законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ч. 3 ст. 22 Конституції України).

Аналіз низки конституційних норм дає підстави дійти висновку, що обмеження права на працю шляхом заборони поєднувати свою службову діяльність з іншою роботою (крім викладацької, наукової та творчої роботи) поширюється на досить вузьке коло осіб. При цьому, якщо народні депутати України та професійні судді можуть займатися викладацькою, науковою та творчою роботою в будь-який час, то члени Кабінету Міністрів України, керівники центральних та місцевих органів виконавчої влади — лише у позаробочий час (ч. 2 ст. 78, ч. 1 ст. 120, ч. 2 ст. 127 Конституції України). Абсолютна заборона займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю поширюється також на Президента України (ч. 4 ст. 103 Конституції України) [3].

Натомість аналіз Закону № 1506-VI (у співвідношенні з конституційними приписами) свідчить, що коло суб'єктів, на яких поширюється заборона поєднувати основну роботу з іншою діяльністю (викладацькою, науковою, творчою тощо) у робочий час, є необґрунтовано розширеним. Це не лише посадові особи органів державної влади і органів місцевого самоврядування, але також особи, зазначені у пунктах 1—3 ч. 1 ст. 2 (особи, уповноважені на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування; особи, які для цілей цього Закону прирівнюються до вищезазначених осіб; особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків в юридичних особах, а також фізичні особи — підприємці) [13].

Конституція України гарантує право кожного на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Підприємницька діяльність депутатів, посадових і службових осіб органів державної влади та органів

місцевого самоврядування обмежується законом (ч. 1 і 2 ст. 42 Конституції України). Необхідно зауважити, що обмеження, передбачені п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону № 1506-VI, поширюються на значно ширше коло осіб, а не лише посадових осіб органів державної влади і органів місцевого самоврядування. Зважаючи на те, що ч. 2 ст. 42 Конституції України конкретно визначає перелік осіб, щодо яких законом може бути встановлено обмеження права займатися підприємницькою діяльністю, розширення цього переліку не буде узгоджуватися з вищезгаданими приписами ч. 1 і 2 ст. 42, а також положенням ч. 3 ст. 22 Конституції України, за яким при прийнятті нових законів не допускається звуження обсягу існуючих прав і свобод [3].

Відповідно до ч. 2 ст. 8 Конституції України закони України та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України та повинні відповідати їй, тому ними не може бути встановлено обмежень, які не відповідають конституційним приписам [3].

Одним із базових принципів освіти, закріплених у чинному законодавстві, є інтеграція з наукою і виробництвом (ст. 6 Закону України «Про освіту») [16]. Зміст цього принципу конкретизується у Законі України «Про вищу освіту», відповідно до ч. 2 ст. 61 якого наукова і науково-технічна діяльність вищих навчальних закладів забезпечується через залучення до навчально-виховного процесу провідних учених і науковців, працівників вищих навчальних закладів та інших наукових установ і організацій [6]. Проте внаслідок реалізації приписів Закону № 1506-VI (у чинній редакції) навчальний процес не буде належним чином забезпечений кадрами.

Необхідно враховувати, що на сьогоднішній день значна кількість державних службовців, які мають наукові ступені кандидата та доктора наук, прийшли на державну службу з вищих навчальних закладів, наукових установ та організацій. З іншого боку, комплексне поєднання навичок викладацької, досвіду наукової діяль-

ності з набутими на державній службі фаховими знаннями сприяє налагодженню зворотного зв'язку відповідних закладів із висококваліфікованими кадрами, які займають посади в органах державної влади. Зрештою залучення таких фахівців помітно підвищує рівень підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації, забезпечує більш якісне надання цими закладами освітніх послуг, забезпечує реалізацію принципу зв'язку теорії з практикою. Не можна заперечувати користь від зазначених видів діяльності також і для самих державних службовців, які підвищуватимуть свою професійну кваліфікацію, що є одним з їх основних обов'язків (абз. 7 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про державну службу») [7].

Один із проектів, поданий на розгляд до Верховної Ради України, спрямований на внесення змін до ч. 2 ст. 4 Закону № 1506-VI, які скасовують обмеження здійснювати викладацьку, наукову та творчу діяльність посадовими особами органів державної влади і органів місцевого самоврядування виключно в позаробочий час. Проектом пропонується скасувати згадані обмеження в системі підвищення кваліфікації державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування [8].

Цілком підтримуємо автора цього законопроекту, оскільки після введення в дію Закону № 1506-VI організацію роботи вищих навчальних закладів істотно ускладнено. Адже значна кількість вищих навчальних закладів, які здійснюють перепідготовку та підвищення кваліфікації фахівців, орієнтована на залучення до навчального процесу науково-педагогічних кадрів з досвідом практичної роботи. Наприклад, згідно з Типовим положенням про організацію навчального процесу в Національній академії державного управління при Президенті України під час проведення державної атестації випускників НАДУ головами державних комісій з кожної спеціальності призначаються державні службовці (керівники Секретаріату Президента України, Секретаріату Кабінету

Міністрів України, керівники органів виконавчої влади, місцевого самоврядування або їх заступники (за згодою) [8].

Крім того, реалізація положень Закону № 1506-VI суттєво впливає на роботу спеціалізованих вчених рад для захисту дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора наук чи кандидата наук та експертних рад Вищої атестаційної комісії України, фактично створює перешкоди в їх функціонуванні. Адже на практиці склалася ситуація, коли до складу цих рад залучається досить значна кількість провідних науковців, які працюють на державній службі.

Разом із тим, запропонований у згаданому проекті спосіб законодавчого врегулювання проблеми обмеження викладацької та наукової діяльності державних службовців та інших суб'єктів не зможе вирішити проблему. По-перше, значно звужено коло суб'єктів (посадові особи органів державної влади і органів місцевого самоврядування), щодо яких пропонується скасувати заборону. По-друге, необґрунтовано звужена сфера діяльності, в якій пропонується скасувати обмеження (здійснення викладацької, наукової та творчої діяльності в системі підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування). Тому достатнім було б із п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону № 1506-VI виключити вказівку на те, що викладацька, наукова, творча діяльність здійснюється лише у «позаробочий час».

Необхідно акцентувати увагу на тому, що на сьогоднішній день трудовим законодавством України врегульоване питання поєднання державної служби з іншою оплачуваною роботою (науковою, викладацькою, творчою тощо). Зокрема, Кодексом законів про працю України закріплено право працівників, які працюють за сумісництвом, одержувати заробітну плату за фактично виконану роботу і уповноважено Кабінет Міністрів України визначати умови роботи за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій (ст. 102¹) [1; 14].

У чинному законодавстві України визначено перелік робіт, які не є сумісництвом. Передбачено, що усі працівники, крім основної роботи та роботи за сумісництвом, мають право виконувати такі роботи, які відповідно до чинного законодавства не є сумісництвом. Виконання переважної більшості робіт (наукової, викладацької, творчої) допускається в робочий час з дозволу керівника державного підприємства, установи, організації без утримання заробітної плати [14].

Натомість дозвіл здійснювати перераховані види діяльності виключно в позаробочий час фактично унеможливує реалізацію вказаної норми. Якщо окремі види наукової та творчої діяльності можуть здійснюватися у позаробочий час (наприклад, написання наукових праць), то це майже неможливо відносно викладацької діяльності, значна частина якої — це аудиторні заняття (лекційні, практичні, семінарські), що проводяться за розкладом у світлий час доби (крім занять на вечірній формі навчання). У свою чергу робочий день державного службовця триває з 9.00 до 18.00. Тому з 1 квітня 2010 р. (дата, коли Закон № 1506-VI вводиться в дію) залучення

практиків стало фактично неможливим, адже відповідні заклади значно обмежені у часі з урахуванням проведення навчальних занять, експертизи наукових досліджень тощо.

Отже, виходячи з викладеного вище, підсумуємо, що обмеження наукової та викладацької діяльності державних службовців, передбачені Законом № 1506-VI, є необґрунтованими та неправомірними, оскільки: 1) здійснення зазначених видів діяльності не може вважатися корупцією, адже не пов'язано з використанням наданих особі службових повноважень та не має на меті одержання неправомірної вигоди; 2) міжнародно-правові акти та законодавство зарубіжних країн не визнають корупційного характеру за викладацькою та науковою діяльністю (а також творчою та іншими видами діяльності, які належать до категорії так званих «вільних» професій); 3) запровадження передбачених п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону № 1506-VI обмежень призводить до фактичної заборони здійснювати наукову та викладацьку діяльність державними службовцями, що обмежує конституційні права громадян.

Список літератури:

1. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII: станом на 1 січня 2010 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X: станом на 8 грудня 2009 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1984. — № 51.
3. Конституція України від 28 червня 1996 р.: станом на 1 січня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
4. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 листопада 2009 р. № 13 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: Інформаційний сервер Верховного Суду України <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/831FFE6A36B8FFDCC2257682004F05DC?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=831FFE6A36B8FFDCC2257682004F05DC&Count=500> Про боротьбу з корупцією: Закон України від 5 жовтня 1995 р. № 356/95-ВР: станом на 11 березня 2007 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 34. — Ст. 266.
5. Про вищу освіту: Закон України від 17 січня 2002 р. № 2984-III: станом на 12 березня 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 20. — Ст. 134.
6. Про державну службу: Закон України від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII: станом на 22 травня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 52. — Ст. 490.

7. Проект Закону України «Про внесення змін до статті 4 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» від 26 листопада 2009 р. № 5379 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=36605
8. Проект Закону України «Про заходи державного фінансового контролю публічної служби» від 14 травня 2009 р. № 4472 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=35204
9. Проект Закону України «Про конфлікт інтересів у діяльності публічних службовців» від 29 квітня 2009 р. № 4420 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=35136
10. Проект Закону України «Про правила професійної етики на публічній службі та запобігання конфлікту інтересів» від 14 травня 2009 р. № 4420-1 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=35203
11. Проект Закону України «Про деякі питання запобігання та протидії корупції» від 17 грудня 2009 р. № 5398 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=36633
12. Про засади запобігання та протидії корупції: Закон України від 11 червня 2009 р. № 1506-VI: станом на 11 червня 2009 р. // Офіційний вісник України. — 2009. — № 53. — Ст. 1822.
13. Про затвердження Положення про умови роботи за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій: наказ Міністерства праці України від 28 червня 1993 р. № 43 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>
14. Про затвердження форми декларації про доходи, зобов'язання фінансового характеру та майновий стан державного службовця та особи, яка претендує на зайняття посади державного службовця: наказ Міністерства фінансів України від 6 березня 1997 р. № 58 // Офіційний вісник України. — 1997. — № 14. — Ст. 214.
15. Про освіту: Закон Верховної Ради УРСР від 23 травня 1991 р. № 1060-XII: станом на 11 червня 2008 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 34. — Ст. 451.
16. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 49. — Ст. 2048.
17. Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції: Закон України від 18 жовтня 2006 р. № 251-V // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 50. — Ст. 496.
18. Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / [за заг. ред. В.П. Тимошука, А.М. Школика]. — К.: Конус-Ю, 2007. — 735 с.
19. Рейтинг: в Україні найгірший показник корупції [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://5.ua/newsline/139/0/59942/>
20. *Серегина В.В.* Государственное принуждение по советскому праву / В.В. Серегина. — Воронеж: Из-во Воронежского ун-та, 1991. — 120 с.
21. *Хавронюк Н.* Антикоррупция: «Как ни складывай детали — всё выходит пулемёт» / Н. Хавронюк // Юридическая практика. — 15 декабря 2009 года. — № 50(625).

РЕЗЮМЕ

В публикации анализируются антикоррупционные новеллы, направленные на ограничение научной и преподавательской деятельности государственных служащих. Обосновывается тезис, что указанные виды деятельности не имеют коррупционного характера, а их ограничения противоречат нормам Конституции Украины.

SUMMARY

Anti-corruption novels directed to limitation or scientific and teaching activities of government officials are analyzed in the publication. A point that abovementioned activities are not of corruption nature and their limitation contradicts the norms of the Constitution of Ukraine is substantiated.

*Рекомендовано кафедрою
теорії та історії
держави і права*

Подано 06.01.10



С.К. ГРЕЧАНЮК,
кандидат юридичних наук
(Чернігівський державний педагогічний
університет ім. Т.Г. Шевченка)

ОРГАНІЗАЦІЯ ВЗАЄМОДІЇ УСТАНОВ ДЕРЖАВНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ З ЗАСОБАМИ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Ключові слова: кримінально-виконавча служба, засоби масової інформації, взаємодія.

Питання інформаційного забезпечення певних суспільних відносин є об'єктом досліджень як українських, так і зарубіжних вчених. Зокрема, різні аспекти інформаційних відносин досліджені у дисертаціях І.В. Арістової, Б.А. Кормича, О.Г. Фролової, О.В. Кохановської, Ю.Є. Максименко, Н.В. Кушакової, О.В. Олійника, Є.В. Петрова, А.В. Пазюка, Д.Я. Семир'янова, Ю.В. Стеценка, О.О. Кулініч, Н.Б. Новицької, О.В. Логінова, Ю.П. Бурило, І.С. Стаценко-Сургучової, Ю.О. Легези, О.В. Нестеренко, О.В. Сирового та ін. Проте засади використання інформаційних технологій в діяльності органів та установ Державної кримінально-виконавчої служби України та взаємодії зазначених органів й установ із засобами масової інформації в Україні не досліджувалися. Тому актуальним, на наш погляд, є дослідження організаційних засад взаємодії органів та установ Державної кримінально-виконавчої служби України (далі — ДКВС) із засобами масової інформації (далі — ЗМІ).

Метою статті є дослідження окремих засад взаємодії органів та установ ДКВС із засобами масової інформації щодо інформування громадськості про реальний стан у сфері виконання кримінальних покарань

та формування на основі цього відповідного іміджу органів та установ зазначеної служби.

Масова інформація є одним з основних об'єктів інформаційно-правових відносин, що існують між суб'єктами інформаційного права, тобто конкретними індивідами, організаціями, органами, групами осіб, які беруть участь у процесі виготовлення, поширення, споживання й використання інформації і які наділені відповідними правами та обов'язками щодо цих інформаційних відносин.

З урахуванням зазначеного, інформацію у контексті діяльності ЗМІ можна визначити як зібрані або отримані будь-яким законним способом автором або колективом авторів відомості та повідомлення, які систематизовані та оброблені певним чином. Вони являють собою продукт інтелектуальної творчої діяльності, представлений в об'єктивній формі на матеріальному носії або в базі даних і відображає розмаїтість процесів у житті суспільства, держави й кожного його члена з метою подальшого його використання та (або) споживання.

Слід погодитися з Б.А. Кормичем у тому, що суспільне використання інформації передбачає наявність певних природних

та соціальних правил і законів, за якими інформація переміщується від одного індивіда до іншого. Останнє дозволяє говорити про таке явище як суспільний обіг інформації, що охоплює будь-яку інформацію, яка є оприлюдненою для суспільного використання і передається від однієї особи до іншої. Цей обіг інформації регулюється як правовими, так і моральними нормами.

Окремо існує правовий обіг інформації, який охоплює лише ту частину суспільного обігу інформації, відносини щодо організації та передачі якої врегульовані правовими нормами. Таким чином, лише та інформація, що передбачена законодавством, а також суспільні відносини, що виникають з приводу збору, обробки, зберігання та розповсюдження такої інформації, можуть виступати предметом інформаційної безпеки [1, 378].

Серед різних державних та громадських інституцій (органів влади, громадських об'єднань та ін.) значна роль у формуванні демократичного устрою та вільного громадянського суспільства традиційно відводиться ЗМІ. На нашу думку, діяльність ЗМІ безпосередньо пов'язана зі свободою масової інформації, яка означає вільне (безперешкодне) поширення через зазначені засоби будь-якої інформації, крім тієї, яка заборонена законом до оприлюднення та поширення (зокрема, конфіденційної, а також яка містить відомості, що становлять державну таємницю, тощо), відбиття в цій інформації плюралізму, а також заборона цензури.

У сучасних умовах актуальним та досить ефективним засобом реалізації прав та свобод людини і громадянина є інформаційне забезпечення різних сфер діяльності. Це пов'язано з тим, що без належного інформаційного забезпечення в сучасних умовах стає неможливим або малоефективним вирішення будь-яких соціальних питань, а тим більше на загальнодержавному рівні [5, 14—15], тобто вільне масове поширення інформації є основою діючого захисту прав і свобод людини, адже тільки таким чином буде сформована гро-

мадська думка, яка буде адекватною подіям, що відбуваються, і відповідно буде сформована можливість реально впливати на саме суспільство й державну владу.

Взаємодію в кримінально-виконавчій системі, на думку Ю.О. Чайки, можна визначити як спільну діяльність елементів системи, що займають рівноправне положення, спрямовану на вирішення загальних завдань [3, 443].

Щодо органів та установ ДКВС та ЗМІ, то взаємодія означає об'єктивно існуючі взаємозв'язки, які проявляються в процесі їхнього взаємовпливу та використання можливостей один одного для досягнення власних та суспільних цілей цих систем. У наведеному визначенні взаємодія розглядається виходячи з спільної діяльності та спільності цілей. Важливою умовою здійснення взаємодії органів та установ ДКВС та ЗМІ є погодженість дій її всіх суб'єктів у часі. Кожний з зазначених суб'єктів повинен чітко розуміти відведену йому роль у взаємодії і вчасно включитися в діяльність іншого.

Взаємодія є однією з функцій управління, організаційною технологією. У даному контексті технологія з позиції структурно-логічного аналізу включає суб'єктів, мету взаємодії, механізм реалізації.

Взаємодія органів та установ ДКВС із ЗМІ недостатньо регламентована правом. Крім того, спрямованість взаємодії багато в чому визначається цілями взаємодії органів та установ ДКВС та ЗМІ, оскільки вони належать до різних соціальних інститутів. Результативність взаємодії багато в чому залежить від діяльності осіб, які організують взаємодію. Взаємодія органів та установ ДКВС та ЗМІ повинна здійснюватися відповідно до приписів законів і підзаконних нормативних актів, що регулюють як спільну діяльність, так і порядок функціонування кожного із суб'єктів окремо, а також в умовах чіткого розмежування компетенції взаємодіючих органів.

Форми взаємодії можна поділити на форми організації взаємодії та форми її

здійснення. Форми організації взаємодії визначають, яким чином узгоджуються дії, які необхідні для суб'єктів на даному етапі, а форми здійснення взаємодії — яким чином його учасники вирішують свої завдання. Ділові зв'язки та взаємодія припускають взаємний обмін інформацією, узгодження окремих заходів, спільне планування й реалізацію намічених заходів.

Організацію взаємодії можна визначити як управлінську діяльність, спрямовану на організацію функціонування взаємодіючих суб'єктів, узгодження та об'єднання спільних зусиль і можливостей, використання переваг спільної діяльності з метою найбільш успішного вирішення загальних завдань.

У межах своєї компетенції органи та установи ДКВС та ЗМІ є самостійними і мають можливість приймати будь-які рішення, пов'язані з реалізацією власних повноважень. Однак у процесі взаємодії вони не повинні обмежувати ініціативу один одного. Компетенція дозволяє забезпечувати законність процесу взаємодії, дає можливість суб'єктам правовідносин орієнтуватися в повноваженнях під час організації взаємодії [4].

На підставі викладеного можна стверджувати, що взаємодія органів та установ ДКВС та ЗМІ — це спільна, погоджена за цілями (завданнями), місцем і часом діяльність персоналу органів та установ ДКВС та ЗМІ щодо можливості комплексного використання ними всіх наданих засобів в інтересах всіх учасників взаємодії.

Роль засобів масової інформації в суспільстві багатопланова. Співробітництво та взаємодія із ЗМІ є фактично пріоритетним напрямом діяльності всіх органів державної влади та громадських формувань у демократичній державі. Повною мірою це відноситься і органів та установ ДКВС, які майже всю історію своєї діяльності залишалися закритими для суспільства.

ЗМІ стали реальною владою, безпосереднім елементом демократії, значення якого не поступається ролі діяльності інших галузей державної влади. Нові мож-

ливості відкриваються перед ЗМІ у зв'язку із глобалізацією інформаційної системи та переходом до інформаційного суспільства. Інформаційно-комунікаційні технології радикально змінять місцеві національні та глобальні соціально-економічні й політичні інститути [2, 31].

Аналіз публікацій і відеорепортажів у національній і закордонній пресі показав, що поступовий перехід кримінально-виконавчої системи під юрисдикцію Міністерства юстиції України є важливим етапом реформування системи як складової частини реформи кримінальної юстиції держави. На погляд більшості фахівців, які відстоюють позицію необхідності такого зміни статусу, ця міра дозволила забезпечити більш високі гарантії дотримання законності й прав людини в місцях позбавлення волі. Таким чином, кримінально-виконавча система набуває статусу, який повністю відповідає стандартам західноєвропейських країн. Реформування кримінально-виконавчої системи України безпосередньо пов'язане з лібералізацією каральної політики держави, включаючи удосконалювання діяльності ЗМІ в цій сфері.

Реформування кримінально-виконавчої системи варто розглядати як складову частину удосконалення, що передбачає зміну у бік поліпшення діяльності системи, підвищення ефективності та дієвості реалізації цілей і завдань, поставлених перед установами та органами кримінально-виконавчої системи не тільки в правовій сфері, але й соціально-економічної, педагогічній, науковій. Відкритість кримінально-виконавчої системи для громадського контролю дає можливість залучення до діяльності ЗМІ більшої кількості інституцій. Тому сукупність прийнятих заходів приводить до зміни внутрішньої сутності та ідеології діяльності установ та органів ДКВС, їхньої переорієнтації в центри соціальної реабілітації та у зв'язку із цим підвищення значимості системи виконання покарань для нормального життя суспільства.

Результати дослідження свідчать, що

основним джерелом відомостей для громадськості про діяльність установ й органів ДКВС, про саму кримінально-виконавчу систему і проведення кримінально-виконавчої політики держави є повідомлення ЗМІ. Можливості преси, радіо, телебачення, мережі Інтернет багато в чому визначаються характером й обсягом інформації, зокрема, про застосування покарань, умов відбування покарань, призначених судом, діяльності установ виконання покарань, про стан соціальної захищеності персоналу ДКВС. Вони повинні мати доступ до інформації про діяльність системи установ й органів виконання покарань, за винятком тих випадків, коли це не допускається нормами права, порушує основні права і законні інтереси громадян. Тим більше, що право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб — на свій вибір передбачено Конституцією України (ч. 2 ст. 34).

Слід зазначити, що інформація може поширюватися через центральні засоби масової інформації; центральні друковані засоби масової інформації; центральні електронні аудіозасоби масової інформації; центральні відеоресурси масової інформації; засоби друкованої інформації різних відомств; електронні мережі масової комунікації Інтернет; регіональні засоби масової інформації; засоби друкованої інформації, телебачення в територіальних органах ДКВС (внутрішньовідомчі засоби масової інформації).

До внутрішньовідомчих необхідно віднести в першу чергу багатотиражну газету «Закон і обов'язок». Її діяльність спрямована на інформування громади про сучасний стан та перспективи реформування діяльності системи органів та установ ДКВС, реалізацію принципів удосконалення кримінально-виконавчої системи, каральної політики держави шляхом реалізації її основних принципів у діяльності органів та установ ДКВС, забезпечення безпеки життєдіяльності суспільства й окремих його членів, стабілізації взаємо-

дії управлінських структур всіх підрозділів кримінально-виконавчої системи України з органами влади, громадськими організаціями та релігійними конфесіями. Ця діяльність зводиться до наступного:

- формування позитивної громадської думки про діяльність органів та установ ДКВС України;
- своєчасного й об'єктивного інформування української та закордонної громадськості, а також самого персоналу про роботу органів та установ ДКВС, їх службову діяльність та важливі події у повсякденному житті;
- надання методичної та інформаційної допомоги ЗМІ територіальних органів ДКВС (у разі наявності останніх);
- моніторингу опублікованих у пресі відомостей і матеріалів з проблематики функціонування кримінально-виконавчої системи, публікації в разі необхідності спростувань недостовірної або неправдивої інформації;
- участі ЗМІ в організації і підтримці інформаційних проєктів, у яких поєднуються інтереси ДКВС та широкої аудиторії;
- участі у підготовці та виданні різноманітної інформаційно-презентаційної продукції (починаючи від прес-релізів і до виготовлення спеціальних брошур, що сприяють підвищенню позитивного іміджу кримінально-виконавчої системи України);
- участі в удосконаленні виховної роботи із засудженими;
- участі друкованих та електронних громадських та відомчих засобів масової інформації в удосконаленні правового регулювання виконання покарань.

Підсумовуючи, можна зазначити, що під удосконалюючим впливом на кримінально-виконавчу систему України з позицій організації взаємодії ЗМІ з ор-

ганами та установами ДКВС, на наш погляд, необхідно розуміти будь-які дії відповідного персоналу друкованих, радіо- та відеоресурсів масової інформації, які, об'єктивно відображаючи позитивні зрушення, що відбуваються в діяльності органів та установ ДКВС, і зміни, що сприяють боротьбі з найбільш актуальною про-

блемою сучасного суспільства — злочинністю, криміналізацією й правовим нігілізмом, впливають на формування в громадській свідомості об'єктивного та позитивного іміджу ДКВС України, зміцнення її позицій як ефективної складової правоохоронної системи України.

Список літератури:

1. *Кормич Б.А.* Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України: дис... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Б.А. Кормич. — Одеса: Одеська національна юридична академія, 2004. — 428 с.
2. *Лукашук И.И.* Глобализация, государство, право, XXI век / И.И. Лукашук. — М.: Спарк, 2000. — 280 с.
3. Организация управления в уголовно-исполнительной системе: учебник: В 3 т. / [под общ. ред. Ю.А. Чайки]. — Рязань: Академия права и управления Минюста России, 2002.
4. *Пронина В.* Совершенствование законодательства о центральных органах управления / В. Пронина // *Хозяйство и право.* — 1993. — № 5.
5. *Стеценко Ю.В.* Науково-методичні засади використання засобів масової інформації при розслідуванні злочинів: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Ю.В. Стеценко. — К.: Національна академія внутрішніх справ України, 2006 — 236 с.

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена комплексному исследованию организационно-правовых основ взаимодействия органов и учреждений Государственной уголовно-исполнительной службы Украины со средствами массовой информации.

SUMMARY

The article is devoted to complex research of organizationally legal bases of interaction of organs and establishments of Government criminally-executive service of Ukraine with mass medias.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 08.02.10

С.М. ДОВГАНЧУК
(Запорізький національний університет)
(Науковий керівник доктор історичних наук
С.М. Тимченко)

ПРИНЦИП САМОВРЯДУВАННЯ ТРЕТЕЙСЬКИХ СУДДІВ В УКРАЇНІ

Ключові слова: третейський суд, принцип самоврядування, третейський розгляд, захист прав.

Постановка проблеми та її зв'язок із важливими практичними завданнями. Формування демократичних засад у механізмі функціонування громадянського суспільства не може відбуватись без цілеспрямованого використання кожного інструменту захисту прав та свобод громадян. Одним з таких інструментів є третейський розгляд спорів. Третейський розгляд спорів як інститут вирішення суспільних конфліктів визначається перш за все принципами, на яких він ґрунтується. Принципи вітчизняного третейського розгляду закладені перш за все в ст. 4 Закону України «Про третейські суди» (в подальшому — Закон), серед яких присутній принцип самоврядування третейських суддів. Даний принцип є новим для вітчизняної третейської практики, бо він передбачає не позитивістський підхід до організації діяльності третейських суддів, а створення передумов до поширення демократичних засад у діяльності корпусу третейських суддів. Чи можна ототожнити два принципи: принцип самоврядування третейських суддів та принцип суддівського самоуправління на теоретичному рівні? Очевидною є необхідність чіткого визначення механізму функціонування даного принципу з метою підвищення ефектив-

ності використання інституту третейського розгляду на практиці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сучасні умови суспільного життя вимагають все більшої уваги до повноти реалізації громадянських прав та свобод, можливості їх конституційного захисту. У більшості наукових досліджень і публікацій висвітлюються питання самоврядування третейських судів у загальних або суто практичних аспектах без належного аналізу. Певні аспекти принципу самоврядування третейських суддів розглянуті у дисертації Ю.П. Притики — «Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді». Даному питанню було приділено увагу з боку Конституційного суду України, про що винесено його відповідне рішення. Також це питання досліджували П.В. Куфтирев, В.П. Самохвалов, В.І. Нагнибіда. Останній серед українських правознавців найбільш ґрунтовно підійшов до питання самоврядування третейських суддів, ним в загальному вигляді визначено основні ознаки, які притаманні даному принципу в третейському розгляді у вітчизняній правовій науці. Однак цей принцип ще вимагає ґрунтовного та детального аналізу.

Мета дослідження. У практиці третейського розгляду такий важливий напрям

забезпечення дотримання прав та свобод громадян, як самоврядування третейських суддів, є мало дослідженим. Концепція діючого закону України «Про третейські суди» є такою, що надає третейським суддям досить широкі можливості для належної самоорганізації у діяльності третейських судів. Метою цього дослідження є вироблення пропозицій щодо підвищення ефективності використання принципу самоврядування третейських суддів у практичній діяльності вітчизняних третейських судів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Принцип самоврядування суддів третейських судів закріплено у пункті 9 ст. 4 Закону України «Про третейські суди» [4]. У вказаному Законі розвитку положень даного принципу відведено восьмий розділ, який відповідно має назву «Самоврядування третейських суддів» і включає в себе дві статті — 58 та 59. Дія даного принципу розповсюджується лише на суддів постійно діючих третейських судів.

Будь-яке самоврядування передовсім передбачає спільну працю всього колективу, тобто самоврядування — це певна міра колективізму. Тому третейське самоврядування самим своїм існуванням спрямовується перш за все на здійснення об'єднувальної, згуртовуючої складової для всієї консорції та для кожного індивідууму.

П.В. Куфтирев визначає суть принципу самоврядування в «тому, що третейські суди здійснюють свою діяльність на засадах самоврядування з метою представництва й захисту власних інтересів» [5].

Для порівняльного аналізу відзначимо, що Закон Російської Федерації «Про третейські суди у Російській Федерації» [3] та Закон республіки Казахстан «Про третейські суди» [2] взагалі не мають у своєму змісті не тільки принципу, але й такого поняття як самоврядування третейських суддів. Не містяться аналогічні положення також і у відповідних законах Киргизької Республіки та Латвії. Аналогічна організація, яка опікується питаннями самоврядування

третейських суддів, функціонує у США та Австралії, — Американська асоціація третейських судів та Австралійська асоціація з вирішення спорів. Тому, на думку автора, вітчизняний Закон значно виграє у даному відношенні при порівнянні з аналогічними законами зазначених країн.

П.В. Куфтирев висунув думку, що принцип самоврядування третейських суддів слід віднести не до принципів організації та діяльності третейського суду, як це виписано у діючому Законі, а до гарантій, які є умовою реалізації принципів діяльності третейського суду й третейських суддів, але не є самим принципом [5].

Таким чином, законодавець публічно визнає особливість статусу третейських суддів та встановлює необхідність забезпечення дотримання прав та інтересів третейських суддів у суспільстві. Одночасно законодавець також розширив соціально-правові можливості третейських суддів з організації управління постійно діючими третейськими судами, встановив та визнав механізм самоконтролю за дотриманням законності у професійній діяльності даної категорії фізичних осіб.

Визначення поняття «третейського самоврядування» або «самоврядування третейських суддів» у вітчизняному Законі не наведено, що є передумовою неоднозначності тлумачення як теоретиками так і практиками третейського розгляду. Проте в Законі визначено мету третейського самоврядування — представництво та захист інтересів третейських суддів постійно діючих третейських судів (абзац перший ст. 58). В.П. Самохвалов дає наступне визначення поняття «третейського самоврядування» — це самостійне колективне вирішення третейськими суддями питань внутрішньої діяльності постійно діючих третейських судів [8].

Вищим органом третейського самоврядування визначається Всеукраїнський з'їзд третейських суддів, який у свою чергу обирає Третейську палату України. Таким чином, відбувається делегування повноважень від з'їзду третейських суддів Тре-

тейській палаті України. Основні повноваження Третейської палати визначені у ст. 58 Закону України «Про третейські суди» — це постійно діючий орган третейського самоврядування, який представляє та захищає соціальні і професійні права та інтереси третейських суддів і третейських судів, здійснює методичну та видавничу роботу, аналізує практику правозастосування третейських судів та інше [4]. Більш детально повноваження Третейської палати визначаються Положенням про Третейську палату України, що затверджується Всеукраїнським з'їздом третейських суддів. Закон не передбачає державної реєстрації Третейської палати України, внаслідок чого даний орган не має статусу юридичної особи, та відповідно Третейська палата України не може скористатись тими правами та повноваженнями, які надаються чинним законодавством України юридичній особі, внаслідок чого слід визнати, що дана обставина є такою, що обмежує як права представницького органу, так і його учасників.

У Положенні про Третейську палату України визначено, що даний орган є постійно діючим органом третейського самоврядування, який покликаний представляти і захищати інтереси соціального та професійного характеру як третейських судів, так і третейських суддів на території України і за кордоном при здійсненні співробітництва з міжнародними третейськими інституціями та третейськими судами інших країн.

Той факт, що Третейській палаті України не притаманні риси громадської організації, не дає змоги віднести її до добровільного громадського формування. Не до кінця визначеним є питання щодо сили актів, які приймаються Третейською палатою України. Закон України «Про третейські суди», який і передбачає існування та функціонування такого органу як Третейська палата України, не визначає чітко, які повноваження надаються цьому органу та якими є межі його компетенції. Подібна ситуація спостерігається і щодо Всеукраїнського з'їзду третейських суддів. Діюче за-

конодавство не дає чіткої відповіді, на кого та якою мірою розповсюджуються рішення Всеукраїнського з'їзду третейських суддів, яким є механізм відповідальності за недотримання чи невиконання цих рішень. Деякі правознавці дотримуються думки, що рішення з'їзду є обов'язковими для всіх третейських суддів та судів, а рішення Ради Третейської палати є обов'язковими для всіх членів палати. Проте вони не наводять при цьому нормативних посилань, які б дозволили підтвердити дану думку.

З іншого боку, якщо Всеукраїнський з'їзд третейських суддів та Третейська палата України є органами самоврядування, то не зрозуміло, чи розповсюджуються їх рішення на суддів постійно діючого третейського суду, які не брали участі у їх роботі та не є або не вважають себе такими, що приєдналися до спільноти третейських суддів. Адже законом не передбачено обов'язкове підпорядкування третейських суддів певному органу самоврядування.

Третейське самоврядування є не тільки способом захисту інтересів третейських суддів, а є також й інструментом, який покликаний розвивати демократичні засади у середовищі третейських суддів. Саме демократизм повинен бути вирішальною складовою при функціонуванні інститутів третейського самоврядування — Всеукраїнського з'їзду третейських суддів, Третейської палати України, всіх її комісій та інших органів.

Третейське самоврядування спрямоване також на підвищення впливу корпусу третейських суддів на законодавчу діяльність та на вироблення уніфікованих рекомендацій для відправлення в Україні третейського розгляду. Суттєва роль також покладається на третейське самоврядування при виробленні та реалізації заходів, спрямованих на захист від посягань на діяльність третейських суддів.

Одночасне сумісне існування кількох системних механізмів контролю за здійсненням третейського розгляду: державний контроль та третейське самоврядування може дозволити відкоригувати всю

систему важелів впливу щодо уникнення зловживань у цій сфері. Даний загальний механізм неминуче буде впливати на поведінку кожного третейського судді та упереджувати недоліки у всій системі третейського вирішення справ.

На жаль, складно відзначити якісь певні здобутки за період існування Третейської палати України у питаннях соціального захисту прав та інтересів третейських суддів. Вбачається, що з часом даний напрям діяльності Третейської палати України набере більшої актуальності.

Логічно надавати органам третейського самоврядування можливість здійснювати діяльність не тільки певного просвітницького та методичного характеру, але і здійснення представницьких функцій у судових органах під час розгляду справ, які мають відношення до третейського розгляду справ.

Вищий господарський суд України висловив своє бачення суті та значення вітчизняного третейського самоврядування: «Слід мати на увазі, що за змістом наведених норм Закону України «Про третейські суди» Третейську палату України не наділено владними або контрольними повноваженнями, які надавали б їй можливість усувати виявлені господарськими судами недоліки та порушення у діяльності третейських судів, у тому числі і постійно діючих» [1]. До повноважень Третейської палати не входить можливість будь-яким способом впливу на практичну діяльність третейських судів при розгляді конкретного спору

В.І. Нагнибіда відзначає, що «третейське самоврядування не є тотожним суддівському самоврядуванню, оскільки третейські суди не входять до системи судів загальної юрисдикції, а третейські судді не наділені статусом професійних суддів» [6].

Конституційний суд України відзначив, що однією з форм громадського самоврядування, яким є, наприклад, громадське

самоврядування в територіальних громадах, самоврядування в освіті та самоврядування у вищій школі, є третейське самоврядування [7]. Третейське самоврядування, як одна з форм громадського самоврядування слугує самоорганізації третейських суддів постійно діючих третейських судів, тоді як суддівське самоврядування належить до системи конституційного устрою держави (частина друга ст. 130 Конституції України) і є формою самоорганізації професійних суддів. Це є головною відмінністю між двома видами самоврядування — третейських суддів та державних суддів.

Висновки. З огляду на вищевикладене, доцільно визначити чітко правовий статус органу самоврядування третейських суддів з його закріпленням у чинному Законі України «Про третейські суди». Такий орган як Третейська палата України повинна бути не стільки статистом, скільки локомотивом при вирішенні питань формування практики розгляду третейських спорів. З врахуванням цього, пропонується статтю 58 Закону України «Про третейські суди» доповнити абзацом сьомим наступного змісту: «Третейська палата України є юридичною особою та має свою печатку».

Крім того, слід надати Третейській палаті повноваження щодо попереднього узгодження або обговорення проєктів законодавчих актів, які приймаються Верховною Радою України, та актів, що приймаються іншими центральними органами держави, які в подальшому суттєво впливають на загальнонаціональну практику третейських судів. З врахуванням цього, пропонується статтю 58 Закону України «Про третейські суди» доповнити абзацом восьмим наступного змісту: «Третейська палата України є погоджувальним органом при підготовці законопроєктів щодо регулювання діяльності третейських судів в Україні».

Список літератури:

1. Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про третейські суди» (щодо винесення та надсилання окремих ухвал господарського суду) від 12 березня 2008 р. № 01-8/118. ; див. Науково-практичний коментар Закон України «Про третейські суди» / за ред. Ю.В. Білоусова та П.В. Куфтирева — К.: Правова єдність, 2008.
2. Закон республіки Казахстан от 28 декабря 2004 г. № 22 «О третейских судах» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.spbarbitr.ru>
3. Закон РФ от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.spbarbitr.ru>
4. Закон України «Про третейські суди» від 11 травня 2004 р. № 1701-IV // Відомості Верховної Ради. — 2004. — № 35. — Ст. 412.
5. *Куфтирев П.В.* Науково-практичний коментар Закону України «Про третейські суди» / П.В. Куфтирев [за ред. Ю.В. Білоусова та П.В. Куфтирева]. — К.: Правова єдність, 2008.
6. *Нагнибіда В.І.* Науково-практичний коментар Закону України «Про третейські суди» / Нагнибіда В.І. [за ред. Ю.В. Білоусова та П.В. Куфтирева]. — К.: Правова єдність, 2008.
7. Рішення Конституційного суду України від 10 січня 2008 р. по справі № 1-3/2008. [Див. Науково-практичний коментар Закон України „Про третейські суди»] / [за ред. Ю.В. Білоусова та П.В. Куфтирева]. — К.: Правова єдність, 2008.
8. *Самохвалов В.П.* Третейське самоврядування (<http://www.arbitrationchamber.org.ua>) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.t-syd.org.ua/uk/links/24.html>.

РЕЗЮМЕ

В статье исследуются место и роль принципа самоуправления в среде третейских судей, его влияние на формирование практики рассмотрения третейских споров, освещается теоретическое состояние вопроса самоуправления третейских судей в Украине, влияние развития данного принципа на эффективность системы защиты прав и свобод граждан.

SUMMARY

The article considers place and role of self-government principle among adjudicators, its influence upon development of practice of dispute consideration by arbitration courts, it also reviews theoretical views upon self-government of adjudicators in Ukraine, influence of this principle development upon effective system of protection of civil rights and liberties.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 18.03.10



А.О. МАЛЯРЕНКО,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент О.С. Захарова)

ПОНЯТТЯ І СУТНІСТЬ ПРИЛЮДНОГО ПРОГОЛОШЕННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ В СВІТЛІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Ключові слова: проголошення судового рішення, публічність судового рішення, електронний реєстр судових рішень.

«Рішення суду проголошується прилюдно, крім випадків, коли розгляд провадився у закритому судовому засіданні», закріплено в п. 9 ст. 6 Цивільного процесуального кодексу України 2004 року (далі — ЦПК) [19]. Зміст вказаного поняття «проголошується прилюдно» розшифровується більшістю українських науковців як зачитування тексту прийнятого рішення (або лише вступної та резолютивної частини) учасникам процесу та присутнім у залі судового засідання. Якщо такі особи відсутні, наприклад, не дочекалися, рішення вважається проголошеним [9, 29].

Вказане положення ЦПК є аналогічним до положення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі — Конвенція), яким встановлено непорушне правило, згідно з яким «судове рішення проголошується публічно...» [11]. Необхідно відмітити, що рішеннями Європейського Суду з прав людини (далі — Суд) як органу, що безпосередньо здійснює тлумачення та застосування Конвенції, дано дещо інше тлумачення наведеного положення, ніж це зазвичай робиться у коментарях до українського процесуального кодексу. Названа Конвенція є частиною українського законодавства, тому практика застосування по-

ложення ч. 1 ст. 6 в частині тлумачення поняття проголошення рішення публічно є цікавою для нас з точки зору правильного розуміння вказаного поняття [7].

Тим часом як всі держави — члени Ради Європи в однаковій мірі взяли на себе зобов'язання щодо дотримання наведеного принципу публічності, їхні законодавчі системи та судова практика відкривають шлях до урізноманітнення меж і способу його втілення як стосовно проведення слухань, так і стосовно «проголошення» судових рішень. Проте формальний аспект цього питання є другорядним порівняно з метою вимоги публічності, закладеної у п. 1 ст. 6. Чільне місце, визначене в демократичному суспільстві для права на справедливий судовий розгляд, спонукає Суд з метою здійснення контролю у цій сфері кожного разу окремо розглядати реалії процедури, про яку йдеться.

Європейським судом ухвалено кілька рішень, які присвячені безпосередньо розгляду питання змісту вимоги п. 1 ст. 6 Конвенції щодо публічності проголошення судового рішення. Визначальним в цьому плані є рішення *Претто та ін. проти Італії* [17], в якому Суд прямо встановив, що він не зобов'язаний приймати дослівне тлумачення виразу «*pronounced publicly*/

rendu publiquement», закріпленому у оригінальних (англійській та французькій) версіях п. 1 ст. 6 Конвенції. Він вважає, що в кожному окремому випадку форма оприлюднення «судового рішення» на підставі національного права держави-відповідача визначається залежно від особливостей конкретного провадження і відповідно до завдання та мети п. 1 ст. 6 [1].

Справа в тому, що формулювання, використане у другому реченні п. 1 ст. 6 Конвенції — «*judgment shall be pronounced publicly*», «*le jugement sera rendu publiquement*» («судове рішення проголошується публічно»), — може навести на думку, що вимагається зачитувати рішення вголос. Справді, у французькому тексті вжито дієприкметник *rendu* («оголошене»), тим часом як відповідним словом в англійському варіанті є *pronounced* («вимовлене», фр. *prononc*), однак, на думку Суду [2; 17; 18], ця незначна відмінність є недостатньою для того, щоб змінити уявлення про зміст цього положення: французьке *rendu publiquement*, як протилежне до *rendu public* («опублікований»), може безперечно вважатися еквівалентом «проголошений публічно» (*prononc publiquement*).

На перший погляд, положення п. 1 ст. 6 Конвенції викладено конкретніше, ніж положення п. 1 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р., в якому передбачено, що судові рішення *shall be made public* — «має бути публічним» (фр. — *sera public*) [13]. Проте в багатьох державах — членах Ради Європи, окрім зачитування вголос, склалася традиція звертатися до інших засобів оприлюднення рішень усіх або деяких судів, особливо касаційних, наприклад, передавати рішення на зберігання до канцелярії із забезпеченням доступу до них для громадськості. Трактуючи зміст вказаного поняття, Суд у рішеннях *Шутер проти Швейцарії* [18] зазначив, що «...автори Конвенції не могли залишити поза увагою цей факт, хоч це й не простежується в їхніх підготовчих матеріалах [16] так само

чітко, як в аналогічних матеріалах (*travaux preparatoires*) до Пакту 1966 р.» Саме тому, виходячи із самого духу Конвенції, а також принципу справедливого суду як основоположної цілі закріплення у п. 1 ст. 6 Конвенції вимоги публічного оголошення судового рішення, Суд визнав для себе не обов'язковість дослівного тлумачення формулювання Конвенції і встановив необхідність в кожному окремому випадку форму оприлюднення судового рішення визначати на підставі національного права держави-відповідача, залежно від особливостей конкретного провадження і відповідно до зазначеної цілі та завдання п. 1 ст. 6. У вказаному рішенні Суд встановив правило, згідно з яким «дослівне тлумачення термінів, закріплених у п. 1 ст. 6 Конвенції стосовно проголошення судового рішення, є надміру суворим і не потрібним з точки зору досягнення цілей, поставлених ст. 6 Конвенції.»

Виходячи з наведеного, Суд у своїй практиці завжди виходить із принципу надання державам-учасникам свободи у виборі засобів, завдяки яким їх внутрішня судова система відповідатиме вимогам ст. 6 Конвенції. Проте цілком логічно, що такий диспозитивний метод породжує доволі широке коло правозастосовної практики самого Суду з цього питання, оскільки вказаний підхід став підставою для зловживання багатьма державами. З огляду на цю обставину, Суду вдалося напрацювати кілька загальних підходів у вирішенні питання про наявність порушення вимог ст. 6 Конвенції щодо проголошення судового рішення у випадку наявності суперечок з цього приводу.

Так, Суду довелося кілька разів стикатися з місцевою практикою країн, згідно з якою рішення судів вищої інстанції, якими відмовлено в задоволенні позовних вимог та які були прийняті виключно на підставі аналізу та застосування правових норм (без дослідження фактів та доказів), не були оголошені у відкритому судовому засіданні. Мотивуючи відсутність у такому випадку порушення вимог п. 1 ст. 6 Кон-

венції, Суд, перш за все, вказував на рівень судової інстанції, в якій здійснювався розгляд, та на роль суду цієї інстанції, рішення якого виносилося саме з правових питань. Крім того, Суд звертав увагу на те, що хоча таким рішенням рішення судів попередньої інстанції визнавалися остаточними, проте воно по суті нічого не міняло з огляду на наслідки такого рішення для заявника. Враховуючи викладені міркування, Суд дійшов висновку, що вимоги публічного проголошення судового рішення будуть задоволені у випадку, якщо повний текст судового рішення буде розміщений в канцелярії суду та буде доступним для всіх бажаючих [10, 89; 17] або у випадку проведення гласного судового слухання, в якому буде зачитано повний текст судового рішення попередньої інстанції, що було предметом розгляду та яке залишено в силі [1]; або ж у випадку надання повного тексту рішення сторонам по справі з подальшим його опублікуванням у офіційних спеціалізованих збірках [18].

Суд також не вбачає порушення вимог п. 1 ст. 6 Конвенції у не проголошенні рішення суду першої інстанції при проведенні відкритого судового засідання у цій справі у випадку, якщо публічно проголошено було рішення апеляційної інстанції в цій справі, яке містить виклад рішення суду першої інстанції та робить його остаточним [12].

На протипагу вищевикладеній практиці, Суд дійшов висновку про порушення вимоги щодо публічного проголошення судового рішення у випадку, коли рішення всіх інстанцій по справі, що стосувалися компенсаційних виплат за незаконне утримання, були винесені не на гласних судових засіданнях, не були оголошені публічно та не були доступні для широкої громадськості будь-яким іншим способом [5]. Крім того, випадком, що не виправдовує відступ від принципу публічного оголошення судового рішення та повною мірою не задовольняє його вимог, є ситуація, за якої доступ до повного тексту судового рішення мають лише учасники судо-

вого процесу, а публікування рішень здебільшого апеляційних або касаційних судів здійснюється для широкого загалу лише за вибірковим принципом так званого «особливого інтересу» (тобто публікуються лише окремі рішення, які можуть бути цікаві громадськості) [12].

Проводячи аналогії з українським законодавством, видається, що у законодавстві України закріплена чи не найжорсткіша, з можливих за Конвенцією, схема публічного проголошення судового рішення, реалізація якої очевидно не обмежується лише зачитуванням вголос прийнятого рішення. Так, розміщення положень щодо гласності судового розгляду та судового рішення у ст. 6 Розділу 1 ЦПК серед принципів цивільного судочинства, безперечно свідчить про вимогу поширення цього принципу на всі стадії цивільного процесу. В кожній з можливих інстанцій винесене судові рішення має бути зачитано вголос всім присутнім на засіданні, після цього таке рішення має бути надане сторонам по справі, а також має бути доступним для ознайомлення всім іншим учасникам процесу в суді. В подальшому таке рішення публікується для всезагального ознайомлення згідно з вимогами Закону України «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 р. [6].

Для повного аналізу поняття, що розглядається, необхідно також розглянути можливі винятки із закріпленої в ст. 6 ЦПК презумпції публічності проголошення судового рішення. Так, звертає на себе увагу друга частина наведеного формулювання ч. 9 ст. 6 ЦПК, а саме: **«Рішення суду проголошується прилюдно, крім випадків, коли розгляд проводився у закритому судовому засіданні...»**. Це положення цікаве тим, що насправді воно пройшло кілька стадій еволюції у цивільному процесуальному законодавстві України. Так, у Цивільному процесуальному кодексі України 1963 р. у початковій редакції від 18 липня 1963 р. останній абзац ст. 10 Кодексу звучав так: **«Слухання справи в закритому засіданні суду ведеться з додержанням**

усіх правил судочинства. Рішення судів у всіх випадках проголошуються прилюдно» [20]. У редакції вказаного Кодексу від 12 липня 1996 р. це положення звучить інакше: «Рішення судів у всіх випадках проголошуються прилюдно, крім рішень про усунювання у випадках, передбачених статтею 112 Кодексу про шлюб та сім'ю України» [8]. Отже, позиція законодавця поступово змінилась від закріплення підходу щодо публічного проголошення абсолютно всіх судових рішень до виключення з цього правила лише окремих справ закритого провадження (щодо таємниці усиновлення) і, врешті, аж до поширення такого виключення на всі справи закритого провадження.

До прийняття ЦПК України 2004 р. та закріплення в ньому нового підходу до вирішення поставленого питання науковці в пошуках оптимального виходу із ситуації, за якої після закритого розгляду справи все-таки вимагалось публічне проголошення рішення (у інших справах, крім справ з усиновлення), пропонували зачитувати знеособлений варіант такого рішення, тобто із видаленням з нього всіх імен, адрес і т. ін. За тогочасного стану нормативної бази такий варіант, напевне, був єдино можливим засобом захисту всіх тих інтересів та цінностей, задля яких відповідний процес проголошувався закритим. Разом з тим, тут саме час згадати роз'яснення Європейського Суду з прав людини, наведені на початку цієї статті, згідно з якими Суд вказує, що публічність як така не є самоціллю та не може сама по собі свідчити про досягнення цілі, поставленої в ст. 6 Конвенції — тобто справедливості правосуддя. Вимогу публічності судового провадження, а так само і публічності проголошення рішення, обов'язково треба співвідносити з іншими міркуваннями справедливості судочинства, як-то: розумного строку розгляду, рівності права учасників процесу, захисту їх приватного життя охорони державної та іншої охоронюваної законом таємниці. Більше того, доволі сумнівним з точки зору внеску в забезпечення публіч-

ності правосуддя є зачитування знеособленого рішення перед учасниками закритого судового розгляду, які все одно в будь-який час матимуть право отримати повний його текст.

Виваженість сучасного підходу до вимоги публічності проголошення судового рішення, закріпленого у ЦПК України 2004 р., доводить і практика Суду. Як виключення із загального правила про публічне проголошення судового рішення, Судом визнано випадки розгляду самої справи у закритому судовому засіданні. Зокрема, за необхідності розгляду в судовому засіданні питання про місце проживання дітей, в цій ситуації за державами визнано право на проведення слухання у закритому засіданні з метою захисту приватного життя дітей та сторін у справі та уникнення нанесення шкоди правосуддю. Суд погодився із державами-учасницями, що в такій ситуації публічне проголошення судового рішення значною мірою знівелює зазначену мету. В даній ситуації достатніми заходами для забезпечення досягнення цілей, поставлених ст. 6 Конвенції, є надання можливості сторонам у справі ознайомитися з повним текстом судового рішення або ж отримати його копію з паралельним вибіркоким анонімним опублікуванням таких рішень першої та наступних інстанцій з метою надання можливості широкій громадськості ознайомитися із загальними підходами та принципами вирішення подібних питань [2].

Таким чином, українське законодавство, на перший погляд, цілком вписується у бачення вимоги публічного проголошення судового рішення, наданого Судом. І з точки зору змісту самого поняття, і з точки зору виключень з нього. Разом з тим, в багатьох своїх рішеннях, присвячених тлумаченню різних положень Конвенції Суд неодноразово наголошував, що Конвенція покликана захищати не ілюзорні права, вона створена не для того, щоб на папері задекларувати прагнення до кращого, найпершою і основною її метою є дійсне забезпечення дотримання закріпле-

них в ній гарантій, практичне їх втілення і конкретний їх прояв. Саме з цієї точки зору в українській практиці та законодавстві наявні досить серйозні проблеми.

З огляду на сказане, прецедентним для України є рішення Суду по справі *Бірюков проти Росії* [3]. В своєму рішенні по цій справі Суду довелося вирішувати питання відповідності вимогам ст. 6 Конвенції практики російських судів, згідно з якою у відкритому судовому засіданні публічно оголошувалася лише резолютивна частина рішення (що було здійснено і в суді першої та апеляційної інстанції). При вирішенні поставленого питання Суд виходив з позиції наявності у широкій громадськості доступу до повного тексту рішення у будь-який інший спосіб, крім зачитування вголос повного тексту судового рішення на відкритому судовому засіданні. Крім того, Суд вважає за необхідне взяти до уваги безпосередній зміст альтернативного способу оприлюднення судового рішення та можливість забезпечення належного рівня громадського контролю та доступу до рішення шляхом його застосування. Зокрема, Суд встановив наступне: «...Цивільним процесуальним кодексом Російської Федерації лише особи, які беруть участь у судовому процесі та їх уповноважені представники, визначені як такі, що мають право знайомитися із повним текстом винесеного по їх справі судового рішення, яке готується після оголошення його резолютивної частини у відкритому судовому засіданні. Обов'язок суду надіслати копію прийнятого ним рішення так само поширюються лише на сторони по справі та інших осіб, які брали участь у справі. Ознайомлення з текстом судового рішення, зданого на зберігання до канцелярії суду, так само обмежується вказаними положеннями. Таким чином, просте посилення на номери статей, здійснене у резолютивних частинах рішень обох інстанцій, не могло бути достатньо інформативним для представників громадськості, які не мали спеціальних юридичних знань, ... тобто причини, з яких заявнику було від-

мовлено у задоволенні його вимог, залишилися невідомими для публіки».

Проводячи аналогію з українським законодавством, можна зробити висновок, що у випадку вирішення подібної справи в Суді щодо України, рішення так само було б ухвалено на користь заявника. Так, згідно з ч. 3 ст. 209 та ст. 218 ЦПК у виняткових випадках, залежно від складності справи, допускається відкладення складання повного рішення по справі, але вступну і резолютивну частини суд повинен проголосити в тому самому засіданні, в якому закінчився розгляд справи. Згідно зі ст. 218 та ст. 222 ЦПК копії прийнятого судового рішення надсилаються або видаються лише особам, які брали участь у справі, і саме їм суд у випадку проголошення лише вступної та резолютивної частини повідомляє, коли вони можуть ознайомитися з повним його текстом. Крім того, згідно зі ст. 27 ЦПК лише особи, які беруть участь у судовому розгляді, мають право одержувати копії рішень та ухвал суду, знайомитися з матеріалами справи. За таких обставин представник преси, просто зацікавлена особа, відвідавши можливо навіть всі засідання по справі, у випадку проголошення лише вступної та резолютивної частин рішення, в результаті не будуть здатні зробити будь-який більш-менш обґрунтований висновок щодо підстав винесення такого рішення. Суто формальне дотримання в такому випадку вимоги публічного проголошення судового рішення значною мірою нівелює інформативну, освітню, виховну функцію самого принципу гласності цивільного судочинства, свідчить про неналежний стан забезпечення так званої «зовнішньої» гласності, тобто гласності для широкого загалу, а не лише для осіб, які беруть участь в такій справі.

Певним кроком на шляху до вирішення поставленої проблеми є прийняття згаданого Закону України «Про доступ до судових рішень», проте і він не здатен вирішити її повною мірою. Вказаним законом передбачено загальний доступ до електронної системи судових рішень, на сьогодні

нішній день розміщеної за адресою www.reyestr.court.gov.ua. Разом з тим, численні проблеми, пов'язані з реалізацією цього задуму, не дозволяють говорити про те, що даний реєстр повною мірою гарантує дотримання принципу публічного оголошення судових рішень для будь-якої зацікавленої особи. Так, відсутність доступу до електронної мережі у більшості населення країни, значний проміжок часу, що розділяє проголошення вступної та резолютивної частини рішення та розміщення його повної версії на вказаному сайті, а найбільше не стовідсоткова наповнюваність цього реєстру [4, 15] свідчить про те, що сам факт його існування ще не гарантує зацікавленій особі можливість ознайомлення з повним текстом судового рішення, вступну та резолютивну частину якого було озвучено на судовому засіданні.

З огляду на викладене, цілком доцільним є внесення відповідних змін до Закону України «Про доступ до судових рішень», якими необхідно передбачити можливість доступу до судових рішень не лише шля-

хом їх оприлюднення на офіційному веб-порталі судової влади України, а і шляхом надання доступу до них у канцелярії або архіві суду для всіх бажаючих. Тому пропоную п. 1 ст. 2 вказаного Закону викласти у наступній редакції: **«Кожен має право на доступ до судових рішень у порядку, визначеному цим Законом. Це право забезпечується офіційним оприлюдненням судових рішень на офіційному веб-порталі судової влади України та наданням доступу до судових рішень безпосередньо у канцелярії чи архіві суду в порядку, встановленому цим Законом»**. Передача рішень суду, оформлених відповідно до вимог закону (зокрема із видаленням ідентифікуючих даних) до канцелярії суду, дала б змогу будь-якій зацікавленій особі, а не лише особам, які брали участь у справі або права та обов'язки яких зачіпає рішення суду, ознайомитися з практикою суду, незалежно від стану та функціонування електронного реєстру, що є цілком логічним завершальним етапом реалізації принципу гласності судового розгляду.

Список літератури:

1. Ахсен проти ФРН. Рішення Європейського Суду з прав людини від 8 грудня 1983 р. [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=32553610&skin=hudoc-en&action=request>
2. Б. та П. проти Сполученого Королівства. Рішення Європейського Суду з прав людини від 24 квітня 2001 р. [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=41&portal=hhbkm&action=html&highlight=%22PUBLIC%20HEARING%22&sessionId=36258839&skin=hudoc-en>
3. Бірюков проти Російської Федерації. Рішення Європейського Суду з прав людини від 17 січня 2008 р. [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=827821&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>
4. Бондаренко Б. Ситуация с выполнением Закона Украины «О доступе к судебным решениям» 16 февраля 2009 г. / Б. Бондаренко // <http://www.khpg.org/ru/index.php?id=1234787904>
5. Вернер проти Австрії, Рішення Європейського Суду з прав людини від 24 листопада 1997 р. [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/c26b7eda57ac316fc1256640004c365e?OpenDocument>
6. Закон України «Про доступ до судових рішень» № 3262-IV від 22 грудня 2005 р. // Голос України. — 2006. — № 7.

7. Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» 1950 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 40. — Ст. 263.
8. Закон України «Про внесення доповнень до Цивільного процесуального кодексу України у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю України» (зміни щодо порядку усиновлення дітей)» № 329/96-ВР від 12 липня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 44. — Ст. 217.
9. *Кравчук В.М.* Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / В.М. Кравчук, О.І. Угриновська. — К.: Істина, 2006. — 944 с.
10. Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практики ее применения / [под общ. ред. В.А. Туманова и Л.М. Интина]. — М.: Изд-во НОРМА, 2002. — 336 с.
11. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року // Офіційний вісник України. — 1998. — № 13.
12. Ламанна проти Австрії. Рішення Європейського Суду з прав людини від 10 жовтня 2001 р. [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=39334371&skin=hudoc-en>
13. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 року // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2002. — № 1.
14. Мозер проти Австрії. Рішення Європейського Суду з прав людини від 21 вересня 2006 р. [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=39334371&skin=hudoc-en>
15. На сайті реєстру судових рішень відсутні рішення 27 місцевих загальних судів та 7 адміністративних судів. Моніторинг стану реєстру УГСПЛ від 18 вересня 2009 р. // <http://www.helsinki.org.ua/index.php?id=1250591320>
16. Підготовчі матеріали до Європейської Конвенції з прав людини та основних свобод 1950 р. (Travaux preparatoires: Right to a fair trial # DH(56)11 CDH(68)3) [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART6-DH\(56\)11-EN1338886.PDF](http://www.echr.coe.int/Library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART6-DH(56)11-EN1338886.PDF)
17. Претто і ін. проти Італії, Рішення Європейського Суду з прав людини від 8 грудня 1983 р., п. 26 // «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі». — 2005 р. — № 1.
18. Шутер проти Швейцарії. Рішення Європейського Суду з прав людини від 22 лютого 1984 р. [Електронний ресурс. Офіційний сайт Європейського Суду з прав людини]. — Режим доступу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=SUTTER&sessionid=39233485&skin=hudoc-en>
19. Цивільний-процесуальний кодекс України 2004 року // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16. — 1088 с.
20. Цивільний процесуальний кодекс України 1963 року // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1963. — № 30. — Ст. 464.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвячена розгляду поняття публичного оглашення судових рішень в світ рішення Європейського Суду по правам людини. Проаналізовано відповідність українського законодавства вказаній практиці, а також пропонується шляхи його удосконалення.

SUMMARY

Article is dedicated to the issue of public pronouncement of the court's judgment in light of the decisions of European Court of human rights. Was analyzed the compliance of Ukrainian legislation to the aforementioned practice and appropriate improvement recommendations were made.

*Рекомендовано кафедрою прав людини,
міжнародного та європейського права*

Подано 04.02.10



I.O. ЗИСКІНД,
аспірант
(Інститут міжнародних відносин Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка)
(Науковий керівник доцент Б.І. Кучер)

АНАЛІЗ ЗАГАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ ЗДІЙСНЕННЯ НАГЛЯДУ ЗА БІЗНЕСОМ СТРАХОВИКА (CONDUCT OF BUSINESS SUPERVISION) ЯК ІНСТРУМЕНТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ СТРАХУВАЛЬНИКА

Ключові слова: страхування, страховий нагляд, страхове регулювання, нагляд за бізнесом страховика, загальне благо.

Метою написання цієї статті є розкриття сутності державного нагляду за бізнесом страховика (conduct of business supervision) та аналіз проблемних питань, які виникають при транскордонному страхуванні, включаючи аналіз права ЄС. Основу даної статті складає дослідження іноземних дослідників через те, що дана тема майже не розглядалась вітчизняними науковцями, та нагляд за бізнесом не імплементовано в Україні. Особлива увага в статті також приділяється аналізу законодавства певних іноземних держав, основних міжнародно-визнаних правових концепцій в сфері державного нагляду за бізнесом страховика.

Нагляд та вимоги до здійснення бізнесу страховиком є третім елементом системи державного нагляду за страховиками. Їх метою є встановлення балансу інтересів на користь страхувальника через те, що страховик вважається таким, що має сильнішу позицію. Слабкість позиції страхувальника полягає в тому, що він, як правило, не обізнаний в тонкощах страхування і значний обсяг інформації щодо суті договору стра-

хування може передаватись страхувальнику в усній формі як через страховика, так і через страхового посередника.

Елементи нагляду за бізнесом страховика є досить розгалуженими і покривають майже всю його діяльність. Зокрема, нагляд за бізнесом страховика розповсюджується на процедуру андеррайтингу, канали продажу страхових продуктів, маркетинг (рекламу), надання консультацій страхувальникам, збереження та обробку інформації, вимоги до складання договорів, взаємовідносини між страховиком та страховими посередниками, систему врегулювання спорів, включаючи альтернативні системи врегулювання спорів.

Слід зазначити, що нагляд за бізнесом страховика є найскладнішим елементом системи державного нагляду щодо розробки єдиних стандартів і складає найбільшу проблему при здійсненні транскордонного страхування. Основною причиною такого ускладнення є те, що споживачі страхових послуг в повсякденному житті стикаються саме з системою нагляду за бізнесом страховика, на відміну від лі-

цензування та пруденційного нагляду. Саме тому при транскордонному страхуванні проблемним питанням є те, що законодавство місця знаходження страхувальника, як правило, встає на захист останнього, навіть якщо договір страхування регулюється правом країни реєстрації страховика. Такий стан речей існує навіть на території країн-членів ЄС, де вдалося цілком гармонізувати основні вимоги щодо ліцензування та пруденційного контролю. Страховик, який зареєстрований в країні-члені ЄС, має право здійснювати страхування на території інших країн-членів як шляхом відкриття там філій, так і шляхом транскордонного страхування, і при цьому такий страховик має лише ліцензію в країні реєстрації та є об'єктом пруденційного нагляду лише з боку державного нагляду країни своєї реєстрації [2, стаття 10]. Третє покоління страхових Директив ЄС, прийнятих в 2002 р., передбачило, що всі елементи нагляду за бізнесом страховика також регулюються законодавством країни реєстрації страховика, крім двох випадків: коли наглядовий орган країни реєстрації не відреагував на заяву регулятора місця надання послуг про порушення національного законодавства та коли обмеження з боку регулятора місця надання послуг по відношенню до іноземного страховика накладаються з метою забезпечення «загального блага».

Концепція загального блага (*«general good»*) є важливою для банківського, страхового та інвестиційного законодавства ЄС в сфері нагляду за бізнесом фінансових установ; вона була розроблена Європейським Судом Справедливості з метою розширення свобод, наданих в рамках ЄС, зокрема, принципу недискримінації та принципу заборони будь-яких обмежень на свободу надання послуг [9, 18]. Відповідно до концепції загального блага, страховик, який має переваги від єдиної ліцензії на території ЄС і є об'єктом нагляду лише з боку регулятора країни місця реєстрації, має дотримуватись також законодавства, яке діє в країні місця надання послуг з метою забез-

печення загального блага. Для уникнення негативного ефекту Директиви ЄС вимагають від країн-членів повідомляти іноземного страховика про положення страхового законодавства в сфері нагляду за бізнесом страховика, які прийняті на основі концепції загального блага, що має дозволити іноземному страховику заздалегідь планувати свій бізнес. Як приклад такого повідомлення, можна навести відкритий лист страхового наглядового органу про застосування концепції «загального блага» на території Республіки Польща [8]. Європейський Суд Справедливості не надав чіткого тлумачення концепції «загального блага». Однак законодавство ЄС містить умови, за яких держава має право встановлювати обмеження на підставі цієї концепції, зокрема, (i) відсутність гармонізації, (ii) не дискримінація на основі країни походження, (iii) недопущення дублювання, (iv) пропорційність, (v) ці обмеження має бути виправдано введенням імперативних норм заради «загального блага», та (vi) вони мають бути об'єктивно необхідними [5].

Отже, можна стверджувати, що система нагляду за бізнесом страховика не гармонізована на рівні ЄС і тим більше немає єдиних детальних стандартів в цій сфері. Слід, однак, зазначити, що деякі аспекти нагляду опосередковано гармонізовані на рівні ЄС, зокрема, в Директивах, які направлені на захист прав споживачів. Наприклад, Директива ЄС 93/13/ЕЕС «Про несправедливі положення в договорах зі споживачами», хоч і має загальний характер і безпосередньо не регулює договори страхування, має принципове значення для страхового ринку ЄС. Відповідно до ст. 3 Директиви, у випадку якщо договір із споживачем не був індивідуально розробленим та якщо положення договору всупереч вимогам добросовісності створюють очевидний дисбаланс прав та інтересів не на користь споживача, такі положення вважаються несправедливими та, відповідно до ст. 7 Директиви, вони не є обов'язковими для споживача. Слід зазначити, що преам-

була Директиви прямо вказує на те, що положення, які мають відношення до ціни, не повинні оцінюватись на предмет справедливості, і зазначає, що не повинні оцінюватись положення, які стосуються визначення ризику та відповідальності страховика на предмет справедливості, адже страховик вже врахував ці положення при розрахунку страхового тарифу. Такі положення ставлять під сумнів цінність Директиви, адже переважна більшість спорів пов'язана саме з положеннями, які визначають об'єкти страхування, перелік ризиків, які не покриті страховим полісом, та положення, які описують вимоги до причинно-наслідкового зв'язку між застрахованим ризиком та збитком.

Можна зробити висновок, що Директива по відношенню до договорів страхування буде застосовуватись лише до другорядних положень, зокрема, до таких, як час, протягом якого страхувальник має повідомити страховика про настання страхового випадку. Відповідно до ст. 5 Директиви, контракт із споживачем має бути написаний простою та зрозумілою мовою та у випадку розбіжностей контракт має тлумачитись на користь споживача. Така вимога застосовується до всіх положень страхового договору, включаючи ціну. Як відзначили Р. Меркін та А. Роджер, ст. 5 Директиви є неоднозначною по відношенню до договору страхування через те, що сьогодні в договорах страхування багато термінів отримали вузьке професійне тлумачення, і навряд чи суди повинні вимагати від страховиків змінити таку практику [6, 48—49].

Важливим кроком в напрямі гармонізації принципів здійснення бізнесу страховиків є стандарти, розроблені IAIS, які хоча не можуть бути прямо імплементовані в законодавство через занадто загальний характер, однак являють собою важливе теоретичне підґрунтя для більш деталізованих нормативних приписів. Основним принципом здійснення бізнесу страховика виділяється такий принцип як «порядність» [3, 4]. Сутність даного принципу полягає

в тому, що страховик зобов'язаний запобігати включенню до страхового договору положень, які б могли ввести страхувальника в оману, або включенню положень, які б необґрунтовано зменшували відповідальність страховика або взагалі скасовували її.

Розповсюдженою практикою серед страховиків є включення в договір положень, які стосуються фактів, наданих страхувальником для укладення страхових договорів, і такі факти (свідчення про факти страхувальником) становлять частину страхового договору. Так, законодавство більшості розвинених країн (особливо це стосується країн, система права яких базується на англійському праві) передбачає, що якщо заява на страхування містить факти, які є неправдивими, то страховик має право в односторонньому порядку відмовити у виплаті, навіть якщо ці факти не мали жодного відношення до збитку. Зокрема, у важливому прецеденті англійського суду *Pan Atlantic Insurance Co v Pine Top Insurance Co* [7] було вирішено, що у навіть у випадку, якщо неправдива інформація, надана страхувальником перед укладанням страхового договору, не мала жодного впливу на страховика (тобто навіть якщо страхувальник повідомив все, що мав повідомити, страховик уклав би страховий договір на тих самих умовах без підвищення страхового тарифу) і не мала прямого відношення до збитку, страховик зберігає право відмовити у страховій виплаті, навіть якщо страхувальник повідомив неправдивий факт (або не повідомив те, що мав повідомити) ненавмисно, наприклад, забувши про нього. Незважаючи на те, що цей прецедент існує і зараз у Великобританії, британський регулятор прийняв власний нормативно-правовий акт, який не дозволяє страховику відмовити у страховій виплаті, незважаючи на вищезгадане рішення суду, якщо страхувальник не повідомив про факти, які мали істотне значення для страховика, з необережності [4, пар. 8.1.2(2)]. Ця норма діє лише по відношенню до споживача, тобто страхуваль-

ника, який є фізичною особою та діє поза межами своєї професійної діяльності.

Незважаючи на те, що визначення споживача страхових послуг має тривалу історію і, зокрема, було закріплене в Директиві ЄС ще в 2002 р., на практиці виникають труднощі у випадку, якщо фізична особа є підприємцем. Наприклад, при страхуванні автомобіля, який підприємець використовує одночасно для власних потреб та для здійснення комерційної діяльності, виникає питання, чи діє такий підприємець в даному випадку як споживач. Це має істотне значення, адже в залежності від визначення статусу страхувальника (він є споживачем чи звичайним комерційним клієнтом страховика) будуть різні наслідки при здійсненні страхового відшкодування за всіх інших рівних умов. Слід також зазначити, що надання допомоги страхового посередника споживачу може позбавити останнього права на додатковий захист, вказаний вище, і в цьому випадку він буде прирівняний до звичайного комерційного клієнта.

Другим принципом є професійність страховика, який полягає в тому, що страховик при здійсненні своєї діяльності зобов'язаний діяти професійно, уважно та старанно [3, 6]. Незважаючи на те, що на перший погляд даний принцип є надто загальним, його імплементація на практиці має чітке вираження. Зокрема, за вищезгаданих вимог від страхувальника щодо розкриття інформації, яка стосується страхового договору, розкриття такої інформації не вимагається, якщо такі факти є відомими або мали бути відомими страховику, що має справу з певними ризиками. Такий підхід, зокрема, було детально розкрито в ключовому рішенні англійського суду *Carter v. Boehm* ще в 1776 р. [1] Як впливає з матеріалів справи, коли губернатор фортеці Мальборо застрахував ризик від нападу на фортецю з боку французів, він не повідомив страховика про те, що такий напад можливий, незважаючи на те, що губернатор знав про можливість нападу. Суддя вирішив, що страховик знав

про можливість нападу через те, що в нього була можливість одержати цю інформацію з відкритих джерел, а навіть якщо і не знав, то мав знати тому, що професійно займався такими ризиками і був професійно більше підготовленим, ніж губернатор [1].

Що стосується таких елементів, як «уважність» та «старанність», то на практиці ці принципи передбачають обов'язок страхувальника ознайомитись з конкретною ситуацією страхувальника та надати йому послуги, які були б дійсно потрібні для страхувальника. Це означає, що страховик має встановити вимоги та реальні потреби страхувальника, визначити, чи можливо для страхувальника краще буде мати інший страховий продукт, ніж той, в якому зацікавлений страхувальник. Така вимога, як правило, визначається як вимога «відповідності» (*suitability*), яка передбачає, що страховик зобов'язаний визначити, чи відповідає страховий поліс, в якому зацікавлений страхувальник, його реальним потребам, які страховик має визначити самостійно на підставі інформації наданої страхувальником, і обов'язково повідомити страхувальника у випадку, якщо страховик вважає, що страховий поліс не відповідає (або відповідає лише частково) інтересам страхувальника.

Третім принципом є обов'язок страховика та страхового посередника приділяти увагу потребам страхувальника та діяти при цьому справедливо. Цей принцип передбачає те, що інформація про страховий продукт має бути надійною та наданою до прийняття рішення страхувальником про придбання страхового продукту. Суть цього принципу полягає в тому, що страхувальник має зрозуміти продукт та ризики, пов'язані з використанням цього продукту, і лише після цього приймати рішення. З цієї метою страховик має пересвідчитись, що отримав необхідну для цього інформацію від страхувальника. У випадку, якщо така інформація є конфіденційною, то страховик має забезпечити внутрішню інформаційну систему, яка б здійснювала захист цієї інформації від третіх осіб.

Важливим принципом є уникнення страховиком конфлікту інтересів по відношенню до страхувальника [3, 6]. Даний принцип накладає зобов'язання на страховика постійно здійснювати моніторинг конфлікту власних інтересів і інтересів страхувальника і у випадку виникнення такого конфлікту забезпечити механізм ліквідації. Страховик завжди повинен мати пріоритет інтересів страхувальника перед власними і розкривати інформацію, якщо такий конфлікт інтересів існує і не може бути нейтралізований. Слід зазначити, що на практиці законодавство, як правило, дозволяє існування конфлікту інтересів за наявності явно вираженої згоди страхувальника.

Ще одним важливим принципом є вимога наявності у страховика справедливої та ефективною системи врегулювання спорів. Цей принцип передбачає створення внутрішньої системи врегулювання спорів, яка, незважаючи на конфлікт інтересів*, забезпечувала б справедливий розгляд спорів між страховиком та страхувальником. Саме через наявність конфлікту інтересів

та часто неефективну і довготривалу процедуру судового розгляду суперечок в країнах з досить розвиненим страховим ринком було створено альтернативну систему врегулювання спорів, інститут т. зв. «страхових омбудсманів».

Можна зробити висновок, що нагляд за бізнесом страховика є найскладнішим елементом системи державного нагляду з точки зору розробки єдиних стандартів і являє найбільшу проблему при здійсненні транскордонного страхування. Система нагляду за бізнесом страховика не гармонізована на рівні ЄС і характеризується відсутністю єдиних стандартів в цій сфері. Лише деякі аспекти такого нагляду опосередковано гармонізовані на рівні директив ЄС, зокрема, тих, які спрямовані на захист прав споживачів. Важливим кроком в напрямі гармонізації принципів здійснення бізнесу страховиків виступають стандарти, розроблені IAIS. В українському законодавстві окремо не виділяють нагляд за бізнесом страховика, і ця сфера потребує окремої уваги й імплементації, зважаючи на євроатлантичні амбіції України.

Список літератури:

1. Carter v. Boehm (1766) 3 Burr 1905.
2. Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance // Official Journal of the European Communities. 19.12.2002, L 345/1.
3. IAIS Principles for the Conduct of Insurance Business // http://www.iaisweb.org/_temp/Principles_for_conduct_of_insurance_business.pdf
4. Insurance: Conduct of Business Sourcebook // <http://fsahandbook.info/FSA//handbook/ICOBS.pdf>
5. Interpretative Communication of the Commission Concerning the Freedom to Provide Services and the General Good of the Insurance Sector // Official Journal. C 43 of 16.02.2000.
6. Merkin R., Rodger A. EC Insurance Law. – London: Longman, 1997.
7. Pan Atlantic Insurance Co v. Pine Top Insurance Co [1995] 1 AC 501.
8. Polish Financial Supervision Authority «The Information on General Good Principle in the Insurance Sector in Poland» // http://www.knf.gov.pl/en/Images/zasady_dobra_ogolnego_Eng_tcm21-8581.pdf
9. Seatzu P. Insurance in Private International Law: A European Perspective. – Oxford, Portland Oregon, 2003.

* Конфлікт інтересів полягає в тому, що страховик має забезпечувати інтереси страхувальника шляхом виплати йому належної страхової виплати і в той самий час намагатись зменшити такі виплати з метою збільшення прибутковості.

РЕЗЮМЕ

Надзор за бизнесом страховщика направлен на обеспечение одинаковых требований к продаже страховых продуктов страховщиком и также обеспечение справедливого баланса между страховщиком и застрахованным. Надзор за бизнесом страховщика охватывает как сферы административного, так и частного права и должен обеспечить справедливую конкуренцию на страховом рынке. Надзор за бизнесом страховщика особенно актуален при трансграничном страховании, где разные подходы к надзору могут быть барьером для иностранных инвестиций.

SUMMARY

Conduct of business supervision is aimed to provide the unified requirements to selling of insurance products by the insurance company and also ensure a fair balance between an insurance company and insured. Conduct of insurance supervision covers aspects of administrative and private law and must ensure the level playing field for insurers for development of fair competition on the insurance market. Conduct of business supervision becomes very urgent in case of cross-border insurance where different approaches to the supervision can become impediments to foreign investments to the insurance sector.

*Рекомендовано кафедрою цивільного,
господарського права та процесу*

Подано 20.01.10



О.Р. КОВАЛИШИН,
аспірант
(Прикарпатський національний університет
ім. В. Стефаника)
(Науковий керівник доцент П.О.Гвоздик)

НЕПРЯМИЙ (ПОХІДНИЙ) ПОЗОВ ЯК ЗАСІБ ЗАХИСТУ УЧАСНИКІВ КОРПОРАТИВНИХ ВІДНОСИН

Ключові слова: законний інтерес, непрямий позов, процесуальний статус, товариство.

Корпоративні спори всередині господарських товариств стали сьогодні звичним явищем. Спостерігається порушення корпоративних прав міноритарних власників не тільки внаслідок неправомірних рішень загальних зборів учасників товариства. Досить часто корпоративні права учасників порушуються виконавчими органами, які вчиняють неправомірні дії в своїх власних інтересах, тим самим порушують інтереси товариства. Особливо це спостерігається в акціонерних товариствах при укладенні значних правочинів, а також правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість. Зважаючи на те, що акціонери безпосередньо зацікавлені в отриманні частки прибутку від діяльності підприємства, такі шкідливі дії органів управління опосередковано впливають на інтереси учасників такої компанії.

Тому постає питання про вибір форми захисту своїх порушених прав. За кордоном, де ринкові корпоративні відносини мають довгу історію, поширення набув непрямий (похідний) позов. Непрямий (похідний) позов став важливим засобом захисту інтересів меншості при порушенні їх корпоративних прав.

Проблематику непрямих (похідних) позовів останнім часом жваво обговорюють у зв'язку з перспективами його засто-

сування в українській практиці судового захисту корпоративних прав. Окремі аспекти застосування непрямих позовів вивчали О.М. Вінник, І.В. Спасибо-Фатєєва, Л.А. Островська, Ю.О. Попов, В.А. Гурєєв, Б.А. Журбін, Є.І. Чугунова. Частина цих авторів досліджували саму природу непрямих(похідних) позовів та їх місце серед інших видів позовів. Інші досліджували специфіку застосування позовів, передумови виникнення права на непрямий позов, процесуальні аспекти його застосування в контексті вирішення корпоративних спорів. Але даний час у зв'язку зі змінами, що відбуваються в законодавстві, проблема застосування непрямих (похідного) позову в корпоративних правовідносинах потребує детальнішого аналізу.

Тому метою дослідження є з'ясування природи непрямих позовів, аналіз правової бази з метою з'ясування можливості для його застосування на практиці.

Вже досить давно в українській правовій думці висловлювалася потреба в додаткових нетрадиційних засобах захисту корпоративних прав окрім звичного для нас прямого позову. Ще Н.С. Глусь зауважувала, що «...особливістю захисту корпоративних прав є те, що вирішення цього питання залежить від співвідношення волі більшості з інтересами меншості, захисту

меншості від свавілля більшості». Автор акцентувала, що такі особливості захисту корпоративних прав повинні змусити законодавця ввести нові нетрадиційні способи захисту цивільних прав [2, 14]. На доцільності введення інституту непрямого (похідного) позову вказували також ряд інших фахівців в галузі корпоративного права [1, 216; 9, 416—417].

Непрямі позови вперше набули популярності в США. Там вони стали ефективним засобом захисту інтересів меншості проти зловживань більшості. В США позов в інтересах корпорації називають похідним позовом (*derivative suit*). В українській правовій думці позов від імені учасника корпоративного підприємства в інтересах корпорації називають непрямым або похідним, причому застосовують ці терміни як синоніми.

«Непрямий» позов вказує, що вимога, яку ставить позивач в своєму позові, стосується не безпосередньо його прав, а загалом інтересу компанії, в прибутковості якої він зацікавлений. Інший термін, який застосовують — «похідний» позов. Таке формулювання є також достатньо вдалим. Учасник корпоративних правовідносин володіє правом на частку в майні корпоративного підприємства. Тому його право немовби походить від права самої особи на захист своїх інтересів.

До речі, О.М. Вінник притримується особливої точки зору. Вона не вважає непрямий позов та похідний позов тотожними. На її думку, непрямі позови застосовуються на практиці в процесі реалізації уповноваженими органами (особами) функцій держави щодо захисту заздальгідь невизначеного (кількісно) кола осіб. О.М. Вінник відносить їх до групових позовів [1, 258]. На нашу думку, така позиція є дещо спірною. Тут варто зазначити думку Б.А. Журбіна, який зауважує, що непрямий позов не є різновидом групового позову. Відбувається підміна понять — загальнокорпоративного інтересу та інтересу сукупності всіх учасників акціонерного товариства [6, 29].

Ю.Ю. Попов під непрямым позовом розуміє позови, що їх пред'являє одна сторона (позивач) від свого імені до іншої сторони (відповідача) про застосування одного зі способів судового захисту прав третьої особи [12, 7]. Слід погодитися з позицією Л.А. Островської, що таке розуміння непрямого позову є надто широким [11, 32], оскільки призводить до ототожнення непрямого (похідного) позову з відносинами представництва.

Найбільш чітко визначає непрямий позов О.І. Чугунова. Автор визначає похідний позов як правовий механізм, який дозволяє заявляти та підтримувати позови від імені юридичної особи його учасникам, якщо юридична особа не ініціює самостійно судовий розгляд. Розвиваючи думку, вона виділяє ряд ознак, яким повинен відповідати такий позов: в силу прямої вказівки закону вимогу може бути заявлено учасником юридичної особи, що у звичайній ситуації не уповноважений виступати від імені юридичної особи; право або охоронюваний законом інтерес, захист якого здійснюється, належить юридичній особі; у системі органів управління організації, встановленої законодавством і установчими документами, відсутній спеціальний орган, який був би уповноважений наділити даного учасника правом діяти від імені та в інтересах юридичної особи в суді. При цьому виконавчий орган не реалізує належне організації право на захист порушених прав (законних інтересів) [16, 41].

Щодо можливості застосування непрямого (похідного) позову безпосередньо при вирішенні корпоративних конфліктів, то в вітчизняному законодавстві поки що відсутня пряма вказівка на можливість пред'явлення непрямого позову. Хоча передумови для пред'явлення такого позову все ж є.

Перш за все необхідно зазначити, що в ч. 1 ст. 2 Господарського процесуального кодексу передбачається, що «господарський суд порушує справи за позовними заявами прокурорів та їх заступників, які звертаються до господарського суду в

інтересах держави». Фактично прокурор реалізує право представляти та захищати чужі інтереси [3].

Певною перепоною можливості застосування непрямих позовів при вирішенні корпоративних спорів на практиці була неможливість участі фізичних осіб в господарському процесі. Завдяки прийняттю Закону України від 15 грудня 2006 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів» [8] й уніфікації законодавства щодо підвідомчості при вирішенні даного роду конфліктів тепер немає значення, фізична особа чи юридична особа бажає захищати інтереси компанії.

Важливим правовим актом є Рішення Конституційного суду України № 18-рп/2004 від 1 грудня 2004 р. В мотивувальній частині Рішення зазначено, що акціонер може захищати свої права та охоронювані законом інтереси шляхом звернення до суду у випадку їх порушення, оспорування чи невизнання самим акціонерним товариством, учасником якого він є, органами чи іншими акціонерами цього товариства. Разом з тим підкреслено, що порядок судового захисту порушених будь-ким, у тому числі й третіми особами, прав та охоронюваних законом інтересів акціонерного товариства, які не можуть вважатися тотожними простій сукупності індивідуальних охоронюваних законом інтересів його акціонерів, визначається законом [15]. Фактично Рішення залишило відкритим питання про захист інтересів акціонерного товариства його акціонером (акціонерами) за допомогою непрямого позову. Це призвело до того, що в подальшому приймалися різні рішення щодо можливості захисту учасниками господарських товариств інтересів самого товариства. Суди трактували Рішення КСУ на свій розсуд. Іноді їх рішення були діаметрально протилежними за своєю суттю.

В Постанові Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами корпоративних спо-

рів» від 24 жовтня 2008 р. зазначалося, що законом не передбачено право акціонера (учасника) господарського товариства звертатися до суду за захистом прав чи охоронюваних законом інтересів товариства поза відносинами представництва. Тому Пленум ВСУ рекомендував господарським судам відмовляти акціонерам (учасникам) господарського товариства в задоволенні позову про укладення, зміну, розірвання чи визнання недійсними договорів та інших правочинів, вчинених господарським товариством [13].

Спеціальним законом у розумінні Конституційного Суду України є Закон України «Про акціонерні товариства». Аналізуючи норми цього документа доходимо висновку, що даний закон рухається в напрямі послідовного розвитку ідеї непрямого позову. В Законі зазначається: «У разі недотримання особою, заінтересованою у вчиненні товариством правочину, вимог, передбачених статтею 71 цього Закону, та вчинення товариством правочину з юридичною особою, всі акції (частки, паї) якої належать цій особі та/або її афілійованим особам, товариство або будь-хто з його акціонерів має право вимагати визнання цього правочину судом недійсним і відшкодування збитків та/або моральної шкоди» [7]. В даній правовій нормі йде мова про можливість учасника компанії вимагати відшкодування збитків, завданих акціонерному товариству саме за допомогою похідного позову. Але разом з тим ця норма містить суттєві обмеження. Право вимагати відшкодування виникатиме тільки тоді, якщо весь статутний (складений) капітал контрагента є власністю заінтересованої особи. Якщо хоча б одна акція, частка, пай не належать заінтересованій особі, то таке право не виникає.

Прогресивнішим є проект Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю». Зокрема, відповідно до ч. 5 ст. 44 проекту з позовом про відшкодування збитків, заподіяних товариству членом ради директорів (наглядової

ради) товариства, одноосібним виконавчим органом товариства, членом колегіального виконавчого органу товариства або керуючим, має право звернутися до суду товариство або його учасник [14]. Тобто в проекті Закону на відміну від попередніх нормативно-правових актів чітко вказується на можливість звернення з позовними вимогами до суду за захистом своїх корпоративних прав.

Таким чином, в Україні існує правове поле для подання непрямого позову. Разом з тим чітко не визначено, хто може виступати позивачем в інтересах товариства.

Аналізуючи норми чинного Закону України «Про акціонерні товариства» та проекту Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю», хотілося б відзначити, що лише самої вказівки на правову можливість звернення до суду з позовом в інтересах корпорації є недостатньо. Необхідно визначити мінімальну частку, володіючи якою учасник корпоративного підприємства набуває право на позов. Щодо її розміру, то в законодавствах держав це питання вирішено у власний спосіб. В Російській Федерації згідно з п. 5 ст. 71 Закону РФ «Про акціонерні товариства» правом на непрямий позов володіють акціонер (група акціонерів), які є власниками не менше одного відсотка голосів товариства. Такий самий розмір частки в статутному капіталі необхідно мати для пред'явлення позову до органів управління компанії в ФРН. В Чеській Республіці, Італії, Іспанії, Словаччині цей ценз становить 5%, а в Австрії, Болгарії, Угорщині, Словенії та Швеції — 10% [11, 117].

Слід зазначити, що частка особи (групи осіб) в статутному капіталі повинна бути достатньо значною для того, щоб учасник товариства міг скористатися своїм правом на непрямий позов. В протилежному випадку така особа, не володіючи достатньо значним пакетом акцій (часткою в статутному капіталі), отримує можливість зловживати своїм правом. Тим самим іноді такі позови, навпаки, перешкоджають нормальній господарській діяльності товари-

ства. В США на початку 20-х років не існувало обмежень щодо можливості подання непрямого позову. Це призвело до того, що акціонери буквально перевантажили компанії такими позовами [10, 41]. Тому цю проблему потрібно врахувати в Україні при прийнятті Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю».

На нашу думку, таким правом повинен володіти власник корпоративних прав або група власників, які володіють справді вагомою часткою в статутному капіталі. Тим більше, що досвід надання окремих прав акціонерам лише за умови відповідності частки акцій останнього певному відсотковому цензу в Україні вже є. Так, згідно з п. 4 ч. 1 ст. 47 Закону України «Про акціонерні товариства» загальні збори акціонерного товариства скликаються наглядовою радою на вимогу акціонерів (акціонера), які на день подання вимоги сукупно є власниками 10 і більше відсотків простих акцій товариства. Аналогічно певний відсотковий ценз встановлюється ч. 5 ст. 75 зазначеного Закону, ч. 4 ст. 61 Закону України «Про господарські товариства». На нашу думку, без встановлення певного відсотку це неминуче призведе до зловживань зі сторони власників корпоративних прав. Будь-хто, придбавши всього декілька акцій, зможе втягнути корпоративне підприємство в безпідставні судові процеси. Власник достатньо значної частини корпоративних прав не подасть безпідставний позов, бо тим самим опосередковано він впливає на ринкову вартість підприємства. Тому він не буде використовувати свої корпоративні права з метою задовільнити інтереси недобросовісної сторони.

Окрім розміру частки, необхідної для подання непрямого позову, складними в теоретичному і практичному значенні є процесуальне становище акціонерного товариства, в інтересах якого подається такий позов. До прикладу, в спорі між акціонером та третьою особою, яка здобула незаконним способом вигоду від певного правочину, безумовно необхідно залучати

само товариство. Існують три різні точки зору.

В.В. Ярков вважає, що пред'явлення позову акціонерів від імені акціонерного товариства можна трактувати як особливу форму законного представництва, коли акціонер, за умови наявності в нього певного пакету акцій підприємства, може виступати законним представником [17, 189]. Не погоджується з цією точкою зору В.А. Гурєєв, який зауважує, що в такій ситуації акціонерне товариство може перехопити ініціативу в акціонерів. Причому не завжди позиція товариства збігатиметься з позицією акціонерів. В українському законодавстві справді жодних обмежень ГПК України для позивача, який має законного представника, не передбачає [4, 170]. Тому товариство може навіть зашкодити первинній меті позову, якщо саме воно формулюватиме вимоги, матиме можливість збільшувати чи зменшувати ціну позову. Крім того, виникне парадоксальна ситуація, коли товариство буде позиватися до своїх органів управління.

Друга точка зору, за якої акціонерне товариство повинно виступати в ролі співвідповідача, є також недостатньо обґрунтованою. В такому випадку виникає явна суперечність між тією роллю, яку відіграватиме товариство у процесі, та кінцевим результатом, в якому акціонерне товариство має безпосередню зацікавленість. Незважаючи на парадоксальність цієї позиції, така практика втілена в законодавстві Великобританії.

Ще одна точка зору пов'язана із залученням акціонерного товариства в ролі третьої особи. Н.Г. Єлісеєв акцентує, що товариство повинно виступати в ролі третьої особи, що не заявляє самостійних вимог [5, 167]. Противники цієї позиції вважають, що статус третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог, не відповідає її інтересам. В такій ситуації товариство позбавлене ініціативи в процесі, немає можливості змінювати позовні вимоги, подавати клопотання. Вважаємо, такі запе-

речення є не зовсім вдалимими. Той факт, що позов, поданий акціонером в інтересах товариства, свідчить про те, що товариство раніше не вдавалося до захисту своїх прав. Фактично воно не мало наміру вчиняти позов. Тому наділення його правами позивача в непрямому позові є не зовсім доцільним.

На нашу думку, залучення товариства як третьої сторони є найбільш вдалим. Акціонерне товариство має можливість відповідно до ст. 26 ГПК України вступити в процес, заявляючи самостійні вимоги. Разом з тим, якщо товариство такого бажання не виявило, то суд відповідно до ст. 27 ГПК України у разі необхідності може залучити його як третю особу, що не заявляє самостійних вимог. За даних обставин товариство не перехопить ініціативу від безпосередніх ініціаторів судового процесу і немає потреби залучати його в ролі співвідповідача. Водночас, беручи участь в процесі, товариство зможе надати важливу інформацію з обставин, які стосуються матеріалів справи, оскільки, як правило, компанія володіє основними доказами по справі.

Таким чином, з прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» з'явилася реальна можливість практичного втілення правової конструкції непрямого позову. Разом з тим, процедури подання такого виду позову ще не визначено. Вважаємо, що законодавча деталізація права акціонерів на оскарження неправомірних рішень та дій по відношенню до компанії стало б прогресивним кроком в напрямі захисту прав та інтересів товариства. В законодавстві необхідно прямо передбачити право акціонерів (учасників товариства) на позов до органів товариства для відшкодування завданих їм збитків. Тому подальше практичне втілення інституту непрямого позову вимагає глибших теоретичних досліджень щодо правової природи непрямого позову, передумов для пред'явлення непрямого позову, правового статусу господарського товариства в судовому процесі, порушеному таким позовом.

Список літератури:

1. *Вінник О.М.* Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення / О.М. Вінник. — К. : Атіка, 2003. — 352 с.
2. *Глусь Н.С.* Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту / автореф. дис... канд. юр. наук: 12.00.03 / Н.С. Глусь. — К., 2000. — 23 с.
3. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 6. — Ст. 56.
4. *Гуреев В.А.* Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации / дисс... канд. юр. наук: 12.00.03 / А.В.Гуреев — Москва, 2007. — 219 с.
5. *Елисеев Н.Г.* Процессуальный статус акционерного общества в производстве по косвенному иску / Н.Г. Елисеев // Вестник ВАС. — 2005. — № 8.
6. *Журбин Б.А.* Групповые и производные иски в судебном-арбитражной практике / Б.А. Журбин. — М.: Система Гарант, 2009. — 168 с.
7. Закон України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50—51. — Ст. 384.
8. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення підсудності справ з питань приватизації та з корпоративних спорів» № 483-V від 15 грудня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2007. — № 9. — Ст. 77.
9. Корпоративне управління: Монографія / І.В. Спасибо-Фатєєва, О. Кібенко, В. Борисов. — Харків: Право, 2007. — 500 с.
10. *Мальшев П.* Косвенные иски акционеров в судебной практике США / П. Мальшев // Российский юридический журнал. — 1996. — № 1.
11. *Островська Л.А.* Непрямі (похідні) позови: міжнародний досвід та законодавство України: дис... канд. юр. наук: 12.00.03 / Л.А. Островська. — Одеса, 2008. — 187 с.
12. *Попов Ю.Ю.* Толкование «косвенных» исков / Ю.Ю. Попов // Юридическая практика. — 2002. — № 50(260).
13. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» № 13 від 24 жовтня 2008 р. // Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 11.
14. Проект Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю» від 30 грудня 2009 р. № 5507 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua>
15. Рішення Конституційного Суду України № 18-рп/2004 від 1 грудня 2004 р. щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) // Офіційний вісник України. — 2004. — № 50. — Ст. 3288.
16. *Чугунова Е.И.* Производные иски в России и за рубежом / Е.И. Чугунова // Арбитражный и гражданский процесс. — М.: Юрист. — 2003. — №3. — 84 с.
17. *Ярков В.В.* И один акционер в поле воин, или как защитить права неопределенного круга лиц / В.В. Ярков // ЭКО. — 1995. — № 11.

РЕЗЮМЕ

Стаття посвящена производному иску в корпоративных отношениях, иску, который предназначен против третьей стороны для выгоды компании. Анализируется соответствие украинских законов требованиям производного иска. В статье также предлагаются некоторые новые процессуальные особенности производных исков.

SUMMARY

The article is dedicated to a shareholder derivative suit, a lawsuit brought by a shareholder on behalf of a corporation against a third party. Accordance of Ukrainian laws to demands of derivative suit is analyzed. Various procedural requirements to derivative suits are proposed.

*Рекомендовано кафедрою
цивільного, господарського права та процесу*

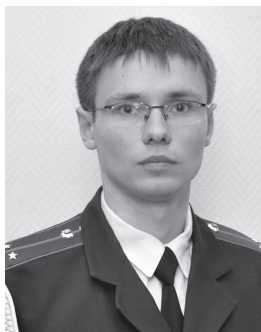
Подано 26.02.10



Г. ГРЕБЕНЬКОВ,
доктор філософських наук,
професор,
академік Петровської академії наук
та мистецтв
(м. Санкт-Петербург, Російська
Федерація)



М. ПАЛІЙ,
кандидат юридичних наук, доцент
(Донецький юридичний інститут Луганського
державного університету внутрішніх справ
імені Е.О. Дідоренка)



Є. НАЗИМКО,
науковий співробітник
(Донецький юридичний інститут Луганського
державного університету внутрішніх справ
імені Е.О. Дідоренка)

ПЕНАЛЬНИЙ ВИМІР ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Ключові слова: протидія злочинності, пенальна політика, ціннісний вимір.

Прямуювання України до демократичної, правової держави, її взаємодія із суспільством, вплив на формування складної та різнобарвної гама суспільних відносин неможливі без проведення чітко визначеної, обґрунтованої державної політики. Важливе місце у вирішенні цих питань відводиться правовій політиці, яка на основі глибокого вивчення соціальних і правових закономірностей повинна сприяти створенню позитивного права, дійового механізму правового регулювання відносин в різних сферах суспільного життя, в тому числі й в сфері протидії злочинності.

Коли мова йде про комплексну протидію злочинності та забезпечення зниження її рівня, переважно постає питання

не тільки про правову політику держави в сфері протидії злочинності як систему праксеологічних дій, а й у теоретичному розумінні її основних категорій. Традиційно таку політику розподіляють на напрями за галузевою ознакою (кримінально-правовий, кримінально-процесуальний, кримінально-виконавчий та кримінологічний напрями) [15, 13]. Проте в умовах гуманізації законодавства взагалі та кримінального законодавства зокрема постає необхідність в розробці концептуально інших методологічних підходів до пізнання такого феномену як првова політика держави в сфері протидії злочинності.

Перше питання, за законом діалектичного протиріччя, має полягати у виборі

протилежних підходів [12, 296], які існують у правовому регулюванні, а саме — репресивний або нерепресивний. Перший, на нашу думку, ґрунтується на кримінальному покаранні, оскільки уявляється неправильним термін «репресія» вжити стосовно заходів адміністративного стягнення, примусових заходів виховного та медичного характеру з огляду на те, що слово «репресія» (від лат. *repressio*) означає каральний захід, покарання [11, 441]. Тому ми вважаємо, що правова політика держави в сфері протидії злочинності може вимірюватися за ознакою методу правового регулювання крізь призму пенального та непенального підходів. Це надасть можливість, в свою чергу, відокремлювати репресивні заходи правового характеру та нерепресивні, визначати послаблення та посилення в ній репресивних заходів для розмежування гуманістичних та негуманістичних тенденцій в правовій політиці держави.

До непенального виміру правової політики держави у сфері протидії злочинності доцільно віднести всі засоби правового регулювання, які безпосередньо не пов'язані з кримінальним покаранням. Тобто все, що пов'язано з протидією злочинності нормами цивільного та адміністративного законодавства, кримінально-правовими інститутами обставин, що виключають злочинність діяння, звільнення від кримінальної відповідальності тощо.

Конкретний напрям правової політики держави у сфері протидії злочинності знаходить відображення у відповідному базовому нормативно-правовому акті (Кримінальний кодекс, Кримінально-процесуальний кодекс, Кримінально-виконавчий кодекс, закони та програми щодо протидії злочинності) та практиці його застосування. Виділення ж пенального та непенального вимірів правової політики держави у сфері протидії злочинності надає змогу дослідити напрями цієї політики, їх специфіку через відмінні ціннісні категорії, що дозволить вийти на продуктивний, на нашу думку, рівень пізнання та вдосконалення аналізованого феномену.

Для вдосконалення методологічних підходів та внесення ясності до понятійного апарату в справі протидії злочинності у цій статті ми спробуємо з'ясувати сутність та охарактеризувати пенальний вимір правової політики держави у сфері протидії злочинності.

Розгляд напряму правової політики держави у сфері протидії злочинності, пов'язаного з реалізацією різних видів покарання, уявляється актуальним, оскільки, як зауважує О. Костенко, покарання стає предметом усе пильнішої уваги вчених і практиків, що беруть участь у розробленні сучасної правової політики у сфері протидії злочинності. Це зумовлено, зокрема, необхідністю віднайдення нових ресурсів у протидії злочинності. Актуальність проблематики покарання для України, крім того, зумовлена реформуванням системи протидії злочинності відповідно до принципів правової держави [5, 264].

Незважаючи на те, що проблеми правової політики держави в сфері протидії злочинності досліджувалися такими вченими, як П. Андрушко, М. Бажанов, Ю. Баулін, В. Борисов, В. Голина, В. Гришук, О. Джужа, А. Закалюк, О. Кальман, М. Коржанський, О. Костенко, О. Литвак, В. Маляренко, М. Мельник, В. Навроцький, В. Сташис, В. Тацій, В. Трубніков, В. Філонов, П. Фріс, О. Фролова, М. Хавронюк та іншими, питання визначення напрямів цієї політики та встановлення оптимального їх співвідношення для ефективної протидії злочинності не знайшли свого остаточного розв'язання. Звичайно, що і запропонована стаття не може залишити обрану тематику без дискусії, але має на меті визначення одного з інтегруючих вимірів правової політики держави в сфері протидії злочинності, який потребує виокремлення з огляду на забезпечення системної, гуманної і, головне, — ефективної протидії злочинності.

Одразу ж необхідно визначитися з основними категоріями правової політики держави, що застосовуються у справі протидії злочинності. Бо будь-яке явище во-

лодіє своєю, особливою сутністю, яка в першу чергу повинна знайти свій прояв у його понятті. А серед переліку визначень напрямів правової політики держави у сфері протидії злочинності має бути виділене те головне, що складає сутність даного явища, його найбільш важливі, характерні ознаки, які визначатимуть зміст його існування, соціальне призначення та роль у житті суспільства.

Існують різні визначення політики, а сам термін «політика» є одним з найбільш неоднозначних. Попри все розмаїття підходів до визначення політики, які мали місце в історії політологічної думки, їх можна, узагальнюючи, звести до двох основних. Перший — це розуміння політики як зіткнення та протистояння великих груп людей, соціальних спільностей прагнення до панування одних над іншими, намагання мати перевагу у здійсненні інтересів. Другий — це спроби вбачати у політиці засіб узгодження інтересів різних соціальних груп, підпорядкування їх спільному началу, досягненню загальнозначущих цілей [9, 28].

Політика — процес розроблення стратегічного курсу суспільства, основних напрямів розвитку державної влади, а також способів реалізації її цілей і завдань; система цілеспрямованих заходів, які мають за мету розв'язання тих чи інших суспільних проблем, задоволення суспільних інтересів, забезпечення стабільності конституційного, економічного, правового ладу країни [10, 6—7].

Держава регулює всі сфери життєдіяльності суспільства, а оскільки ці сфери є досить тісно взаємопов'язаними одна з одною, то і політика, що їх регулює, є єдиною (являє собою одне ціле). Оскільки політика тісно пов'язана з різними сферами суспільного життя і може бути структурована відповідно до класифікації об'єктів її регулювання, то в цій ситуації доцільно говорити про окремі напрями державної політики [7, 9]. Там, де держава використовує можливості права в регулюванні суспільних відносин, виникає явище право-

вої політики. Як справедливо вказують М. Панов та Л. Герасіна, зміст правової політики об'єктивно обумовлений волею народу (громадянського суспільства), фактично опосередковується його повноважним інституційним представником — державою. Це зумовлено тим, що переважна частина внутрішньої і зовнішньої політики держави регулюється за допомогою права, законотворчого процесу, винесенням політико-правових рішень, втілюється у нормативні форми і спирається на міжнародно-правові принципи [8, 36].

Під правовою політикою прийнято розуміти сукупність правових ідей, установок, принципів, цілей, завдань, пріоритетів, а також правових засобів, спрямованих на забезпечення оптимального рівня розвитку і функціонування суспільних відносин. Відмінною рисою правової політики є те, що вона заснована на праві та знаходить своє вираження в прийнятті державою відповідних нормативних актів і здійсненні на їх основі правозастосовної діяльності [16, 15].

Складовою правової політики є правова політика держави у сфері протидії злочинності. Як слушно зазначає П. Фріс, правова політика держави у сфері протидії злочинності являє собою вироблену державою стратегію, основні концепції, напрями, цілі й засоби впливу на злочинність шляхом формування кримінального, кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого законодавства, регулювання практики їх застосування, а також і реалізацію заходів, спрямованих на запобігання злочинам [14, 13]. Ніяк не заперечуючи наведеного визначення та відповідного розподілу, ми пропонуємо також розглядати запропоновані напрями у двох вимірах — пенальному та непенальному.

Представники західної соціологічної школи права Ф. Ліст, Е. Феррі, а також російські вчені І. Фойницький, С. Познишев вважали, що наука кримінального права об'єднує кримінальне право у вузькому розумінні (кримінальна догматика), кримінологію злочинів і кримінальну полі-

тику (розробка заходів боротьби зі злочинністю). Деякі представники цієї школи вважали, що до її складу входить також і **пеналогія (наука щодо виконання покарань)** [13, 250].

А. Естрін стверджував, що основними питаннями кримінальної політики є питання про цілі кримінальної репресії, про критерії та методи визначення роду і мети репресії для кожного конкретного засудженого (ув'язненого) [17, 3]. О. Литвак під кримінальною політикою пропонує розуміти співвідношення між законодавством, каральними, адміністративно-організаційними та кримінологічно-попереджувальними заходами з урахуванням економічної та соціальної ситуації [6, 18].

Як бачимо, так чи інакше, але дослідники правової політики у сфері протидії злочинності виділяють пенальну політику держави. Тільки П. Фріс говорить про кримінально-виконавчий напрям правової політики у сфері протидії злочинності, І. Фойницький — про пеналогію (науку щодо виконання покарань), А. Естрін — про кримінальну політику взагалі, О.М. Литвак — про каральні заходи.

Наведені визначення, з одного боку, говорять про відсутність єдності у розумінні сутності та проявів аналізованого феномену, а з іншого — свідчать про різну ступінь констатації певного явища, яке існує, але не визначено на понятійному та категоріальному рівні.

Вважаємо, що можливо визначити такий вимір правової політики держави у сфері протидії злочинності, який цілісно, у сукупності відображає весь комплекс проблем визначення, призначення, реалізації та ефективності кримінального покарання. Чому це можливо?

Слово «пенальний» (від лат. *poena*) розуміється як караний, кримінально-караний; той, що перебуває у невідгданому положенні, під страхом покарання [1, 728]. А пеналогія — це наука про покарання та засоби кримінально-правового впливу, системне вивчення покарань [3, 714].

Мета пенальної політики знаходить своє відображення в ч. 2 ст. 50 КК України. Але ми наполягаємо на тому, що положення, які закріплені в ч. 2 ст. 50 КК України, визначають мету лише в галузі кримінально-виконавчої політики, тобто політики в сфері виконання покарань, про що зауважують деякі вчені [4, 210]. Хоча очевидним є той факт, що в обсяг кримінально-виконавчої політики входить весь комплекс проблем, пов'язаних із застосуванням до засуджених та відбуванням ними усіх без винятку покарань, що передбачені в КК України. Проте поза сферою кримінально-виконавчої політики залишаються проблеми законодавчого визначення та практики призначення виду та розміру покарання, а також питання загальної превенції, які з метою забезпечення комплексного підходу уявляється доцільним розглядати в рамках єдиного виміру правової політики держави в сфері протидії злочинності. В цьому контексті ч. 2 ст. 50 КК України обумовлює розвиток ще й специфічних кримінально-правових, кримінально-процесуальних та кримінологічних положень, пов'язаних з покаранням за злочин. Тобто застосування у категоріальному апараті політики держави у сфері протидії злочинності поняття «вимір» дозволяє, з одного боку, розкрити двобічну природу аналізованого явища, а з іншого — визначити ціннісну (аксеологічну) складову аналізованого феномену та відійти від домінуючих за радянських часів і впливових сьогодні догматичних підходів до вивчення правової реальності.

Підсумовуючи зазначене вважаємо, що пенальний вимір політики держави у сфері боротьби зі злочинністю втілює в собі чотири галузі (кримінально-правову, кримінально-виконавчу, кримінально-процесуальну, кримінологічну) та комплексно забезпечує досягнення мети покарання, підвищення його ефективності. У контексті пенального виміру перед кожним напрямом політики у сфері протидії злочинності стоїть конкретне завдання, що охоплює певну «ділянку» існування інституту покарання:

кримінально-правовий напрям розкриває загальну мету покарання, визначає межі, порядок та умови призначення покарання, визначає підстави звільнення від покарання та його відбування;

кримінально-виконавчий напрям встановлює шляхи досягнення мети покарання, передбачає основні засоби виправного впливу на засуджених, порядок і умови відбування тих чи інших видів покарань, порядок звільнення від відбування покарання, тобто деталізує положення кримінально-правової сфери в питанні виконання покарання;

кримінально-процесуальний напрям визначає ряд положень з призначення справедливого та індивідуального покарання і процесуальні гарантії прав засуджених;

кримінологічний напрям забезпечує загальну превенцію, запобігання вчиненню злочинів особами, що відбувають чи відбули покарання, формуванню кримінальної субкультури тощо.

Ось чому інтегруючий інтерес — мета покарання та підвищення його ефективності — поєднує в собі елементи кримінально-правового, кримінально-виконавчого, кримінально-процесуального та кримінологічного напрямів правової по-

літики держави у сфері протидії злочинності та утворює єдине системне політико-правове явище — пенальну політику держави, яка, в свою чергу, є виміром політики держави у сфері протидії злочинності.

Виходячи з наведеного, можна дійти висновку, що пенальна політика держави — це ціннісний вимір правової політики держави у сфері протидії злочинності, який має своїм предметом мету, оптимальні вид і розмір покарання за злочин, розробляє положення щодо призначення та звільнення від покарання та його відбування, формує засоби протидіючого впливу на злочинність під час реалізації покарання та знаходить своє відображення в нормах кримінально-правового, кримінально-виконавчого, кримінально-процесуального й кримінологічного законодавства і практиці їх застосування.

Перспективи подальших досліджень пенальної політики держави, на нашу думку, полягають у дослідженні пріоритетів, тенденцій та напрямів її розвитку, процесів взаємодії усіх її галузей та їх елементів, вивченні проблем доцільності того чи іншого покарання, визначення й встановлення його адекватності та ефективності за вчинення злочину тощо.

Список літератури:

1. *Англо-русский словарь* [отв. редактор Е.Б. Черкасская]. — М., 1963. — 1192 с.
2. *Борисов В.І.* Кримінально-правова політика та питання соціальної обумовленості Закону про кримінальну відповідальність / В.І. Борисов // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми [Матеріали міжнародної наукової конференції, Донецьк, 17—18 листопада 2006 року]. — Донецьк: Донецький юридичний інститут ЛДУВС, 2006.
3. *Великий тлумачний словник української мови* / [уклад. і голов. ред. В.Т. Бусик]. — К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. — 1440 с.
4. *Кондратішина В.В.* Кримінально-виконавча політика як елемент загальної політики у сфері боротьби зі злочинністю / В.В. Кондратішина // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми [Матеріали міжнародної наукової конференції, Донецьк, 17—18 листопада 2006 року]. — Донецьк: Донецький юридичний інститут ЛДУВС, 2006.
5. *Костенко О.М.* Культура і закон — у протидії злу: монографія. — К.: Атіка, 2008. — 352 с.
6. *Литвак О.М.* Держава і злочинність: монографія. — К.: Атіка, 2004. — 304 с.

7. Павленко Т.А. Щодо визначення поняття кримінальної політики держави // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми [Матеріали міжнародної наукової конференції, Донецьк, 17—18 листопада 2006 року]. — Донецьк: Донецький юридичний інститут ЛДУВС, 2006.
8. Панов М. Правова політика як універсальний феномен соціального буття / М. Панов, Л. Герасіна // Право України. — 2001. — № 8.
9. Політологія: підручник / І.С. Дубко, К.М. Левківський, В.П. Андрущенко [та ін.]; за заг. ред. І.С. Дубка, К.М. Левківського. — К.: Вища шк., 1998. — 415 с.
10. Скрипнюк О. Сучасна державна політика України: основні концептуальні підходи до визначення змісту поняття / О. Скрипнюк // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 4(39).
11. Словарь иностранных слов [18-е изд., стер.]. — М.: Рус. яз., 1989. — 624 с.
12. Спиркин А.Г. Основы философии [учебное пособие] / А.Г. Спиркин. — М.: Политиздат, 1988. — 591 с.
13. Фойницький І.Я. Ученіе о наказаніи въ связи съ тюрьмоведеніемъ / І.Я. Фойницькій. — СПб, 1889. — 369 с.
14. Фріс П.Л. Кримінально-правова політика у системі правової політики у сфері боротьби зі злочинністю / П.Л. Фріс // Кримінально-правова політика держави: теоретичні та практичні аспекти проблеми [Матеріали міжнародної наукової конференції, Донецьк, 17—18 листопада 2006 року]. — Донецьк: Донецький юридичний інститут ЛДУВС, 2006.
15. Фріс П.Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми [монографія] / П.Л. Фріс. — К.: Атіка, 2005. — 332 с.
16. Шемшученко Ю.С. Конституція України і права людини / Ю.С. Шемшученко // Право України. — 2001. — № 8.
17. Эстрин А.Я. Эволюция советской уголовной политики / А.Я. Эстрин // Основы и задачи советской уголовной политики. — Л., 1929. — 184 с.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается современное состояние теоретического исследования правовой политики государства в сфере противодействия преступности. Делается попытка теоретического обоснования пенального измерения указанной политики. Определяются перспективы дальнейших исследований в этой сфере.

SUMMARY

The modern state of theoretical research of legal policy of the state in the field of counteraction of criminality is examined in the article. It is given it a shot theoretical ground penal measuring of the noted policy. The prospects of subsequent researches in the noted sphere are marked.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики

Подано 22.01.10



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

ПРОБЛЕМИ ПРЕДСТАВНИЦТВА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Ключові слова: юридична особа, правосуб'єктність, представництво.

Інститут процесуального представництва, як міжгалузевий інститут [8, 109], є однією з форм реалізації конституційного права на правову допомогу [11], який знайшов своє закріплення і в кримінально-процесуальному законодавстві України.

Кримінально-процесуальний кодекс України, як і процесуальні кодекси інших галузей права, регламентують представництво не тільки фізичних осіб, але й юридичних.

В юридичній літературі з кримінального процесу небагато уваги приділено представництву юридичних осіб. Серед останніх наукових робіт, які торкаються зазначеного питання, можна виділити кандидатські дисертації П.Г. Сичова «Особенности участия и гарантии прав организаций (юридических лиц) на досудебных стадиях уголовного судопроизводства» [12] та Л.Л. Нескородженої «Забезпечення процесуальних прав і законних інтересів позивача та відповідача у кримінальному судочинстві України» [9].

Хоча ґрунтовних досліджень в цьому напрямі не проводилось.

Враховуючи значення інституту представництва для захисту прав та законних інтересів юридичної особи, слід визнати, що питанням представництва юридичних осіб в науці кримінального процесу приділено недостатньо уваги.

Завданнями цієї статті є дослідження представництва юридичної особи в кри-

мінальному процесі України з метою вирішення проблем, які виникають на практиці за участі юридичних осіб.

Відповідно до ч. 2 ст. 52 КПК України, коли цивільним позивачем або цивільним відповідачем є підприємство, установа чи організація, представниками їх інтересів можуть бути спеціально уповноважені ними на те особи [6].

За змістом зазначеного закону юридична особа може мати представника у кримінальному процесі лише з часу визнання її цивільним позивачем чи притягнення як цивільного відповідача [5, 96].

Але ж, проаналізувавши кримінально-процесуальне законодавство, можна дійти висновку, що перелік юридичних осіб — суб'єктів кримінального процесу, які можуть мати представників, значно ширший.

Так, осіб, які представляють інтереси юридичних осіб в кримінальному процесі, можна поділити на дві групи.

До першої групи слід віднести осіб, які представляють інтереси учасників процесу, а саме: представники цивільного позивача та цивільного відповідача, яких законодавець самих відносить до складу учасників процесу (п. 8 ч. 1 ст. 32 КПК України [6]).

Другу групу складають особи, які представляють інтереси юридичних осіб — інших суб'єктів кримінального процесу та тих, які самі не відносяться до учасників процесу. Так, в КПК України, в залеж-

ності від відносин, в яких зазначені особи беруть участь, можна зустріти: представника особи, інтересів якої стосується постанова слідчого і органу дізнання про відмову в порушенні кримінальної справи (ст. 99¹), представників підприємств, установ, організацій, яким передане на зберігання майно, на яке накладено арешт (ч. 2 ст. 126), представників підприємств, установ, організацій, що займають приміщення, де проводиться обшук і виїмка (ч. 2 ст. 181). Цей перелік не є вичерпним.

З вищезазначеного можна зробити висновки, що юридичні особи можуть мати представників не тільки з часу визнання їх цивільним позивачем або цивільним відповідачем, але й в інших випадках, передбачених кримінально-процесуальним законодавством. Але все одно право мати представників юридичним особам в кримінальному процесі надається в обмежених випадках.

Виникають питання, чи є обґрунтованими такі обмеження та чи не впливають вони на забезпечення захисту прав та законних інтересів юридичних осіб?

Вважаємо, що норми кримінального процесу, які регламентують представництво юридичних осіб, не враховують загально-правові погляди на особливості реалізації правосуб'єктності юридичних осіб. Адже правоздатність та дієздатність юридичної особи, як штучного суб'єкта права, реалізується особливим чином [7, 310]. Юридична особа, як цивільно-правова конструкція, набуває та здійснює свої права через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону (ч. 1 ст. 92 Цивільного кодексу України [14]).

Так само правосуб'єктність юридичних осіб реалізується і в процесуальних галузях права (ч. 3 ст. 38 Цивільного процесуального кодексу України [15], ст. 48 Господарського процесуального кодексу України [1]).

Слід зазначити, що кримінально-процесуальне законодавство не містить такого терміну як орган юридичної особи,

та взагалі питання реалізації правосуб'єктності в цій галузі права залишилося поза увагою законодавця.

В науковій літературі під органом юридичної особи розуміють юридичну конструкцію, яка створюється з метою дати можливість сформувати і виразити волю юридичної особи, відстоювати її інтереси [13, 132]. Це особа (фізична чи юридична) або група осіб, дії яких в силу закону або установчих документів породжують правові наслідки безпосередньо для самої юридичної особи [4, 104].

Серед органів юридичної особи слід виділити одноособовий. Саме він здійснює дії, направлені на виникнення, зміну та припинення прав і обов'язків для самої юридичної особи. В літературі його прийнято називати «представительным, волеизъявляющим» [7, 318—321]. Це може бути директор приватного підприємства, директор товариства з обмеженою відповідальністю, голова громадської організації та інші особи.

Враховуючи вищезазначене, в кримінальному процесі України, як і в будь-якій іншій галузі права, правосуб'єктність юридичних осіб реалізується через фізичних осіб, які виконують функцію органів юридичної особи.

Одразу виникає питання щодо статусу таких фізичних осіб в кримінальному процесі.

В цивілістичній науці існує дві концепції щодо статусу одноособового органу юридичної особи, які ґрунтуються на двох протилежних теоріях сутності юридичної особи: фікції та реалістичної.

Так, одна група вчених вважає, що орган юридичної особи не є самостійним суб'єктом права, а є частиною юридичної особи [2, 192; 4, 104; 12, 47]. Ось що пише з цього приводу російський цивіліст Є.А. Суханов: «Органы юридического лица не только осуществляют управление его деятельностью, но и выступают в имущественном обороте от его имени, иначе говоря, их действия признаются действиями самого юридического лица. Они со-

ставляють частку юридического лица и не являются самостоятельными субъектами права...» [2, 192].

Інша група вчених розглядає орган юридичної особи як її представника [7, 135; 13, 132]. Зокрема, авторський колектив підручника «Цивільне право України» розглядає орган юридичної особи, як «особливий функціональний представник юридичної особи. Це її законний представник, оскільки його повноваження засновані на вказівках закону і можуть здійснюватися без довіреності». При цьому вчені розмежовують представництво як інститут цивільного права, введення якого пов'язано з необхідністю здійснювати юридичні дії за тих суб'єктів цивільного права — фізичних чи юридичних осіб, які за певних обставин позбавлені здатності або можливості їх здійснювати самостійно, і функціонального представника юридичної особи — орган, через який (і лише через нього) вона, як самостійний суб'єкт права, бере участь у цивільному обороті [13, 132].

В цьому напрямі слід відзначити ґрунтовну роботу російської вченої Н.В. Козлової «Правосуб'єктність юридических лиц», яка робить висновок, що «правосуб'єктність юридического лица, как искусственного образования, реализуется посредством особого корпоративного представительства, осуществляемого физическими лицами (органами юридического лица), которые, будучи связаны с юридическим лицом корпоративными отношениями, в соответствии с законом, учредительными документами, договорами, иными сделками и/или правовыми актами, вырабатывают и осуществляют волю юридического лица, не сводимую к воле самих представителей, через которых юридическое лицо совершает сделки, иные юридически значимые и фактические действия» [7, 375].

Отже, якщо розглянути представництво як спосіб реалізації кримінально-процесуальної правосуб'єктності юридических осіб, то, виходячи з зазначених двох концепцій, можна зробити висновок, що

кримінально-процесуальне законодавство України неправильно регламентує представництво юридических осіб, оскільки його норми не відображають жодного з зазначених підходів. З одного боку, норми, які регламентують це питання, не відповідають теорії фікції, згідно з якою особа, що виконує функції органу юридическої особи, є її представником, оскільки законодавством передбачено обмежені випадки представництва. З іншого боку, встановлюючи випадки, коли юридична особа може мати представника, підкреслюючи тим самим, що юридична особа може брати участь в кримінальному процесі і без представника, законодавець необґрунтовано позбавляє такого права інших юридических осіб, наприклад, засталодавця, поручителя, правовий статус в кримінальному процесі яких значно ширше, якщо судити за кількістю прав та обов'язків.

Як бачимо, питання щодо статусу одноособового органу юридическої особи має важливе практичне значення для кримінального процесу. Перед особами, які здійснюють кримінальний процес, постають питання, чи потрібно визнавати керівника юридическої особи, яка бере участь як цивільний позивач або цивільний відповідач, наприклад, директора товариства з обмеженою відповідальністю, представником цивільного позивача або цивільного відповідача? І чи потрібно вважати фізичних осіб, які виконують функції одноособових органів юридических осіб, представниками відповідних юридических осіб — інших суб'єктів кримінального процесу?

В науковій літературі з кримінального процесу Російської Федерації вже було висловлено точку зору з цього питання. Так, російський вчений П.Г. Сичов вважає, що одноособовий орган юридическої особи не є її представником, а договірне представництво — це єдиний вид представництва в кримінальному процесі [12, 47].

На нашу думку, більш обґрунтованою точкою зору є інша, відповідно до якої особа, яка виконує функції органу юридическої особи, є її представником.

Оскільки, по-перше, така точка зору є найбільш обґрунтованою в науковій літературі з цивільного права; по-друге — узгоджується з законодавством інших галузей права України; по-третє — як показує практика, керівників (директори підприємств, керівники установ, голови правління КСП), тобто фізичних осіб, які виконують функції органу юридичної особи, слідчі визнають представниками [9, 146].

Але ж називати такий вид представництва законним, на нашу думку, є неправильним, оскільки такий термін використовується як в законодавстві, так і в науковій літературі при зазначенні представника фізичної особи.

Прийнято вважати, що підставою виникнення представництва за законом є факт спорідненості, усиновлення (удочеріння) або факт встановлення опіки чи піклування. Необхідність такого представництва зумовлена відсутністю повної процесуальної дієздатності учасника (зважаючи на його неповноліття або наявність деяких фізичних недоліків, психічну неповноцінність) [10, 144]. Хоча, наприклад, Кодекс адміністративного судочинства України, який, до речі, також не містить терміну «орган юридичної особи», осіб, які виконують його функцію, називає законними представниками (ч. 7 ст. 56 Кодексу адміністративного судочинства України [3]), що все ж таки є неправильним.

Називати такий вид представництва корпоративним теж є неправильним, оскільки не завжди відносини, які складаються між фізичними особами, що виконують функції органів юридичної особи, та самої юридичної особи, є корпоративними.

Зазначене питання ще потребує подальших досліджень в межах загальної теорії права.

Отже, в кримінальному процесі окрім договірного представництва, є ще один вид представництва — особливе представництво, яке здійснюється особами, що виконують функції органів юридичних осіб на підставі закону, положення, статуту.

Таким чином, особливість представництва юридичних осіб полягає в тому, що це єдиний можливий засіб реалізації їх дієздатності у всіх галузях права, в тому числі і в кримінальному процесі. Саме за допомогою інституту представництва юридична особа набуває кримінально-процесуальні права та обов'язки і здійснює їх. Беручи участь в кримінальному процесі як поручитель, заставодавець, обов'язковим учасником правовідносин за участі юридичної особи є її представник.

Отже, метою представництва юридичних осіб в кримінальному процесі є не тільки надання правової допомоги, але й реалізація їх правосуб'єктності.

Водночас кримінально-процесуальне законодавство не передбачає обов'язковості та іноді можливості участі представників юридичних осіб в кримінально-процесуальних відносинах, не регламентує їх процесуальний статус, тим самим позбавляючи взагалі можливості реалізації юридичними особами їх прав та законних інтересів.

На нашу думку, цю проблему може вирішити загальна норма, яка б регламентувала участь представників юридичних осіб в кримінальному процесі, як це відбувається в інших галузях процесуального права. При цьому вважаємо за доцільне використати термін «Орган юридичної особи».

Крім того, необхідно все ж таки зазначити перелік документів, які посвідчують повноваження представників юридичних осіб.

Отже норму пропонуємо викласти наступним чином:

«Юридичних осіб представляють їхні органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законом, статутом чи положенням, та інші уповноважені особи.

Документами, що посвідчують повноваження представників, є довіреність юридичної особи або документи, що посвідчують службове становище і повноваження її керівника.

Зазначені в цій статті представники користуються процесуальними правами осіб, інтереси яких вони представляють».

Разом з тим, вважаємо за необхідне ч. 2 ст. 52 КПК України виключити.

Список літератури:

1. Господарський процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
2. Гражданское право: в 2-х т.: учебник / [ред. Е.А. Суханов]. — изд. 2-е, перераб. и доп. — Т. 1 — М.: БЕК, 2000.
3. Кодекс адміністративного судочинства України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
4. *Кравчук В.М.* Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В.М. Кравчук. — К.: Істина, 2005. — 720 с.
5. Кримінальний процес України: підручник / М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко. — К.: Либідь. — 1992. — 431 с.
6. Кримінально-процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
7. *Козлова Н.В.* Правосубъектность юридического лица / Н.В. Козлова. — М.: Статут, 2005. — 476 с.
8. *Лазько Г.З.* Особливості реалізації процесуального представництва у господарському процесі / Г.З. Лазько // Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 3.
9. *Нескороджена Л.Л.* Забезпечення процесуальних прав і законних інтересів позивача та відповідача у кримінальному судочинстві України: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Л.Л. Не скороджена. — Київ, 2002. — 225 с.
10. *Пожар В.* Щодо класифікації представництва у кримінальному судочинстві / В. Пожар // Підприємництво, господарство і право. — 2009. — № 5.
11. Рішення Конституційного Суду України від 30.09.2009, № 23-рп/2009 «У справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу)» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
12. *Сычев П.Г.* Особенности участия и гарантии прав организаций (юридических лиц) на досудебных стадиях уголовного судопроизводства : дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук / П.Г. Сычев. — Москва, 2008. — 231 с.
13. Цивільне право України: Підручник: у 2 т. / В.І Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, І.В. Жилінкова [та ін.]; за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої та В.Л. Яроцького. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.
14. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>
15. Цивільний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

РЕЗЮМЕ

В статье на основе анализа общеправовых взглядов на особенности реализации правосубъектности юридического лица делается вывод об отсутствии правового регулирования данных особенностей в уголовном процессе. Предлагаются пути решения данной проблемы.

SUMMARY

The article gives the conclusion about absence of legal regulation of the certain peculiarities in criminal process on the basis of general legal views on these matters dealing with peculiarities of realization of legal subjectivity of juridical subject.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 26.02.10



*К.В. БЕЛЯЄВА,
аспірантка
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник професор В.Г. Гончаренко)*

ЕТАПИ ЗАРОДЖЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЮРИДИЧНОЇ ПСИХОЛОГІЇ

Ключеві слова: юридична психологія, брехня, істина, підозрюваний, допит.

*Якби брехня, подібно до істини, мала єдине обличчя, наше положення було б значно легше.... Але протилежність істині володіє сотнею тисяч облич і не має меж.
М. Монтень*

Юридична психологія досить стара і в той же час досить молода наука. Вона має за собою тисячолітнє минуле, проте вона вся у майбутньому.

Ще на зорі розвитку суспільства виникла необхідність у встановленні істини. Тягар відповідальності за безпеку всього племені змушував вождя жорстоко карати тих, хто наражав на небезпеку життя та здоров'я єдиноплеменників через свою жадібність, заздрість чи боягузтво. Перспектива покарання штовхала винуватих до брехні з метою приховання своєї причетності до вчиненого проступку. Це в свою чергу зміцнювало нагальність проблеми встановлення істини.

Історія людства налічує величезну кількість способів та методів виявлення брехні. Так, наприклад, в стародавньому Китаї підозрюваний повинен був вислухувати обвинувачення зі жменюю рису у роті. Якщо рис залишався сухим, це свідчило про неправдивість показань (стресова ситуація, викликана потребою говорити неправду, гальмувала слиновиділення).

У Індії особа, яку допитували, вимушена була монотонно бити у гонг. При неправдивій розповіді досвідченому судді

вдавалось розрізнити зміну у ритмах та силі ударів.

З метою виявлення винних широко застосовувались катування та різного роду мучення. Разом з фізичними застосовувалися і моральні тортури, в основі яких мали місце узагальнені емпіричні дані, побудова психологія [2; 3].

До сучасних вчених дійшли досить цікаві історичні пам'ятки, де збереглась інформація про тогочасне судочинство. Як не дивно, прикладом, який відомий навіть тим, хто не цікавиться юриспруденцією, є Біблія. Слід зазначити, що початковий варіант відомих заповідей Моїсея містив релігійні культові норми та рекомендації щодо їх застосування, однією з яких було «...не варіть козеня в молоці його матері» [9, 129]. Проте необхідність керувати досить великою общиною змусила старійшин скоротити, спростити заповіді та надати їм правового характеру: «... Не убий... Не кради...» Дотримання цих норм було забезпечено вірою та релігійним вихованням спільноти.

В не менш відомих Законах Ману, на фоні монументальної праці, також присвяченої релігійній етиці, виділяється цілий

розділ, покликаний регулювати суспільні відносини та захищати правопорядок. *«108. Свідок, що надав свідчення, в якого протягом семи днів трапляється хвороба, пожежа або смерть родича, має бути змушений сплатити борг і штраф...114. Або слід змусити обвинуваченого узяти вогонь, зануритися у воду або ж доторкнутися до голів дружини і синів окремо... 115. Той, кого палаючий вогонь не обпалює, кого вода не змушує піднятися вгору і з ким незабаром не трапляється нещастя, повинен вважатися чистим в клятві»* [6, 138].

Згадаємо Закони царя Хаммурапі (спрямовані на страх перед покаранням), що проголошували: *«Якщо син вдарив батька, йому слід відрубати руку»*; *«Якщо людина переломила кістку іншій людині, їй слід переломити кістку»*; *«Якщо суддя розібрав справу, виніс рішення та виготовив документ з печаткою, а потім рішення своє змінив, то суддя цей підлягає викриттю у зміні свого рішення, яке він постановив, та позовну суму, що мала місце в цій справі, він має сплатити в дванадцятикратному розмірі, крім того, на зібранні його повинні зігнати з суддівського крісла і він не повинен вертатися туди і засідати разом з іншими суддями»* [10, 26].

Уклад життя стародавніх русичів наклак відбиток на законодавство. Одна з найвідоміших пам'яток — Руська правда — написана князем київським Ярославом Володимировичем, свідчить наступне: *«Хто уб'є людину, тому родичі убитого мстять за смерть смертю»*; або за вбивство людини в спорі або у п'яному стані, якщо при цьому вбивці вдалося сховатися, то округа (гілка), де здійснилося вбивство, платить за нього штраф — дику віру, але в різні терміни і в декілька років. В тому випадку, якщо вбивця не сховається, то стягується з округи або волості половина віри — 20 гривен, а інша половина з самого вбивці. Якщо ж вбивство сталося без всякої сварки, то волость не платить за вбивцю але видає його *«на потік»* або в руки государя *«з дружиною, з дітьми і з майном»* [7, 7].

Слід зауважити, що хоча подібні правові акти дещо бентежать сучасних, особливо молодих, юристів, — бурхливий стан суспільства потребував суворих заходів для підтримання суспільної безпеки та державної цілісності, тому жорстокість і, на перший погляд, деяка абсурдність випробувань та покарань була породженням свого часу і цілком виправдовувала себе.

В епоху середньовіччя слідчі поіншому підходять до самого поняття істини, а також до процесу її встановлення. Акцент робиться на власне зізнання підозрюваного, яке вибивають з нього, не гребуючи ні якими методами.

Також мають місце психологічні прийоми. Наприклад, підозрюваного несподівано для нього вводили в слабко освітлену кімнату, де лежав труп убитого, і там його умовляли сказати правду, розраховуючи, що приголомшений винуватець видасть себе.

Апофеозом безправ'я став витвір Якова Шпренгера та Генріха Крамера — книга *«Молот відьм»* (Malleus Maleficarum), де всі негаразди пересічного громадянина пояснювались відьмацьким чаклунством, лише підозри в якому було цілком досить для спалення на вогнищі.

Подібна вседозволеність слідчих-інквізиторів сама по собі була неабияким психологічним тиском на свідомість потенційного злочинця [8, 69]. Мінус був в тому, що подібний тиск розповсюджувався й на законслухняних громадян, що призводило до наклепів та обмов. А, так би мовити, продукт вигадливості тогочасних дізнавачів залишив багатий спадок прийдешнім поколінням у вигляді катувань та знущань не лише над тілом людини, а й над її духом.

Наприклад, поширене катування *«кобилка»* являло собою дерев'яний пристрій з гвинтом, пристосованим для натягування та відпускання, призначений для мучення з метою встановлення істини. Тих, кого катували на *«кобилці»*, вішали за руки та розтягували за звисаючі ноги донизу, причому мотузки, якими були прив'язанні нещасні,

тріщали від натягіння. «Кобилку» розтягували, заподіюючи біль, та послаблювали, припиняючи його [11, 78].

Зародки ж саме юридичної психології, якщо не як окремої науки, то принаймні як окремого напряму досліджень, беруть початок з Епохи просвітництва. Саме тоді в наукових дискусіях закладалась основи раціоналістичного підходу до пояснення причин злочинності, а також здійснювався збір емпіричного психологічного матеріалу щодо діяльності суду і місць позбавлення волі. Подолання теологічних і натуралістичних поглядів на злочинність зустрічається в працях французьких філософів-гуманістів Д. Дідро, Ж.Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, М. Вольтера, Д. Гельвеція, П. Гольбаха, де вказується на те, що право має бути не волею правителів, а усвідомлюваною суспільством мірою соціальної справедливості, повинно базуватися на ідеях свободи особи і дотримання її природних прав.

Важливого значення набувають свідчення свідків і дані про особу підсудного, потерпілого, позивача і відповідача. Безумовно, і тут для правильної оцінки свідчень зацікавлених осіб з'являється потреба залучення і використання психологічного знання [4, 29].

Переломним моментом стали науково-правові розробки італійського юриста Чезаре Беккарія, що заклав основи раціонально-юридичного кодифікування злочинів. Його щирі переконання в тому, що будь-який прояв влади людини над людиною, яке не викликано крайньою необхідністю, є тиранією, що ефективність заходів, які перешкоджають скоєнню злочинів, має бути тим вище, чим небезпечніше злочин для суспільного блага і чим сильніше спонукальні мотиви до скоєння злочину, і отже, суворість покарання повинна залежати від тягара злочину, змусили суспільство переоцінити своє відношення до злочинів, злочинців та встановлення істини. Провідні мислителі та вчені починають ретельніше досліджувати ці питання [1, 27, 45].

Англієць Ієремія Бентам створює «утилітарну теорію причин злочинності», що підігріває інтерес суспільства не лише до факторів злочинності, а й до особи та до конкретних типів злочинців, вплив на них слідства й судового процесу.

Масштабні монографічні праці з юридичної психології видають німецькі вчені К. Еккартегаузен («Про необхідність психологічних знань при дослідженні злочинів» — 1792) та І.Х. Шауман («Думки про кримінальну психологію» — 1792).

Особливістю першої половини XIX ст. є зростання публікацій про злочинність і особу злочинця, природничих наук, що спираються на досягнення анатомії, біології, фізіології, психіатрії і ін. Такими є роботи німецьких учених І. Гофбауера «Психологія у її основних вживаннях до судового життя» (1808) і І. Фрідрейха «Систематичне керівництво із судової психології» (1835), а також публікації російських учених А.П. Куніцина, А.І. Галича, Д.Л. Елпатьєвського, Г.С. Гордієнка, П.Д. Людія з психологічного обґрунтування міри покарання, виправлення і перевиховання злочинців.

Звісно, не обійшлося без крайнощів. У першій половині XIX ст. велику популярність отримала френологічна теорія австрійського лікаря-анатома Франца Галля, який намагався довести пряму залежність між психічними явищами і зовнішніми фізичними особливостями будови головного мозку людини (нааявністю опуклостей, западин і співвідношень частин черепа).

Зі свого боку Чезаре Ломброзо у монографії «Злочинна людина, вивчена на основі антропології, судової медицини і тюрмознавства» (1876) розробив концепцію «природженого злочинця», вважаючи, що йому властиві атавістичні риси, які споріднюють його з прашурами-дикунами. На думку Ч. Ломброзо, типовий «природжений злочинець» може бути розпізнаний за певними фізіогномічними ознаками: скошене чоло, подовжені або нерозвинуті мочки вух, великі щелепи, ямки на потиличній частині голови тощо.

Як не дивно, теорію Ламброзо підтримали вчені багатьох країн, у тому числі і в Росії (І.Т. Оршанський, І. Гвоздев, в перших працях — Д.А. Дріль). В той же час через слов'янські соціально-культурні традиції і міждисциплінарну орієнтованість вони відразу були піддані критиці з боку багатьох юристів (В.Д. Спасович, Н.Д. Сергієвський, А.Ф. Коні та ін.) і психологічно орієнтованих учених (В.М. Бехтерев, В.Ф. Чиж, П.І. Ковалєвський та ін.).

На активізацію досліджень психологічних причин злочинності вплинув прогрес у царині суспільних та гуманітарних наук. Активну увагу почали приділяти, з одного боку, важливості встановлення правових законів, беручи до уваги природу людини, з іншого — наявності у юристів психологічної компетентності.

Підпільно була видана спеціальна брошура В. Бахарєва «Як тримати себе на допиті і в суді» (1900 р.), в якій описувались прийоми допиту, що використовували жандармські слідчі, й надавались рекомендації, як їм протистояти. Адже, незважаючи на офіційну заборону катувань, слідчі широко використовували їх на допитах.

Далі має місце надзвичайний за своїми масштабами та зухвалістю експеримент — створюється нова держава — Союз Радянських Соціалістичних Республік. Встановлення нового порядку та захист його від злочинних посягань вимагає титанічної праці від фахівців в різноманітних галузях науки.

Психолог А.Р. Лурія пропонує спеціальний апарат, що фіксує реакцію особи, яку допитують, на слова-подразники. Цей апарат став прообразом поліграфа, так званого детектора брехні [5, 114, 115].

Згодом цю ідею підхопили закордонні спеціалісти, але, зазнавши деяких спрощень, вона втратила свою попередню унікальність.

На поч. 2 пол. XX ст. за кордоном питанням встановлення достовірності свідчень займаються І. Кертес, Я. Соукуп, П. Хорошовський, Т. Богдан та інші.

Проблема боротьби з брехнею виходить на міжнародний рівень. Суспільство

визнає необхідність заборони використання ЛСД на допитах (1971). Вважається, що хоча використання препарату дає непогані результати, воно є недозволенним впливом на психіку людини.

В англо-американському кримінальному процесі, де визнання підсудним своєї вини є достатнім для проголошення обвинувального вироку, широкого використання набувають різного роду провокації.

Як свідків допитують офіцерів поліції, котрі повідомляють суду інформацію, отриману незаконними шляхами. Експерти виступають як помічники суддів, що унеможлиблює їх неупереджене ставлення до підсудного.

Яскравим прикладом є процедура допиту Лі Харві Освальда, який буцімто стріляв в президента Кеннеді. Допит тривав 12 годин. Формально допит вів капітан Фіц, проте відомо, що насправді в допиті брали участь 25 чоловік, які міняли один одного через 7—8 годин. Пізніше, один з офіцерів напише, що ними були порушені всі принципи вірної тактики допиту.

Безперервний прогрес у суспільних взаємовідносинах вимагає поваги до честі та гідності людини і громадянина. Виникає потреба у гуманних методах дізнання, нових способах встановлення істини. У 1992 р. засновується Європейська асоціація психології і права. Юриспруденція широко співпрацює з найрізноманітнішими галузями науки. У спілкуванні з підозрюваними, потерпілими, свідками використовуються новітні досягнення психології, соціології, логіки, риторики та ін. Широко застосовуються дані, отримані за допомогою різноманітних експертиз, зокрема, психологічних. У 1993 р. новий кримінально-процесуальний кодекс Франції дає офіційний дозвіл на їх проведення на території країни.

В тому ж році у Римі при університеті «La Sapienza» починає діяти Міжнародне товариство із судової психології. У 1996 р. засновується Італійська асоціація судової психології. Через рік в Турині виникає Академія психології, психіатрії та

права. А в 2001 р. Американська судово-психологічна асоціація визнає судову психологію окремою спеціальністю.

На теренах колишнього Радянського Союзу відбувається активізація психологічних досліджень в галузі права. У Росії публікуються роботи Ю.М. Антоняна, В.Л. Васильєва, М.І. Єнікєєва, В.Ф. Пирожкова, О.М. Столяренка, Г.Г. Шиханцева і багатьох інших дослідників. Йде «бум» психологічно-юридичних публікацій.

В свою чергу практики, тобто дізнавачі та слідчі, застосовують знання з психології при проведенні слідчих дій. Цікавим є психологічний експеримент, який вирізняється своєю унікальністю у кожному окремому випадку, а отже є досить складним, бо вимагає від слідчого не лише професійних навичок, а й неабиякої кмітливості та іноді акторської майстерності й ризику, адже результат проведення експерименту слідчий може лише прогнозувати, але не передбачити.

По-перше, будь-який психологічний експеримент базується на інформації, що накопичується в результаті ретельного збирання та дослідження доказів у справі. Подібні дії слідчого дозволяють йому визначитись з версіями, підозрюваними та напрямом, в якому буде проходити подальше розслідування, а також грамотно спланувати сценарій майбутньої зустрічі з опонентом.

Було вкрадене осіннє пальто. Призначивши підозрюваному допит, слідчий придбав аналогічний екземпляр. Підозрюваний, зайшовши в кабінет слідчого і побачивши знайому (на перший погляд) річ, занервував і полегшив слідчому процес встановлення істини [5, 107].

По-друге, результат експерименту не є законною підставою для притягнення як обвинуваченого, він може лише скерувати дії слідчого або підштовхнути підозрюваного для подальшої співпраці. Причому слід враховувати, що поштовхом повинна слугувати несподіваність створеної ситуації, її відповідність протиправному діянню, результатом якого є зміна в пове-

дінці особи — виникнення напруження, нервування тощо, що може значно полегшити задачу інтерв'юера. Проте слід брати до уваги, що початкова відсутність психологічного контакту між слідчим та підозрюваним може сприяти обережності та «замкнутості» останнього, що відобразиться на результаті експерименту.

Готуючись до допиту підозрюваного у вбивстві власної дружини, слідчий знайшов чобітки — такі самі, що були на жертві в момент вбивства, і які вона загубила у запальній боротьбі. Поставивши їх на стіл, слідчий прикрив їх газетою так, щоб край одного було важко не помітити. Підозрюваний, зайшовши в кабінет, одразу почав нервувати.

По-третє, слідчому необхідно ретельно ознайомитись з особою того, по відношенню до кого планується проведення експерименту. Слід встановити вік особи, адекватність сприйняття подій, що відбулись та відбуваються, попередній досвід спілкування з представниками правоохоронних органів, мотиви, що спонукали особу до протиправних дій та подальшого приховування правдивої інформації.

Дехто М., боячись відповідальності за раніше скроєний злочин, у ході розслідування приховав своє дійсне прізвище. Слідчому, однак, були відомі данні про те, що М. насправді є Н., який на той час перебував у розшуку, хоча його родичі стверджували, що він помер та похований на сільському кладовищі. Про це свідчила його сестра, яка не здогадувалась про арешт брата. Слідчий викликав її на допит, домовившись з працівниками міліції про те, що у вказаний час вони проведуть М. повз вікна його кабінету. У визначений час слідчий запропонував дівчині, запрошеній на допит, визирнути у вікно. Упізнавши брата, вона скрикнула від несподіванки, чим проявила своє здивування та попередне знайомство з М. Після цього вона дала правдиві свідчення [5, 114].

По-четверте, слідчий повинен сам підготуватись до проведення вказаної дії — належним чином облаштувати місце зу-

стрічі з підозрюваним, продумати «сценарій» експерименту, визначитись з порядком постановки питань, підготуватись морально та психологічно. Також велику роль відіграє опрятність одягу та виправка слідчого.

Молодий слідчий проводив допит свідка по справі Н. — майора армії. На допиті свідок був мовчазним й не бажав контактувати зі слідчим. Наступного дня допит проводив інший, більш досвідчений слідчий, якому Н. детально розповів про хід бачених ним подій. На запитання, чому Н. не бажав говорити з попереднім слідчим, він пояснив, що не випрасувана сорочка парубка нашттовхнула його на думку про некомпетентність та недосвідченість останнього.

Перераховані приклади є застосуванням на практиці теоретичних рекомендацій провідних фахівців у царині психології. Перевагою психологічного експерименту є те, що він не порушує (принаймні не повинен порушувати) жодних прав людини та громадянина. Більш того, він сприяє скорішому виявленню істини, а отже й ско-

рішому досягненню результату — виявленню та притягненню винних до відповідальності. Моментом, на який не можна не звернути увагу, є те, що слідчий експеримент є симбіозом психологічних, юридичних, логічних та інших знань слідчого, що вимагає від нього постійної роботи над собою. Психологічний експеримент є вінцем багаторічних теоретичних надбань юридичної психології, що накладає на слідчого величезну відповідальність за результати його проведення.

З цього слідує висновок про нагальну необхідність дослідження і поглиблення знань з юридичної психології, а саме: закономірностей поведінки, візуальних ознак неправдивих свідчень та виявлення інших нюансів не лише фахівцями у цій галузі, а й складом слідчих органів. Адже історія зародження і розвитку юридичної психології переконливо свідчить, що дана царина теоретичного знання і психологічної практики стає вельми багатоплановою і в перспективі буде ще більш необхідною в правовій сфері і чинитиме на неї свою формувальну гуманізуючу дію.

Список літератури:

1. *Беккариа Чезаре*. О преступлениях и наказаниях. — Москва: Стелс, 1995. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.krotov.info/lib_sec/02/b/bek/karia.html
2. *Владимировъ Л.Е.* Ученіе объ уголовныхъ доказательствахъ / Л.Е. Владимировъ. — СПб, 1910.
3. *Чуфаровский Ю.В.* Юридическая психология [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://209.85.129.132/search?q=cache:http://www.vuzlib.net/beta3/html/1/14465/>
4. *Дулов А.В.* Судебная психология: учебное пособие; 2-е издание, исправленное и дополненное / А.В. Дулов. — Минск: Вышэйшая школа, 1975.
5. *Закатов. А.А.* Ложь и борьба с нею / А.А. Закатов — Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1984.
6. *Законы Ману*. [пер. С. Д. Эльмановича проверенный и исправленный Г.Ф. Ильиным]. — М.: Ладомир, 1992.
7. *Білецький Леонід*. Руська правда й історія її тексту / Леонід Білецький. — Вінніпег, 1993. [Електронний ресурс]. — Режим доступа: <http://litopis.org.ua/index.html>
8. *Крамер Генрих, Шпренгер Яков*. Молот ведьм [пер. проф. С. Лозинского] / Генрих Крамер, Яков Шпренгер. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.lib/aldebaran/ru>
9. *Зевако Мишель*. Нострадамус [пер. Н.Ф. Василькова] / Мишель Зевако. — М.: Эксмо, 2006 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.lib/aldebaran/ru/author/zevaco_mishel_nostradamus

10. Законы царя Хаммурапи [Электронный ресурс]. — Режим доступа: www.hist.msu.ru/ER/Text/hammurap.htm

11. *Линовский В.А.* Опыт исторических розысканий в следственном уголовном судопроизводстве в России / В.А. Линовский. — М., 2001.

РЕЗЮМЕ

В статье описаны попытки человечества найти пути установления истины, некоторые исторические этапы зарождения и развития юридической психологии, а также отдельные моменты практического применения ее разработок в досудебном следствии.

SUMMARY

In this article describe endless attempts to get to the truth, some of historical period conception and evolution juridical as applied it in the criminal investigation.

*Рекомендовано кафедрою кримінального процесу
та криміналістики*

Подано 15.02.10



О.С. ХОВПУН,
аспірант
(Академія адвокатури України)
(Науковий керівник доцент В.І. Бояров)

ДОПИТ СВИДКІВ У СПРАВАХ ПРО ДТП

Ключові слова: *дорожньо-транспортна пригода, досудове розслідування, слідчі дії.*

Серед інших справ про дорожньо-транспортні пригоди (ДТП) вагоме місце належить такій складній категорії справ, до якої можна віднести ДТП, ускладнені зникненням її учасника з місця події.

До питань методики розслідування злочинів про порушення правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспортних засобів зверталися в своїх працях багато науковців: М.Г. Богатирьов, В.І. Жулев, Б.Л. Зотов, М.П. Зуев, Ф.Х. Кульмашев, В.А. Мисливий, С.Г. Новіков, В.К. Стринжа та ін. Але проведені дослідження переважно присвячені загальним питанням розслідування ДТП або угону автотransпортних засобів, де приділяється основна увага перш за все розшуку автотransпортних засобів. Особливості розслідування справ про порушення правил безпеки дорожнього руху, які ускладнені зникненням підозрюваного з місця події, спеціально в окремих наукових працях не розглядалися. В останні роки з'явилася фактично одна робота зазначеного напрямку, підготовлена в Росії (В.Ф. Фіногенов, 2007 р.), яка присвячена теоретичним і практичним проблемам розшуку, вкрадених (угнаних) і зниклих з місця події транспортних засобів, де основна увага надається саме розшуку таких автомашин [3].

Аналіз матеріалів зазначеної категорії справ показує, що на початковому етапі їх розслідування дізнання та слідство сти-

каються з наступними слідчими ситуаціями, які умовно можна поділити на чотири групи:

- водій зник з місця події на автотransпортному засобі; інформація про автотransпортний засіб та про водія відсутня (кожна третя справа);
- водій зник з місця події на автотransпортному засобі; є дані про автотransпортний засіб (майже дві третини справ);
- водій з місця події зник без автотransпортного засобу; дані про особу, яка вчинила злочин відсутні (2—3% від всіх справ);
- водій з місця події зник без автотransпортного засобу; дані про особу, яка вчинила злочин, є (2—3% від всіх справ).

Є ще окрема ситуація, пов'язана із виявленням трупа людини, смерть якої є результатом ДТП, але при цьому не відомо про місце, де сталася дорожньо-транспортна подія, в результаті якої загинула людина; дані про автомашину та про особу, яка керувала транспортним засобом.

Слідова картина місця ДТП, як відомо, являє собою матеріальні та ідеальні сліди. До останніх, зокрема, відносяться ті сліди, що залишаються в пам'яті потерпілих та свідків, які є очевидцями та учасниками ДТП.

Зникнення підозрюваного з місця ДТП частіше за все вчиняється в умовах відсутності свідків, особливо коли дорожньо-транспортна пригода вчиняється в нічний час, в малонаселених пунктах, на дорогах з малоінтенсивним рухом автотранспорту, в сільській місцевості та ін. Саме ці обставини — відсутність очевидців події — інколи є провокуючим фактором, який спонукає водія — учасника події залишити місце ДТП. Вказані фактори суттєво ускладнюють розслідування, зокрема, вимагають суттєвих зусиль з боку слідчого та органів дізнання, спрямованих, перш за все, на пошук свідків злочину.

Звичайно, у справах зазначеної категорії допиту (слідчим або дізнавачем) підлягають потерпілі, які є учасниками події, та свідки. В свою чергу, останніх можна поділити на три умовні групи: перша — очевидці дорожньо-транспортної події (продавці кіосків, прохожі, мешканці домів, які розташовані поряд із місцем ДТП, водії автотранспортних засобів, які перебували на місці події, та ін.); друга — свідки, які бачили автомашину підозрюваного під час її руху з місця ДТП (за відповідним маршрутом) або безпосередньо бачили водія, який залишив автомашину на місці події; особи (переважно, водії), які переслідували автомашину, на якій зник підозрюваний (в тому числі працівники міліції); третя — це особи, які мали відношення до автомашини, що зникла (її власники, родичі підозрюваних, їх знайомі, працівники автостоянок та ін.), брали участь в її ремонті з метою приховування факту причетності автомашини до ДТП. Особливістю свідків з останньої групи є те, що всі вони якоюсь мірою можуть бути зацікавлені в результатах розслідування справи і не завжди надають допомогу слідству, даючи правдиві свідчення.

Осіб, які постраждали під час ДТП, опитують (отримують пояснення) або проводиться їх допит за традиційним переліком запитань, зокрема: щодо відомих їм обставин ДТП (бажано допит проводити з пред'явленням план-схеми місця події);

про інших учасників події; про стан автотранспортного засобу; дані про автомашину, яка була учасником ДТП (марка, модель, колір, особливі прикмети автомашини та ін.).

У потерпілих слідчий також вивчає: який стан його здоров'я (як він себе відчуває після події); який стан його зору та слуху; чи не знаходився він у стані алкогольного сп'яніння.

Складність допиту особи, яка постраждала в результаті ДТП (потерпілого), пов'язана перш за все з наявністю важких ушкоджень, в результаті чого вона не в змозі пригадати та викласти всі відомі їй обставини події, що сталася. Допит такої особи проводиться за дозволом лікаря, якій проводить її лікування. Якщо потерпілий отримав тяжкі ушкодження і не виключена можливість його загибелі, доцільно застосовувати аудіозапис. Під час допиту потерпілого треба враховувати, що він є особою, що зацікавлена у певних результатах розслідування справи, і може давати показання, які не завжди відповідають дійсності.

Крім традиційних питань щодо обставин події, особлива увага надається питанням щодо осіб, які знаходились в автомашині: хто знаходився за кермом, хто ще був у салоні автомашини, їх прикмети (в тому числі, наявність тілесних ушкоджень, стан одягу); дії зазначених осіб після зіткнення автотранспортних засобів або наїзду на людину (чи виходили вони з автомашини, чи були спроби надати допомогу постраждалим)*; чи змінювалася обстановка місця події (місце, де зупинилася автомашина після зіткнення; розташування тіл постраждалих, вилучення предметів — деталей автомашини та ін.).

Вже під час огляду місця ДТП вкрай важливим для слідчого є отримання даних щодо свідків-очевидців. Для цього опера-

** Інколи винні особи з метою приховування факту ДТП під виглядом транспортування потерпілого до лікарні для надання медичної допомоги відвозять його у малолюдні місця (лісові масиви, будівельні майданчики та ін.), де і залишають їх без надання допомоги.*

тивні працівники органів внутрішніх справ за дорученням слідчого опитують громадян з числа потенційних очевидців події, яка є предметом розслідування: проводять обходи квартир, приватних будівель, підприємств, установ та організацій, які розташовані поряд з місцем події (у разі відсутності позитивних результатів цієї роботи, у подальшому досить часто практикується звернення до свідків ДТП через ЗМІ). Зокрема, опитуванню підлягають особи, які працювали поблизу місця події з числа продавців кіосків; працівники охоронних структур, особливо у нічний час; водії таксі тощо.

Достатньо результативною може бути діяльність адвоката — представника інтересів потерпілого в ситуації, коли слідство (дїзнання) після проведення дій на початковому етапі розслідування суттєво знижує свою активність або зовсім не проводить пошук учасників ДТП, які залишили місце події. Розслідування, яке проводить при цьому адвокат в інтересах потерпілого, — це сукупність його дій, які він здійснює на етапі досудового слідства з моменту винесення постанови про визнання потерпілою особи, яку він представляє, з метою представництва прав і законних інтересів особи, спрямованих на виявлення обставин, що підтверджують вину обвинуваченого (підозрюваного) і визначення розміру шкоди (моральної і матеріальної), яка спричинена злочином.

Діяльність представника потерпілого у справах зазначеної категорії може бути пов'язана не тільки з активним впливом на дїзнання або досудове слідство з метою його активізації (наприклад, заявлення відповідних клопотань, в тому числі про заміну слідчого), але й з його безпосередніми діями, спрямованими на: (1) пошук свідків-очевидців (це може бути організація за ініціативою адвоката повідомлень населення про ДТП через ЗМІ з метою встановлення очевидців подій; опитування громадян адвокатом з цією ж метою та ін.); (2) використання спеціальних знань (залучення спеціалістів з метою одержання

висновків фахівців з питань, що вимагають спеціальних знань); (3) проведення інших дій (наприклад, звернення до керівників автотранспортних підприємств, СТО з метою виявлення транспортного засобу — учасника ДТП). До цих дій можна віднести проведення адвокатом дій, спрямованих на отримання даних щодо ремонту автомашин, який проводився з метою приховування факту участі автомашини у ДТП (заміна деталей автомашини, її фарбування та ін.) [4].

Очевидців події можна знайти в результаті встановлення абонентів мобільного зв'язку, які під час ДТП телефонували з місця події. Розвиток засобів зв'язку надає можливість деталізації телефонних з'єднань абонента стільникового зв'язку. Можна, зокрема, отримати дані про серійні номери телефону (ІМЕІ), що виходили до ефіру в місці ДТП під час або відразу після події [2, 33; 5, 51].

Під час допиту свідків обов'язковому врахуванню підлягають особливості дорожньо-транспортної події, зокрема, її швидкоплинність, раптовість, емоційний вплив подій, що сталися, на свідків. За таких умов очевидці ДТП можуть спостерігати і запам'ятати не всю подію, а тільки окремі її моменти, які вони безпосередньо бачили. Тому бажано допитати очевидців ДТП протягом кількох перших днів після події, оскільки вони досить швидко можуть забути суттєві деталі події.

Якщо у цілому розглядати всі справи про ДТП, то на формування показань свідків суттєво впливає їх суб'єктивна оцінка дорожньо-транспортної події. Цю обставину треба враховувати під час обрання тактики допиту свідка. За цією підставою можна умовно поділити свідків на три групи.

До першої відносять свідків, ставлення яких до учасників ДТП залишається «нейтральним». Ці особи переважно дають розгорнуті свідчення і вважають, що слідство правильно оцінить подію, що сталася, та визначать осіб, які є винуватими у вчиненні злочину.

Свідки з другої групи перебільшують роль і значення дій водія, спрямованих на відвернення шкідливих наслідків ДТП, і вважають виникнення ситуації, яка передувала ДТП, результатом протиправних дій потерпілого. Зазначені особи під час допиту можуть вказати на такі деталі події, про які вони насправді не могли знати, оскільки джерелом такої їх поінформованості може бути розповідь самого водія про обставини події.

Свідки з третьої групи пов'язують причину ДТП тільки з діями водія. Часто свідчення таких осіб характеризують дії потерпілого (особливо, коли це або пішохід, або коли винуватий у ДТП залишив місце події), як вкрай обережні, та драматизують обставини самої події [1, 31—32].

Рекомендується під час фіксації показань краще обговорювати кожне речення, яке записується зі слів свідка. Це допоможе відразу внести необхідні виправлення і більш точно викласти думки свідка. В процесі допиту ключових свідків (очевидців), як правило, треба складати схему ДТП. Цей процес (виготовлення схеми) може сприяти нагадуванню забутих епізодів або дій учасників події, а також доповнити протокол допиту.

Коло питань, які підлягають встановленню під час допиту свідків ДТП, можна поділити на такі групи: 1) про умови сприйняття події; 2) про дорожні умови і дорожню обстановку; 3) про обставини вчинення ДТП; 4) про дії водія та інших осіб після вчинення злочину.

Орієнтовне коло питань, які потрібно в першу чергу в'яснити під час допиту (опитування) осіб у ситуаціях, коли підозрюваний зник з місця ДТП:

- про марку, модель, колір автомашини та її особливі прикмети, дані про державні номерні знаки, особливості пошкоджень, а також щодо напрямку руху автомашини під час залишення місця події;
- кількість осіб у салоні, хто саме знаходився за кермом автомашини

та прикмети цієї та інших осіб, які знаходилися в салоні автомашини.

Аналогічно і у разі, якщо підозрюваний зник з місця події, але залишив там автомашину: прикмети особи, яка знаходилася за кермом автомашини (зовнішній вигляд, одяг, наявність тілесних ушкоджень та ін.), та інших осіб, які знаходилися в салоні автомашини; дії особи на місці події (оглядав місце, спробував надати допомогу потерпілим, розмовляв по телефону), а також — куди саме він пішов з місця події.

В подальшому встановлені свідки можуть бути особами, яким пред'являть для впізнання підозрювану особу або інших осіб, які знаходилися під час події, що розслідуються, в салоні автомашини.

Якщо власник автомашини з метою уникнення відповідальності повідомляє про угон автомашини, він дає свідчення про відомі йому обставини угону: інформацію стосовно осіб, які були свідками цих подій; до кого він звертався за допомогою; чи подавав заяву про угон до органів внутрішніх справ і якщо це так — до кого саме звертався. У подальшому, якщо у слідчого виникає підозра про причетність такої особи до ДТП і є підстави вважати, що його повідомлення про нібито угон автомашини є спробою уникнути відповідальності, — допитуються всі особи, на яких він посилається, доводячи свою непричетність до ДТП. Проводять такі допити з метою або підтвердження свідчень власника автомашини, або з метою викриття його участі у вчиненні злочину та дачі неправдивих свідчень. Одночасно проводиться виїмка всіх матеріалів перевірки заяви про угон та проводиться їх аналіз.

Саме ці питання віддзеркалюють ті основні завдання, які постають перед слідством на початковому етапі розслідування справи, зокрема: встановлення автомашини, яка є учасником пригоди, та хто саме керував машиною під час ДТП.

На наступних етапах розслідування проводяться інші слідчі дії (призначаються автотехнічні, судово-медичні, товарознавчі та інші судові експертизи; проводяться об-

шуки, виїмки, освідчення та інші слідчі дії), але встановлення та допит свідків на початковому етапі розслідування справ зазначеної категорії є найважливішими слідчими діями, які створюють умови для

успішного розслідування справи і викриття осіб, котрі з метою уникнення відповідальності залишають місце ДТП, яке сталося внаслідок порушення правил безпеки дорожнього руху.

Список літератури:

1. Зуев П.М. Методика расследования дорожно-транспортных происшествий: учеб. пособие / П.М. Зуев. — М., 1990. — 56 с.
2. Козинкин В.А. Сведения о детализации телефонных соединений абонента сотовой связи как источник криминалистически значимой информации / В.А Козинкин // Следователь. — 2006. — № 4.
3. Финогенов В.Ф. Теоретические и практические проблемы розыска угнанных, похищенных и скрывшихся с места происшествия автотранспортных средства: автореф. дисс... кандидата юрид. наук: спец. 12.00.09 / В.Ф. Финогенов — Саратов, 2007. — 27 с.
4. Ховпун О.С. Деякі особливості представництва адвокатом інтересів потерпілого у справах про ДТП, ускладнені зникненням підозрюваного з місця події / О.С. Ховпун // Адвокат. — № 11(110). — 2009.
5. Черепанов Д.Ю. Регламентация получения сведений о соединениях абонентов при производстве предварительного следствия нуждается в совершенствовании / Д.Ю. Черепанов // Российская юстиция. — 2007. — № 1.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются некоторые особенности установления и допроса потерпевших и свидетелей на начальном этапе расследования дорожно-транспортных происшествий, осложненных оставлением подозреваемым места ДТП.

SUMMARY

The article author researches the peculiarities of the preliminary level of investigation road traffic accident, caring out certain investigative activities, using of special knowledge and mutual exchange activities of an investigator with other participants of criminal process.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

Подано 22.02.10



З.М. МАКАРУХА,
кандидат юридичних наук, докторант
(Інститут міжнародних відносин Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка)

ПРАВОВІ ОСНОВИ ЗАСНУВАННЯ ПРОСТОРУ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВОСУДДЯ В РАМКАХ ЄС

Ключові слова: *Європейський Союз, судове співробітництво, цивільні справи, правовий інструмент, взаємне визнання, уніфікація, імплементація.*

Унікальність Європейського Союзу, як об'єднання особливого роду, однією з пріоритетних цілей якого є створення простору свободи, безпеки та юстиції, що передбачає, в тому числі забезпечення високого рівня інтегрованості у цивільно-правовій сфері, зумовлює необхідність розвитку судової співпраці держав-членів ЄС у цивільних справах. Така співпраця покликана усунути будь-які перепони спричинені невідповідністю правових та адміністративних систем держав-членів з метою заснування європейського простору цивільного правосуддя.

У минулому правовою основою співпраці судових органів європейських держав у цивільних справах були конвенції, укладені в рамках Ради Європи. Брюссельська Конвенція 1968 р. про підсудність та виконання судових рішень з цивільних та торгових справ, а також практично ідентична (паралельна) однойменна Луганська Конвенція 1988 р. вперше запровадили єдині правила визначення підсудності у справах з іноземним елементом, суттєво спростили процедуру визнання та виконання актів, прийнятих судами однієї держави-члена на території іншої держави-члена. У 1980 р. Римська Конвенція закріпила право, яке застосовується до контрактних зобов'язань.

Ідея розвитку судового співробітництва в цивільних справах саме в рамках

ЄС була вперше закріплена у частині VI Маастрихтського договору 1992 р. Відповідно до положень Договору судова співпраця у цивільних справах (так само, як і у кримінальних) визначається предметом спільного інтересу держав-членів ЄС. Однак інструментарій такого співробітництва (спільні дії та конвенції) передбачений Маастрихтським договором залишався незмінним. В такий спосіб зазначені Конвенції, прийняті в рамках Ради Європи були доповнені Конвенціями розробленими вже в рамках ЄС, а саме Конвенцією про розгляд в Співтоваристві справ щодо невідсутності 1995 р., Конвенцією про вручення судових та несудових документів у цивільних та торгових справах 1997 р. та Конвенцією про компетенцію, визнання та виконання постанов у шлюбно-сімейних справах 1998 р.

Важливим етапом посилення судового співробітництва в цивільних справах в рамках ЄС став Амстердамський договір 1997 р., який пов'язав цю сферу зі свободою руху осіб в контексті забезпечення європейського простору свободи, безпеки та юстиції. Саме необхідність спрощення правового середовища для громадян ЄС стали причиною комунітаризації Амстердамським договором співробітництва судів у цивільних справах шляхом перенесення цієї сфери з третьої в першу опору

Європейського Союзу. Відповідно до ст. 65 Амстердамського договору заходи щодо співпраці судових органів держав-членів ЄС у цивільних справах, що мають транскордонні наслідки мають вживатися в тій мірі, в якій це необхідно для належного функціонування внутрішнього ринку ЄС. До зазначених заходів положення ст. 65 відносять наступні: удосконалення та спрощення системи транскордонного надання судових та позасудових документів, співпраці у збиранні доказів, а також визнання та виконання рішень у цивільних та торгових справах (зокрема рішень у позасудових справах); сприяння відповідності чинних у державах-членах норм, що стосуються колізії правових норм та юрисдикції; усунення перепон для нормального функціонування цивільного провадження, в разі потреби — шляхом сприяння приведення у відповідність цивільно-процесуальних норм держав-членів.

Амстердамський договір запровадив одностайне прийняття рішень щодо вжиття заходів перелічених у ст. 65. Відповідно до ст. 67 Амстердамського договору протягом перехідного п'ятирічного періоду (від дати набрання чинності Амстердамським договором) Раді належить діяти одностайно, на пропозицію Комісії чи з ініціативи держави-члена та після консультації з Європейським Парламентом. Після перехідного періоду застосовується ця ж процедура, з однією лише відмінністю — Рада діє на пропозицію виключно Комісії. Держави-члени в даному випадку не мають права прямо звертатися з пропозицією до Ради, а діють через Комісію, яка зобов'язується вивчати будь-який запит держави-члена про подання пропозиції до Ради.

З набранням чинності Ніццьким договором у лютому 2003 р., ст. 67 Договору про Європейське Співтовариство була доповнена частиною п'ятою, яка запровадила голосування кваліфікованою більшістю та процедуру спільного (Радою та Європейським Парламентом) прийняття рішення щодо запровадження заходів у сфері спів-

робітництва судів у цивільних справах, за винятком аспектів, пов'язаних із сімейним правом (до цієї сфери застосовується процедура, передбачена для післяперехідного періоду).

Таким чином Амстердамський договір як результат європейських інтеграційних процесів створює правові передумови удосконалення механізму транснаціонального цивільного судочинства.

Європейська економічна інтеграція викликала інтенсивну уніфікацію права, перш за все матеріального, а потім процесуального. Це явище є закономірним. Створення внутрішнього ринку ЄС вимагає створення спільного правового простору, в тому числі одноманітного застосування норм європейського права, ефективного механізму розгляду і вирішення транснаціональних приватноправових спорів, виконання судових рішень. Внаслідок цього, міжнародний договір, як джерело регулювання проблем транскордонного цивільного судочинства, відповідно до ст. 61 та 65 Амстердамського Договору замінюється нормативними актами інститутів ЄС — регламентами та рішеннями. Як наслідок, вищезазначені Конвенції (за виключенням Римської Конвенції) інкорпоровано у право ЄС.

Наявність уніфікованої норми сама по собі не означає її належного застосування. На думку німецького дослідника К. Колера, судді національних судів держав-членів мають природну схильність ототожнювати терміни міжнародної угоди з аналогічними термінами вітчизняного права, наповнювати абстрактні юридичні поняття змістом, який відповідає їх національній правосвідомості. Тим самим національна судова практика може звести нанівець таку уніфікацію і створити тим самим, як зазначає автор, «небезпеку ренаціоналізації інтернаціоналізованих норм» [1, 12].

Ефективний механізм забезпечення одноманітного застосування у державах-членах права ЄС у сфері судового співробітництва в цивільних справах забезпечено наднаціональним судовим органом — Судом ЄС, який в рамках преюдиційної про-

цедури тлумачить норми права ЄС, а його рішення, що носять характер прецеденту, є важливим джерелом цивільного процесуального права держав-членів ЄС.

Помітний внесок у розвиток співробітництва судів у цивільних справах було зроблено Європейською Радою у Тампере у жовтні 1999 р., яка прийняла першу робочу програму заснування простору свободи, безпеки та юстиції, що містила опис політики, практичні цілі, а також часові рамки їх досягнення [2]. Особливою заслугою робочої програми Тампере стало запровадження принципу «взаємного визнання», як наріжного каменя співробітництва судів у цивільних та кримінальних справах в рамках ЄС.

З робочою програмою, прийнятою у Тампере, було пов'язано прийняття 4 листопада 2004 р. Радою Гаазької програми [3], яка закріплює цілі, що мають бути досягнуті у період з 2005 по 2010 рр. щодо встановлення простору свободи, безпеки та юстиції. У Гаазькій програмі враховано оцінку Єврокомісії щодо програми, прийнятої у Тампере. У травні 2005 р. на виконання Гаазької програми Єврокомісія підготувала, а Рада затвердила План дій [4], який містить детальний перелік заходів та часові рамки їх виконання.

Однією з цілей Гаазька програма проголошує подальше запровадження принципу взаємного визнання судових рішень у цивільних справах, а також усунення законодавчих та правових перепон у цивільних та сімейних провадженнях, що мають транскордонні наслідки.

Частиною 3.4.2 Гаазької програми передбачено завершення імплементації Програми заходів щодо «взаємного визнання» [5] до 2011 р. У цьому зв'язку основна робота має здійснюватися в таких сферах: колізії правових норм щодо недоговірних зобов'язань («Рим II») та договірних зобов'язань («Рим I»); Європейський платіжний ордер та інструменти щодо малих позовних вимог. Водночас зазначається, що ефективність існуючих інструментів щодо «взаємного визнання» має бути під-

вищена через стандартизацію процедур та документів, запровадження мінімум стандартів з окремих аспектів процесуального права (зокрема, вручення судових та позасудових документів та ін.). Крім цього, Комісія заохочується до підготовки пропозицій стосовно окремих аспектів сімейного та спадкового права.

У звітах Комісії про імплементацію Гаазької програми [6; 7; 8] відзначається задовільний стан виконання Програми у сфері співробітництва судів у цивільних справах (на відміну від співробітництва судів у кримінальній сфері). Наголошується на необхідності покращення імплементації Програми на національному рівні, оскільки окремі держави-члени не забезпечують вчасно імплементації європейських правових інструментів у національний правопорядок.

Важливе значення у виробленні механізму співпраці судів держав-членів ЄС у цивільних та торгових справах, а також способів забезпечення громадян ЄС відповідною інформацією мало Рішення Ради 2001/470/ЄС від 28 травня 2001 р. про заснування Європейської судової мережі у цивільних та торгових справах [9].

Відповідно до Рішення Європейська судова мережа у цивільних та торгових справах складається з центральних контактних пунктів створених державами-членами і, якщо необхідно, обмеженої кількості додаткових контактних пунктів; інших членів мережі, включаючи органи відповідальні, відповідно до права Співтовариства чи міжнародного права, за судову співпрацю між державами-членами.

Мережа має два завдання: спростити судову співпрацю між державами-членами у цивільних та торгових справах; формування публічної інформаційної системи (для інформування громадян ЄС у зазначеній сфері). Мета мережі полягає у наступному: усунути будь-які практичні бар'єри, з якими стикаються громадяни ЄС, що є учасниками процесу у цивільних чи торгових справах з іноземним елементом; покращити імплементацію інструментів Співто-

вариства чи конвенцій чинних для двох чи більше країн-членів; забезпечити громадськість інформацією, спростивши доступ до судової системи держав-членів. З цією метою Судова мережа спрощує контакти між державними органами держав-членів, організовує періодичні зустрічі.

Контактні пункти відіграють ключову роль у Судовій мережі: вони забезпечують усю необхідну інформацію, спрощують процедуру запиту щодо судової співпраці, вирішують будь-які труднощі, що виникають у зазначеній сфері. Представники контактних пунктів зустрічаються принаймні тричі на півроку для обміну досвідом та визначення основних проблем і шляхів їх вирішення. Загальні збори, відкриті для усіх членів Судової мережі, проводяться *ad hoc*. Комісія, Рада та держави-члени приймають рішення щодо максимальної кількості учасників загальних зборів.

З метою раціоналізації існуючих інструментів та гармонізації діяльності Європейського Співтовариства у сфері судового співробітництва у цивільних справах Комісія запропонувала на період 2007—2013 рр. спеціальну Програму під назвою «Цивільне судочинство». Бюджет програми становить 109,3 мільйони євро та передбачає: здійснення спеціальних заходів Комісією; фінансову підтримку проєктів, що становлять інтерес для Співтовариства; фінансування діяльності неурядових організацій.

У цьому зв'язку 25 листопада 2007 р. Радою та Європейським Парламентом було прийнято Рішення №1149/2007/ЕС про затвердження спеціальної Програми «Цивільне судочинство» (далі — Програма) на період 2007—2013 рр., як частини Програми «Фундаментальні права та судочинство» [10]. Програма визначає чотири основні цілі: сприяти судовій співпраці у цивільних справах з метою створення «Європейського простору юстиції», побудованого на принципі взаємного визнання та довіри; усунути перешкоди для належного функціонування транскордонного цивільного судочинства; спростити доступ фізич-

них та юридичних осіб до судочинства; поширювати та зміцнювати контакти, мережі та обмін інформацією між судовими та адміністративними органами, а також юристами.

Для досягнення зазначених цілей Програмою передбачено конкретні заходи: підтримка тренінгів з права Співтовариства для юристів-практиків; заохочення обміну інформацією та досвідом; покращення інформування про правові системи держав-членів ЄС та доступ до правосуддя; посилення взаємного визнання, поважаючи незалежність судочинства; спрощення функціонування Європейської судової мережі у цивільних та торгових справах. З метою моніторингу та оцінки результатів Програми Комісія уповноважена (не пізніше ніж 31 березня 2011 р.) підготувати Європарламенту та Раді звіт про імплементацію Програми.

Не слід недооцінювати значення, яке мало приєднання Європейського Співтовариства до Гаазької конференції з міжнародного приватного права, відповідно до Рішення Ради 2006/719 від 5 жовтня 2006 р. [11]. (Європейське Співтовариство стало учасником Конференції з 3 квітня 2007 р.). Адже метою цієї міжнародної міжурядової організації, членами якої є понад 68 країн, є робота над прогресивною уніфікацією норм міжнародного приватного права країн-учасниць. З 1951 р. в рамках Конференції було прийнято 38 міжнародних конвенцій, які впливають на розвиток різних правових систем, представниками яких є держави-учасниці.

Відповідно до Рішення Ради 2006/719 Співтовариство (як учасник Конференції) має діяти в межах компетенції, наданої йому державами-членами ЄС, а саме у сфері судового співробітництва у цивільних справах, що має транскордонні наслідки (як це передбачено ст. 65 Амстердамського договору).

Таким чином, участь Європейського Співтовариства у Конференції має як внутрішній, так і зовнішній ефект. Міжнародні конвенції, прийняті в рамках Конференції,

є важливим джерелом уніфікації цивільно-правових норм держав-членів ЄС, а відтак — зближення цивільно-правових систем останніх з відповідними правовими системами інших держав-учасниць Конференції. Це, своєю чергою, створює сприятливі умови для розвитку судового співробітництва у цивільних справах, що мають транскордонні наслідки, між ЄС та третіми державами.

Увесь попередній досвід діяльності ЄС щодо розвитку співробітництва судів у цивільних справах враховано у відповідних положеннях Лісабонського договору 2007 р. [12].

У частині першій ст.65 Лісабонського договору зазначено, що «Союз розвиває судову співпрацю в цивільних справах, що мають транскордонні наслідки, на підставі принципу взаємного визнання судових рішень та рішень у позасудових справах. Така співпраця може охоплювати ухвалення заходів щодо зближення законів та підзаконних актів держав-членів.» Отже, на відміну від Амстердамського договору, Лісабонський договір визначає принцип «взаємного визнання» основоположним принципом співробітництва судів у цивільних справах.

Частина друга ст. 65 Лісабонського договору містить ширший (у порівнянні з Амстердамським договором) перелік заходів у сфері співробітництва судів у цивільних справах, що мають транскордонні наслідки. Заходи, передбачені Амстердамським договором, доповнені наступними: ефективний доступ до правосуддя; розвиток альтернативних методів розв'язання спорів; підтримка навчання суддів та судового персоналу.

Однак введені Лісабонським договором додаткові заходи не такі вже інноваційні. У зв'язку з широким тлумаченням положень ст. 65 Амстердамського договору, співробітництво у зазначених (додаткових) сферах вже здійснювалося на практиці. Так, зокрема, на підставі ст. 65 Амстердамського договору у 2004 р. розглядалося питання про прийняття Директиви

ЄС про окремі аспекти посередництва у цивільних та торгових справах [13], що є одним із шляхів «розвитку альтернативних методів розв'язання спорів у цивільних та торгових справах» (додаткових заходів відповідно до Лісабонського договору 2007 р.) Своєю чергою, додатковий захід щодо «підтримки навчання суддів та судового персоналу» став одним з пріоритетних заходів спеціальної Програми «Цивільне судочинство» на 2007 — 2013 рр. (прийнятої 25 листопада 2007 р. — до підписання Лісабонського договору від 3 грудня 2007 р.).

Незмінним (у порівнянні з закріпленим Ніццьким договором) залишається порядок прийняття заходів у сфері судового співробітництва у цивільних справах, передбачений частиною 2 ст. 65 Лісабонського договору — спільно Європарламентом та Радою у відповідності із звичайною законодавчою процедурою. Водночас відповідно до частини 3 ст. 65 Лісабонського договору Рада, на пропозицію Комісії, може прийняти рішення, що визначає ті аспекти сімейного права, що має транскордонні наслідки, які можуть бути предметом актів, ухвалених за звичайною законодавчою процедурою. У цьому випадку Рада діє одностайно після консультації з Європарламентом.

Нововведенням Лісабонського договору є участь національних парламентів держав-членів ЄС у розгляді вищезазначених пропозицій Комісії щодо прийняття Радою рішень у сфері сімейного права, які мають транскордонні наслідки. Перед тим, як прийняти рішення щодо пропозицій Комісії, останні подаються на розгляд національним парламентам держав-членів. У разі відхилення документа національним парламентом (протягом 6 місяців з дня нотифікації) Рада не приймає рішення.

Підсумовуючи здійснений аналіз еволюції правового регулювання співробітництва судів держав-членів ЄС у цивільних справах, які мають транскордонні наслідки, не можна не відзначити прогресу, досягнутого у поступовому заснуванні Єв-

ропейського простору цивільного правосуддя: комунітаризація співробітництва судів у цивільних справах; визначення конкретних заходів щодо усунення невідповідності судових та адміністративних систем держав-членів; вироблення механізмів співробітництва судів держав-членів ЄС у цивільних та торгових справах, а також інформування громадян; визначення принципу «взаємного визнання» ключовим принципом судового співробітництва.

Проте чимало проблем залишаються невирішеними: забезпечення належної та вчасної імплементації європейських правових інструментів у національний правопорядок; спрощення доступу до право-

суддя; гармонізація національного законодавства; ефективне застосування принципу «взаємного визнання».

Основні проблемні питання відображено у Лісабонському договорі, який, увібравши весь попередній досвід співробітництва держав-членів ЄС у цивільних справах, сприятиме удосконаленню, спрощенню та підвищенню ефективності співробітництва держав-членів у зазначеній сфері, а також заснуванню Європейського простору цивільного правосуддя, в рамках якого громадяни ЄС можуть вільно користуватися своїми правами, в тому числі на свободу та безпеку.

Список літератури:

1. Kohler C. Integration und Auslegung: Zur Doppelfunktion des Europäischen Gerichtshofes / C. Kohler // Ein internationales Zivilverfahrensrecht für Gesamteuropa / Hrsg. Von Erik Jayme. — Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992. — 231 S.
2. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament «Area of Freedom, Security and Justice: Assessment of the Tampere programme and future orientations»/ COM (2004) 4002 final.
3. Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union / Brussels. — 13 December 2004. - 16054/04.
4. Council and Commission Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union / Brussels. — 10 June 2005.
5. Official Journal C 12 of 15.01.2001.
6. Strengthening freedom, security and justice in the EU: Report on the implementation of the Hague Programme for 2005 (the “Scoreboard Plus”) / COM(2006) 333 final.
7. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament — Report on the implementation of The Hague programme for 2006 /COM(2007)0373 final.
8. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament — Report on the implementation of The Hague programme for 2006 / COM(2007)0373 final.
9. Official Journal L 174 of 27.06.2001.
10. Official Journal L 257 of 3.10.2007.
11. Council Decision 2006/719/EC of 5 October 2006 on the accession of the Community to the Hague Conference on Private International Law / Official Journal L 297 of 26.10.2006.
12. <http://www.europa.eu>
13. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters / COM (2004) 718 of 22.10.2004.

РЕЗЮМЕ

В статті проаналізована еволюція правового регулювання співробітництва судів держав-членів ЄС в гражданських і торгових справах трансграничного характеру, на основі якого зроблено висновки про прогрес, досягнутий у створенні євро-

пейского пространства гражданского правосудия, а также о связанных с этим процессом проблемах.

SUMMARY

The evolution of the legal regulation of the judicial cooperation in civil and commercial matters of transnational character within the EU has been investigated in the Article. As a result the conclusion has been made on some progress achieved in establishment of the European area of civil justice, as well as problems connected with this process.

Рекомендовано кафедрою прав людини, міжнародного та європейського права

Подано 22.01.10



Г.О. СТАХЄЄВА,
аспірантка
(Інститут міжнародних відносин Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка)
(Науковий керівник професор В.І. Муравйов)

УМОВНЕ СХВАЛЕННЯ КОНЦЕНТРАЦІЇ ЗА НОВИМ ПОВІДОМЛЕННЯМ КОМІСІЇ ЄС: ОСНОВНІ ЗМІНИ ТА НОВОВВЕДЕННЯ

Ключові слова: концентрація, вимоги і зобов'язання, умовне схвалення концентрації, Комісія ЄС.

У випадку, коли концентрація викликає значні сумніви щодо її сумісності з конкуренцією на ринку, якщо вона обмежує чи здатна обмежити конкуренцію на ринку, окрім простої заборони такої трансакції, можливий ще й альтернативний варіант — надання умовного дозволу, тобто дозволу, що обумовлений певними вимогами та зобов'язаннями, виконання яких зможе відновити конкуренцію на ринку (*merger remedies, conditional clearance* або умовні дозволи). Про актуальність та важливість питання надання умовних дозволів свідчить той факт, що Комісія ЄС все частіше надає саме умовні дозволи, ніж відразу забороняє концентрацію, адже умовні дозволи надають можливість компаніям здійснити концентрацію та разом з тим забезпечити, щоб конкуренція була неспотворена. З метою полегшення процедури співпраці учасників концентрації із Комісією ЄС в процесі прийняття вимог та зобов'язань в умовних дозволах, Комісія ЄС прийняла Повідомлення про зобов'язання та надання умовних дозволів на концентрацію [8]. В Україні, на жаль, не існує спеціальних положень, інструкцій чи роз'яснень стосовно особливостей та процедури надання умовних дозволів на концентрацію, незважаючи на те, що Україна зробила зна-

чні успіхи в гармонізації свого антимонопольного законодавства до права ЄС.

Крім того, в Україні не існує й достатніх наукових напрацювань з цього питання. Серед зарубіжних авторів, які займаються дослідженням питання умовних дозволів в ЄС, можна виділити П. Папандрополос та А. Тайана [20], В. Кора [15], Г. Бланк [5] та А. Езрачі [14]. Таким чином, можна вважати дану роботу першим вітчизняним науковим дослідженням питання надання умовних дозволів на концентрацію в ЄС.

Завданням цієї статті є огляд основних змін та нововведень до процедури надання умовних дозволів Комісією ЄС відповідно до оновленого Повідомлення Комісії ЄС, що може стати кроком назустріч до прийняття відповідних правил в Україні. На думку автора, прийняття відповідних детальних положень про умовні дозволи полегшить процедуру надання умовних дозволів в Україні, збільшить кількість успішних концентрацій, а також прозорість процесу контролю за концентраціями та впевненість компаній.

І. Правові засади для умовного схвалення концентрації

В ЄС правовою базою ДЛІЯ Надання умовних дозволів на здійснення концентрації є стаття 6(2) та стаття 8(2) Регла-

менту ЄС 139/2004 [13]. Зокрема, зазначається, що Комісія ЄС може вирішити, що концентрація не загрожує конкуренції на внутрішньому ринку, за умови, якщо учасники концентрації візьмуть на себе певні зобов'язання. Крім того, в жовтні 2008 р. Комісія нарешті прийняла нове Повідомлення про зобов'язання та надання умовних дозволів на концентрацію (надалі — Повідомлення). Слід зауважити, що Повідомлення або Notice є роз'ясненням політики Комісії ЄС. Воно не має загальнообов'язкового характеру для учасників правовідносин, проте Комісія ЄС в своїй діяльності має дотримуватися політики і принципів, закладених в Повідомленні. Нове Повідомлення є більш чітким і детальним поясненням-інструкцією для компаній стосовно того, як найкраще діяти та які саме зобов'язання Комісія ЄС очікує від них для того, щоб дозволити здійснення «проблемної» концентрації.

В Україні, на жаль, не існує такої детальної законодавчої бази з цього питання. Лише ст. 31 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (надалі — Закон) [1] наголошує на тому, що рішення про надання дозволу на здійснення концентрації «може бути обумовлено виконанням учасниками...концентрації певних вимог і зобов'язань, які усувають або пом'якшують негативний вплив...концентрації на конкуренцію». Також про умовні дозволі згадується в Положенні про концентрацію [2], згідно з яким заявник може запропонувати взяти на себе певні зобов'язання, виконання яких усуває сумніви Антимонопольного комітету України (АМКУ) щодо сумісності концентрації з конкуренцією на ринку.

Таким чином, в ЄС, на відміну від України, існує ґрунтовна правова база для надання умовних дозволів на здійснення концентрації. Відсутність детальних положень про зобов'язання та умовне схвалення концентрації в Україні ускладнює процес отримання дозволів та здійснення концентрацій. Крім того, така ситуація означає, що процес формування та ви-

несення умовних дозволів АМКУ не є достатньо прозорим та зрозумілим для заявників.

II. Аналіз основних змін і нововведень за новим Повідомленням

Нове Повідомлення є документом, що значно вдосконалив Повідомлення 2001 р. [9] у зв'язку із прийняттям Регламенту ЄС 139/2004 та Процедурного Регламенту 802/2004 [10]. Нове Повідомлення запроваджує спеціальну форму Form RM для подання інформації про запропоновані зобов'язання, деталізує роль Наглядового органу (Trustee) в структурних зобов'язаннях та пояснює зміст основних принципів оцінки зобов'язань.

Так, Повідомлення наголошує та пояснює важливість нового принципу — достатній рівень впевненості в реалізації взятих зобов'язань («*requisite degree of certainty of implementation*») [8, п. 10]. Зокрема, саме Комісія ЄС повинна мати достатній рівень впевненості в тому, що умови та зобов'язання, якими обумовлюється дозвіл на концентрацію, будуть виконані. Таке формулювання наголошує на важливості того, щоб зобов'язання, які пропонуються заявниками-учасниками концентрації були чіткими, зрозумілими та ефективними. Ефективність зобов'язань залежить від різних пов'язаних факторів: права третіх осіб щодо бізнесу або ж труднощі із визначенням найбільш підходящого покупця тощо. Це обов'язок саме учасників концентрації усунути будь-які невизначеності щодо успішного виконання запропонованих зобов'язань або ж компенсувати такі невизначеності альтернативними зобов'язання («*crown jewel*»). Поняття «*crown-jewel*» є новим та вживається в Повідомленні Комісії ЄС для позначення альтернативних зобов'язань [8, п. 45]. Коли Комісія ЄС має певні сумніви в тому, що запропоновані зобов'язання будуть успішно виконані, учасники концентрації повинні запропонувати альтернативні зобов'язання, які вони зобов'язуються виконати у випадку невиконання або неналежного виконання перших зобов'язань.

Такі альтернативні зобов'язання мають бути хоча б настільки ефективними, як і перші зобов'язання, та не повинні лишати місця для жодного сумніву щодо їх виконання та можливості покращення конкуренції на ринку.

Повідомлення також замінює тест на «домінування» (*dominance test*) тестом на «суттєве обмеження ефективної конкуренції» (*significant impediment of effective competition* або *SIEC test*) для визначення, чи є концентрація сумісною з ринком. Комісія ЄС припинила застосовувати тест на «домінування» з моменту вступу Регламенту про злиття в силу. На думку Г. Монті, мотивацією для такої реформи було, перш за все, бажання відокремити контроль за концентраціями від доктрини зловживання домінуючим становищем за ст. 82 Договору про заснування Європейського Співтовариства (сьогодні — це ст. 102 Договору про функціонування Європейського Союзу), щоб два нормативні положення розвивалися окремо [19]. Крім того, цей тест є ширшим за тест на «домінування», тому що створення та посилення домінуючого становища, незважаючи на те, що є основним, проте не єдиним способом суттєвого обмеження ефективної конкуренції на ринку. Конкуренція може бути обмежена внаслідок концентрації компаній, які не володіють великими частками на ринку [22] або шляхом координації своєї поведінки із конкурентами [21]. Тест на «суттєве обмеження ефективної конкуренції» покликаний на заповнення таких прогалин.

Не можна не звернути увагу на те, що нове Повідомлення вносить чіткість до питання, хто може пропонувати зобов'язання в умовних дозволах — учасники концентрації чи антимонопольний орган. Зазначається, що це обов'язок і право «учасників концентрації запропонувати певні зобов'язання, а Комісія ЄС не має права в односторонньому порядку зобов'язувати учасників будь-якими умовами/зобов'язаннями в своєму офіційному рішенні, а лише на основі пропози-

цій учасників концентрації» [8, п. 6]. Комісія ЄС має право лише виявити проблему, яка може виникнути внаслідок концентрації, та довести її до відома учасників концентрації з тим, щоб вони змогли запропонувати адекватні зобов'язання для вирішення проблеми. Такий підхід можна пояснити тим, що учасники концентрації знаходяться у більш вигідному становищі для оцінки економічного обґрунтування зобов'язань, а отже здатні запропонувати більш ефективні зобов'язання.

І останнє. Нове Повідомлення деталізує дві основні групи зобов'язань — поведінкові (*behavioural*), тобто ті, що стосуються поведінки на ринку [17; 7], та структурні (*structural*) — зобов'язання, що впливають на структуру ринку. Відповідно до рішення Суду ЄС по справі *Tetra Laval* [11] та *ARD* [3], поділ зобов'язань на структурні та поведінкові не є принциповим, головне, щоб вони вирішували проблему конкуренції, що виникає або може виникнути внаслідок концентрації. Хоча на практиці Комісія ЄС надає перевагу структурним, зокрема, зобов'язанням здійснити відчуження майна [8, п. 17], ніж поведінковим зобов'язанням. Так, п. 17 нового Повідомлення прямо наголошує на тому, що «...зобов'язання щодо поведінки на ринку в майбутньому...можуть бути прийнятими лише в порядку виключення в дуже особливих випадках...якщо можна бути повністю переконаним в тому, що зобов'язання спрацюють, що можливо проконтролювати їхнє виконання...»

Структурні зобов'язання, на думку Комісії ЄС, є найбільш ефективними, тому що вони здатні за досить короткий період створити або зміцнити конкуренцію на ринку шляхом появи нових фірм-конкурентів. На думку В. Кора, структурні зобов'язання «вирішують проблему раз і для всіх» [15, 422]. Нове Повідомлення Комісії ЄС, в порівнянні з попереднім, наводить перелік ймовірних структурних зобов'язань, а саме: відчуження цілісного бізнесу [8, п. 32], відчуження певних частин взаємопов'язаного бізнесу

[8, п. 35], продаж активів [8, п. 37], ребрендинг [8, п. 39]. Комісія ЄС надає перевагу зобов'язанням із відчуження цілісного бізнесу, що може самостійно існувати після свого відчуження. Для того, щоб структурне зобов'язання було ефективним, наступні моменти повинні бути враховані як учасниками концентрації, так і конкурентним відомством. По-перше, обсяг бізнесу, що підлягає відчуженню, має бути достатнім для того, щоб відчужений бізнес став ефективним конкурентом. По-друге, вибір підходящого покупця є надзвичайно важливим моментом [18]. Такий покупець повинен бути незалежним від учасників концентрації, а також володіти достатніми фінансовими ресурсами, відповідним досвідом та здатністю утримувати відчужений бізнес ефективним конкурентом на ринку [8, п. 48].

Однією з основних проблем структурних зобов'язань, зокрема, зобов'язань здійснити відчуження бізнесу/майна, є те, що може не виявитися покупець, як наприклад у справі *Boeing/McDonnell Douglas* [6]. У цій справі зобов'язання відчужити бізнес не було прийнято Комісією, яка дійшла висновку, що не існувало осіб, які б бажали купити компанію DAC у компанії Boeing; до того ж не було потенційних бажаючих ввійти на ринок реактивних літаків для комерційних перевезень [4]. Як наслідок, компанія Boeing зобов'язалася утримувати DAC як окрему юридичну особу на 10 років та регулярно звітувати Комісії ЄС про діяльність компанії DAC. Крім того, компанія Boeing зобов'язалася утримуватися від укладання будь-яких наступних ексклюзивних угод на 10 років та від здійснення ексклюзивних прав за існуючими договорами. Іншими словами, компанія Boeing запропонувала надати своїм конкурентам доступ до неексклюзивних ліцензій на патенти та ноу-хау. Пакет таких поведінкових зобов'язань був в кінці кінців схвалений Комісією ЄС, і концентрація була визнана сумісною з ринком. Ця справа підтверджує той факт, що структурні зобов'язання не завжди є найкращим рішенням. Згідно

з думкою С. Вонг, для антимонопольного органу структурні зобов'язання, безсумнівно, є більш привабливими [23], тому що вони чіткі та слідкувати за процесом їх виконання набагато легше. Хоча вони не завжди є найкращим рішенням. Можуть виникнути ситуації, коли не буде зацікавлених покупців, а подовження терміну для знаходження такого покупця може зашкодити учасникам концентрації. Більше того, як правильно зазначив Мотта Массімо, навіть якщо є потенційний покупець, входження на ринок нового гравця ще не означає, що конкуренція на ринку буде відновлена [16], тому що продавець та покупець можуть співпрацювати, або ж ситуація після відчуження може спровокувати змову. Саме тому у певних випадках поведінкові зобов'язання можуть бути кращим рішенням.

Поведінкові зобов'язання інколи є більш привабливими, ніж структурні, на думку А. Езрачі, саме через свою «гнучкість та реверсивність» [14, 463]. Іншим аргументом на користь поведінкових зобов'язань є те, що вони менш складні та мають «дешевшу ціну їх виконання» [17]. Найбільш поширеним різновидом поведінкових зобов'язань є зобов'язання надати доступ (*access remedies*) [8, п. 62—66]. Зазвичай, це доступ третіх осіб, конкурентів до основних технологій, інфраструктури, прав інтелектуальної власності, інформації та ноу-хау на недискримінаційній основі з тим, щоб сприяти їхньому входженню на ринок. Умови прийнятності поведінкових зобов'язань визначені в п. 63 нового Повідомлення. Це, насамперед, достатній рівень впевненості в тому, що виконання зобов'язання призведе до появи нових конкурентів на ринку; будь-які суттєві обмеження ефективної конкуренції будуть ліквідовані; за своїм ефектом ці зобов'язання будуть рівноцінними тому, що виникає внаслідок виконання зобов'язання здійснити відчуження бізнесу/майна. Спільною думкою серед науковців [24, 852; 12, 286; 5, 15] є те, що складність зобов'язань надати доступ полягає в їх довготривалості та мож-

ливості контролювати виконання. Хоча П. Папандрополос та А. Тайана вважають, що загальне твердження про те, що поведінкові зобов'язання складніше виконувати та дорого контролювати, не обов'язково є правильним [20, 449], тому що можливість третіх осіб звернутися із скаргою на дії учасників концентрації відіграє надзвичайно важливу роль в процесі контролю за виконанням поведінкових зобов'язань.

Таким чином, як структурним, так і поведінковим зобов'язанням властиві свої переваги і недоліки. Тому найбільш ефективний пакет зобов'язань — це той, який складається як із структурних, так і поведінкових зобов'язань.

Висновок

Нове Повідомлення є більш деталізованим, в порівнянні із попереднім. Воно вносить значні зміни до таких основних аспек-

тів, що стосуються процесу формулювання та надання умовних дозволів, як: тест для визначення сумісності концентрації з відповідним ринком; питання про те, хто саме може формулювати та пропонувати умови/зобов'язання; принципи прийнятності зобов'язань тощо. Крім того, чітко прописуються особливості двох основних груп зобов'язань — структурних та поведінкових. І нарешті, значно збільшується рівень співпраці між учасниками концентрації та Комісією ЄС в процесі формулювання та виконання зобов'язань. Прийняття деталізованих правил про умовне схвалення концентрації в Україні, з урахуванням основних моментів нового Повідомлення Комісії ЄС, створило б певну систему критеріїв оцінки зобов'язань в процесі умовного схвалення концентрації, що значно б полегшило роботу як самих учасників концентрації, так і АМКУ.

Список літератури:

1. Про захист економічної конкуренції: станом на 7 травня 2009 р. Закон України № 2210-III. — К.: Відомості Верховної Ради України, 2001. — № 12.
2. Про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання: за станом на 25.01.2008 р. Положення, Розпорядження N 33-р. / Антимонопольний комітет України. — К.: Офіційний вісник України, 2002. — № 13.
3. ARD v Commission, Case T-158/00. — 2003. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000A0158:EN:HTML>
4. Aribaud J-L. Summary of the most important recent developments // EC Competition Policy Newsletter. — 1997. — Vol. 3, No 2. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_040_en.html
5. Blanke G. The Use and Utility of International Arbitration in the EC Commission Merger Remedies. — Europa Law Publishing, Groningen. — 2006.
6. Boeing/McDonnell-Douglas, Case IV/M.877. — 1997. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997D0816:EN:HTML>
7. Comments on the EC's Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation No 139/2004 and under Commission Regulation No 802/2004 / International Chamber of Commerce. — 2004. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/icc.pdf
8. Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004. — Official Journal of the European Union. — 2008. — C 267/11.
9. Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98. — Official Journal of the European Union. — 2001. — C 68.

10. Commission Regulation (EC) No 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. — Official Journal of the European Union. — 2004. — L 133.
11. Commission v Tetra Laval, Case C-12/03. — 2005. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0012:EN:HTML>
12. Cook C.J. EC Merger Control. Fourth Edition / C.J.Cook, C.S. Kerse. — London: Sweet & Maxwell, 2005.
13. Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. — Official Journal of the European Union. — 2004. — L 24.
14. Ezrachi A. Behavioural Remedies in EC Merger Control: Scope and Limitations. — World Competition, 2006. — No. 29(3).
15. Korah V. An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice. Ninth Edition. — Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007.
16. Massimo M. Merger remedies in the European Union: an overview. — Antitrust Bulletin, 2007. — Vol. 52. — p. 603-632.
17. Merger Remedies Review Project. Report for the fourth ICN annual conference, June 2005. — Bonn, International Competition Network, ICN Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup. — Режим доступу: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>
18. Merger Remedies Study, Public version. /European Commission, 2005. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf
19. Monti G. The New Substantive Test in the EC Merger Regulation Bridging the Gap Between Economics and Law? — LSE Law, Society and Economy Working Papers, London School of Economics and Political Science Law Department. — 2008. — Режим доступу: <http://ssrn.com/abstract=1153661>
20. Papandropoulos P. The Merger Remedy Study — In Divestiture We Trust? / P. Papandropoulos, A. Tajana. — European Competition Law Review, 2006. — p. 443 — 454.
21. Sony/BMG, Case COMP/M.3333. — 2008. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3333_20040719_590_en.pdf
22. T.Mobile Austria/Tele.ring, Case M.3916. — 2005. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3916_20060426_20600_en.pdf
23. Wong S. Merger Remedies — Lessons from the Ireland and the EC. / Symposium «Remedies in Merger Control,» 17 June 2009, Istanbul. — Режим доступу: <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Egitim/2Wong.ppt#263,1,Merger Remedies>
24. Wish R. Competition Law. Fifth Edition. — UK: Lexis Nexis, 2003.

РЕЗЮМЕ

В работе исследуется вопрос особенностей условного одобрения Комиссией ЕС концентраций предпрятий согласно с новым Уведомлением Комиссии ЕС «Об условиях и требованиях в условных разрешениях на концентрацию». В Украине, кроме общего упоминания в Законе «О защите экономической конкуренции», не существует специальных положений, инструкций либо объяснений, касающихся условных разрешений на концентрацию, несмотря на то, что Украина достигла значительных успехов в процессе гармонизации своего антимонопольного законодательства с правом ЕС. Поэтому обзор и анализ основных изменений процедуры предоставления условных разрешений на концентрацию в ЕС может стать шагом навстречу для разработки и принятия соответствующих правил в Украине, что, безусловно, позитивно скажется на контроле за концентрациями.

SUMMARY

This paper presents an overview of the particularities of granting the conditional approvals for the concentrations in the European Union under the modernized Notice of the European Commission on Merger Remedies. The legislation of Ukraine, apart from the general reference to the possibility of obtaining the conditional clearance for the concentration in the Law of Ukraine «On protection of economic competition», lacks the detailed provisions on merger remedies, despite the fact that it has been rather successful in harmonizing its competition law to the EU rules. The paper suggests that Ukraine should adopt its rules on merger remedies especially considering Ukraine's policy towards the EU integration and in order to increase transparency and certainty of the business parties.

*Рекомендовано кафедрою прав людини, міжнародного
та європейського права*

Подано 26.02.10.

ТЕЗИ

МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ: «ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ (ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА)»

*В.Г. ГОНЧАРЕНКО,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри Академії адвокатури України*

ПІЗНАВАЛЬНА ФУНКЦІЯ ЮРИДИЧНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ

1. Правова кваліфікація за допомогою обов'язкового передбаченого процесуальним законодавством доказування є окремим випадком пізнання реального світу і тому кожного разу її практичного застосування вона повинна бути моментом об'єктивної істини в правовому регулюванні, а отже визначальною основою справедливого юридичного рішення.

2. Проблемами правової кваліфікації займалися багато вчених, далеко не повний перелік яких тут варто навести. Це — В.Б. Авер'янов, Я.М. Брайнін, Ф.Г. Бурчак, С.В. Гончаренко, О.В. Дзера, О.С. Захарова, М.Й. Коржанський, В.М. Кудрявцев, Н.С. Кузнецова, С.Н. Ландкоф, В.В. Луць, Г.К. Матвеев, Н.М. Мироненко, В.О. Навроцький, П.О. Недбайло, А.І. Рарог, З.В. Ромовська, С.А. Тарарухін, С.Д. Шапченко та інші. Частково їхні доробки відбито в списку праць, що додається до цих тез.

3. Правова кваліфікація в концептуальному вимірі повинна розглядатись як пізнавальна діяльність трьох рівнів і послідовностей: доктринальна, законодавча та казуальна.

При цьому необхідно особливо підкреслити багатогранність змісту самого

поняття кваліфікації і зазначити слідом за В.О. Навроцьким, що вона являє собою і певний процес діяльності щодо встановлення юридичної природи вчиненого посягання, і результат такої діяльності, який полягає у визначенні правової норми (статті, її частини чи пункту закону), і логічну діяльність із встановлення відповідності між юридичними ознаками діяння й фактичними даними, і процес мислення, що відбувається в свідомості особи згідно із законами психології.

4. Доктринальний рівень кваліфікації має два чітко визначені за гносеологічною спрямованістю і практичною необхідністю змісту етапи: теоретико-пізнавальний та інтерпретаційний. Перший за часом і значимістю полягає в створенні поняття юридичної кваліфікації, формулюванні її глибоко аргументованої і чіткої дефініції, побудові загальної моделі та правил встановлення відповідності певної правової норми тому діянню (правочину), яке вимагає кваліфікації, розробленні принципів та правил подолання пробілів і колізій в системах правових норм, без чого адекватність кваліфікації може бути поставлена під загрозу, визначенні абсолютно необхідних корелятивів правових норм (заборон, дозволів, спо-

нукань) і усталених звичаєвих та моральних уявлень сучасного суспільства, що в цілому і в системі утворює струнку теорію юридичної кваліфікації, є життєво необхідною парадигмою правознавства, яка виникає в результаті пізнання закономірностей регулювання суспільних відносин і стає надійною теоретичною основою справедливого правосуддя, реального і конкретного захисту прав і свобод людини.

Тут доречно відтворити не оригінальну в принципі, але геніальну в своїй простоті сентенцію українського теоретика права П.О. Недбайла, що лише за хорошої теорії може бути хороша практика.

Другий доктринальний рівень юридичної кваліфікації полягає в коментуванні фахівцями високого рівня існуючих нормативних актів у вигляді науково-практичних коментарів до кодексів, окремих законів, обговорення правових проблем на конференціях, симпозіумах, слуханнях, «круглих столах», окремих публікацій, дисертацій. Особливий і досить цінний за змістом вид доктринального тлумачення щодо проблемних питань юридичної кваліфікації являють собою постанови Пленуму Верховного Суду України.

5. Законодавчий рівень юридичної кваліфікації методологічно за досконалістю створюваних правових норм прямо детермінується зрілістю загальної і галузевих правових доктрин, але нерідко страждає від негативного впливу політичних, кон'юнктурних та вузькокорпоративних інтересів законотворців, що не може не шкодити певною мірою здійсненню справедливого правосуддя. Не дивлячись на це, будь-яке законодавство як система кваліфікаційних абстрактних моделей відповідних подій в житті суспільства, що вимагають публічного регулювання, повинно неухильно виконуватись, водночас постійно піддаючись спробам удосконалення.

6. Казуальний рівень юридичної кваліфікації (на прикладі кримінально-правових відносин) полягає в офіційній правовій оцінці суб'єктами доказування суспільно небезпечного діяння, встановленні точ-

ної відповідності між фактичними обставинами конкретного посягання й ознаками зафіксованого в кримінальному законі певного складу злочину. Кваліфікація злочину на казуальному рівні є результатом діяльності органів дізнання, досудового слідства, прокурорів, адвокатів і суду, на основі якого уповноваженими суб'єктами приймається низка важливих кримінально-процесуальних рішень і проводиться вирішення справи по суті (про обрання запобіжного заходу, про вину, про визначення виду і міри покарання тощо). Від правильної кваліфікації залежить дотримання законності і в кінцевому результаті — ефективність кримінального судочинства. Помилка у кваліфікації може мати наслідком або необґрунтоване засудження, або виправдання особи, яка вчинила злочин, або застосування до винного не тієї кримінально-правової норми, яку він порушив. Таким чином, казуальна кваліфікація забезпечує персоніфіковане застосування норм кримінального права до конкретних суспільних конфліктів, які потрапляють в сферу кримінального судочинства.

7. В теоретичних розробках в галузі кримінального права можна зустріти твердження, що при кваліфікації іноді доводиться звертатися до санкції кримінально-правової норми, наприклад, коли в санкції вказані ознаки злочину або вона використовується для розмежування злочинів.

Така думка уявляється необґрунтованою. Санкція за своїм призначенням не повинна розкривати зміст правової норми, інакше заборонений в диспозиції статті під загрозою покарання вчинок не матиме всіх необхідних для застосування цієї статті ознак, що є неприпустимим через наявність у такій побудові правової норми логічної помилки — *circulus vitiosus*.

Слід мати на увазі, що кваліфікації (порівнянню й оцінці) підлягають лише ті ознаки діяння, які треба доказувати в процесі, в той час як санкція однозначно слідує за встановленим повністю діянням як міра покарання, що призначається в її межах судом, тому вона є встановленою на весь пе-

ріод дії конкретної норми даністю, а не моментом істини. Саме це дає підставу стверджувати, що сторони в кримінальному процесі в дебатах не повинні обговорювати питання міри покарання, оскільки пропозиції сторін не ґрунтуються на встановлених законом кваліфікаційних ознаках, не вимагають юридичного доказування і завжди характеризуються суб'єктивізмом і упередженістю.

8. Таким чином, кваліфікація методологічно залежить від рівня теоретичної розробки правових норм окремо і в їх системі, якості законотворення, рівня індивідуальної підготовки кадрів правозастосовників і прямо детермінується навичками неофіційного доктринального та офіційного аутентичного, легального і казуального тлумачення, будучи повною мірою саме результатом цих видів тлумачення.

Список використаної літератури:

1. Андрушко П. Кваліфікація злочинів: поняття та види / П. Андрушко // Вісник прокуратури. — 2003. — № 2. — С. 48—55.
2. Благоев Е.В. Квалификация преступлений (теория и практика) / Е.В. Благоев. — Ярославль : Ярослав. гос. ун-т, 2003. — 212 с.
3. Брайнин Я.М. Уголовный закон и его применение / Я.М. Брайнин. — М.: Юрид. лит., 1967. — 240 с.
4. Бурчак Ф.Г. Квалификация преступлений / Ф.Г. Бурчак. — 2-е изд., доп. — К.: Политиздат Украины, 1985. — 120 с.
5. Васьковскій Е.В. Руководство къ толкованію и примененію законовъ. Для начинающихъ юристовъ / Е.В. Васьковскій. — М.: Изд-во Бр. Башмаковыхъ, 1913. — 152 с.
6. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика / Л.Д. Гаухман. — М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2001. — 316 с.
7. Герцензон А.А. Квалификация преступлений / А.А. Герцензон. — М.: РИО ВЮА, 1947. — 112 с.
8. Кваліфікація. Кваліфікація злочину // Правознавство: словник термінів / [за ред. В.Г. Гончаренка]. — К.: Юрисконсульт, КНТ. — 2007. — С. 262—264.
9. Коренева А.В. Теоретические основы квалификации преступлений / А.В. Коренева. — М.: Проспект, 2006. — 176 с.
10. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів / М.Й. Коржанський. — 2-ге вид. — К.: Атіка, 2002. — 640 с.
11. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 1999. — 304 с.
12. Куринов Б.А. Научные основы квалификации преступлений / Б.А. Куринов. — М.: МГУ, 1984. — 181 с.
13. Люблинскій П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса / П.И. Люблинскій // Записки юрид. ф-та Петроград. ун-та. — Вып. IV. — Петроград, 1917. — 268 с.
14. Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. — К.: Вища школа, 1955. — 320 с.
15. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації / В.О. Навроцький. — 2-ге вид. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 512 с.
16. Рарог А.И. Настольная книга судьи по квалификации преступлений / А.И. Рарог. — М.: Проспект, 2006. — 224 с.
17. Ромовська Зорислава. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс / Зорислава Ромовська. — К.: Атіка, 2005. — 560 с.
18. Тарарухин С.А. Квалификация преступлений в судебной и следственной практике / С.А. Тарарухин. — К.: Юринком, 1995. — 208 с.
19. Цивільне право України: Підручник. У двох книгах. Книга перша / [за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової]. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 380 с.
20. Черненко Т.Г. Квалификация преступлений: Вопросы теории / Т.Г. Черненко. — Кемерово: Кузбассвузиздат, 1998. — 225 с.

*В.О. НАВРОЦЬКИЙ,
доктор юридичних наук, професор
(Львівський державний університет внутрішніх справ)*

ФУНКЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА СУЧАСНІСТЬ

Питання про функції кримінально-правової кваліфікації неодноразово висвітлювалося у кримінально-правовій літературі. Цікаві і вагомі положення з приводу поняття таких функцій, їх класифікації, характеристики окремих функцій висловлювали у своїх публікаціях такі знані радянські, українські, російські криміналісти як Є.В. Благов, Ф.Г. Бурчак, В.М. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова, О.І. Рарог, С.В. Тарарухін. Висловлював свою позицію з відповідної проблематики і автор цих рядків [1, 120—130].

Здається, що функціональний аналіз кримінально-правової кваліфікації проведений достатньо повно і не може привести до формулювання нових наукових ідей чи практичних рекомендацій. Адже йдеться про положення фундаментальні, яким не притаманна мінливість, які до того ж, детально і різнобічно проаналізовані не одним поколінням криміналістів.

Однак сучасна правова дійсність показує, що є підстави вказати на цілий ряд нових аспектів проблеми. У одному з усних виступів наприкінці 80-х років минуло століття Ф.Г. Бурчак звернув увагу на зародження в умовах «перебудови» дивовижного поєднання правового нігілізму, правового фетишизму та правового волюнтаризму. Зараз же ці процеси розквітли, що й не дивно, враховуючи багаторічний період, коли влада не утруднювала себе дотриманням нею ж створених законів, а населення щиро відповідало взаємністю. Знову і знову підтверджувалася давня теза про те, що у нас суворість законів компенсується їх необов'язковістю. Водночас відзначається вибірковість у притягненні до кримінальної відповідальності (бізнес-

конкурентів, політичних противників чи тих, хто просто не зміг «відкупитися»). При цьому широко застосовуються і інструменти кримінально-правової кваліфікації про що й піде мова далі.

Серед багатьох парадоксів, якими відзначається кримінально-правова кваліфікація в сучасних умовах, насамперед слід вказати на явну деформацію в реалізації основної функції кримінально-правової кваліфікації — визначенні того, є вчинене діяння злочином чи ні. В уяві і багатьох науковців і чи не всіх працівників правозастосовних органів, кримінально-правова кваліфікація зводиться до кваліфікації злочинів. Підтвердженням є те, що відповідний спецкурс у значному числі навчальних закладів називається «Кваліфікація злочинів», відповідно, питанням кваліфікації діянь, які передбачені КК, але не є злочинними, увага там не приділяється. Криміналісти-теоретики зазвичай не просто не заперечують того, що кримінально-правова кваліфікація включає як кваліфікацію злочинів, так і діянь, що не є злочинними, а й підтримують цю тезу, проте в своїх виступах та друківаних працях надто вже часто обмежуються традиційним підходом і кваліфікацію у кримінальному праві бачать у оцінці діянь, які є злочинними. Про це свідчать хоча б назви відповідних публікацій, навіть і останніх років видання [2—6].

На практиці такий підхід виливається в те, що діяння, які відповідно до закону не є злочинними належної кваліфікації або не отримують взагалі, або ж відповідну оцінку здобувають після тривалих поневірянь осіб, які кримінального закону не порушували. Підтверджується це хоча б уста-

леною практикою відповідно до якої норми про необхідну оборону якщо і застосовуються, то вже після того, як людину притягнуть до кримінальної відповідальності за вбивство або тілесні ушкодження, проведуть слідство, а часом і судовий розгляд в ході яких посилення на обставини, що виключають злочинність повністю ігноруються. Про існування ж інших норм, які регламентують обставини, що виключають злочинність діяння, українські слідчі, прокурори та судді мабуть і не згадують — інакше де ж тоді відповідні справи?

За таких підходів відома ідея, згідно якої кримінальний кодекс — це кодекс свободи, а кримінальне право — галузь, яка забезпечує вільний розвиток особистості й можливості захисту нею своїх прав залишається лише гарним лозунгом. І на початку третього тисячоліття зберігається репресивний ухил і асоціюється кримінально-правове регулювання лише з буцегарнео...

Характеризуючи види функцій кримінально-правової кваліфікації, які виділяються за їхнім змістом, не можна не звернути увагу на перекося, які пов'язані з намаганням запезпечити «справну цифру» у статистичній звітності.

З одного боку, явно простежується намагання шляхом неправильної кваліфікації приховати справжній стан злочинності, особливо найтяжчих її видів. Загальновідомо, що в Україні заподіяння ушкоджень, які потягли смерть не одразу, а через певний час, завжди кваліфікують не як убивство, а як тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого. При цьому локалізацію ушкоджень, їх кількість, використовувані засоби враження, попередні стосунки між винним та потерпілим, поведінка винного після вчинення посягання — всі ті обставини, які визначають співвідношення злочинів, передбачених ст. 115 та ч. 2 ст. 121 КК до уваги не приймаються, оскільки є обставина, яка жодного правового значення не має і є намагання показати, що на підвідомчій території вбивство не зафіксоване.

З іншого ж боку, керівники чисельних спеціальних органів та підрозділів, створених для протидії певного виду посяганням, повсякчас намагаються довести свою суспільну необхідність в тому числі шляхом «натяжок» у кваліфікації або й явних зловживань. Невдовзі після появи у вітчизняному кримінальному законодавстві норми про легалізацію доходів, отриманих злочинним шляхом, тодішній керівник слідства в органах податкової міліції України цілком серйозно оповідав про волоцюгу, який розбивши вітрину в одному кіоску, набрав жменю копійок, а в іншому кіоску вчинив фінансову операцію і легалізував злочинний дохід — купив на ці копійки пляшку горілки. А скільки є випадків, коли дії трьох дядьків, які гуртом вкрали дві курки оцінюються як діяльність організованої злочинної групи... Перелік прикладів можна продовжувати і продовжувати.

Ще гірша ситуація виникає тоді, коли кримінальне право намагаються використати в бізнесових чи політичних розбірках. За таких умов, про наявність підстав кваліфікації чи її точність взагалі не йдеться.

Останні п'ять-шість років ознаменувалися звинуваченнями політичних опонентів в державній зраді (чи не щоразу, коли укладалися важливі міждержавні угоди), посяганні на територіальну цілісність і недоторканність України (у зв'язку з декларуванням федералістичних устремлень), захоплення влади (регулярно в ході встановлення результатів виборів та «перетворення» парламенту) тощо. При цьому високопоставлених авторів звинувачень особливо не цікавило те, що державна зрада може вчинюватися лише трьома діяннями, прямо визначеними у диспозиції ч. 1 ст. 111 КК; що ст. 110 КК передбачає дії, публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до зміни меж території або державного кордону України і не охоплює будь-які «внутрідержавні» перерозподіли; що ненасильницьке захоплення влади не охоплюється ст. 109 КК. Особливо прикро те, що Генеральна прокуратура України, яка в інших випадках прямо

таки несподівана і вперто не бачить очевидних злочинів, на такого роду звинувачення реагує з ентузіазмом — якісь справи порушує з гучним розголосом цього, щось розслідує, а потім врешті решт чи то сама, чи з допомогою судів в повній тиші згортає розслідування. Не потурбувавшись при цьому вирішити питання про відповідальність за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину.

Водночас, у інших випадках, кримінально-правова оцінка, яка прямо таки напрошується, компетентними органами не здійснюється. Поза кримінально-правовою оцінкою залишилася проведена в Україні приватизація, яка в суспільній свідомості однозначно характеризується як злочинна. Показовими є приклади із неодноразовими захопленнями українських моряків сомалійськими піратами. Ті ж працівники Генеральної прокуратури України ніби води в рот набрали і ні словом, ні ділом не згадали про ст. 8 КК України, яка передбачає застосування КК України щодо іноземців, які вчинили по-перше, злочин, передбачений міжнародним договором, ратифікованим Україною, по-друге, особливо тяжкий злочин проти прав і свобод громадян України та інтересів України та про передостанню за ліком статтю Особливої частини КК України з короткою але промовистою назвою «Піратство».

Очевидно, що за таких підходів до кримінально-правової кваліфікації про виконання нею функції оцінки скоєного з точки зору суспільних і державних інтересів (що є суттю соціально-політичної функції кваліфікації) слід лише мріяти. Навряд чи внаслідок цього реалізуються і інші юридичні функції — правофіксуюча, правоконкретизуюча, правовстановлююча, кримінологічна.

Є підстави вважати, що функції кримінально-правової кваліфікації не досягаються також внаслідок такого поширеного явища, як обвинувальний ухил у діяльності правозастосовних органів та пов'язаної з ним кваліфікації «із запасом».

Загалом можна констатувати, що функції кримінально-правової кваліфікації можуть бути реалізовані лише за умов її правильності. Будь-які помилки чи зловживання при кримінально-правовій оцінці скоєного, намагання вирішити завдяки застосуванню кримінального закону якісь невластиві йому завдання, веде у кращому випадку до недосягнення очікуваних результатів. У гіршому ж це тягне порушення законних прав та інтересів особи, інтересів суспільства та держави. Існуючі негаразди у сфері кримінально-правової кваліфікації, частина яких відзначена вище, є виявом загальної кризи у сфері кримінального права. Її подолання неможливе без забезпечення правильності кваліфікації. Видається, що це навіть більш важливе завдання, ніж подальше вдосконалення кримінального матеріального та процесуального законодавства та інституційні реформи в системі кримінальної юстиції.

Список використаної літератури:

1. *Навроцький В.О.* Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В.О. Навроцький. — К.: Атіка, 1999. — 464 с.
2. *Благов Е.В.* Квалификация преступлений (теория и практика) / Е.В. Благов. — Ярославль: Яросл. гос. ун-т, 2003. — 212 с.
3. *Рарог А.И.* Настольная книга судьи по квалификации преступлений: практическое пособие / А.И. Рарог. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. — 224 с.
4. *Кузнецов В.В., Савченко А.В.* Теория кваліфікації злочинів: підручник / В.В. Кузнецов, А.В. Савченко. — К.: Вид. Паливода А.В., 2006. — 300 с.
5. *Кузнецова Н.Ф.* Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Н.Ф. Кузнецова. — М.: Изд. Дом «Городец», 2007. — 336 с.
6. *Корнеева А.В.* Теоретические основы квалификации преступлений. учебное пособие / А.В. Корнеева. — М.: Проспект, 2010. — 176 с.

Є.В. ФЕСЕНКО,
доктор юридичних наук,
завідувач кафедри Академії адвокатури України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ: ФУНКЦІОНАЛЬНА РОЛЬ ТА ПРИЗНАЧЕННЯ

Традиційно в теорії кримінального права головним чином приділялась увага кваліфікації злочинів [2, 4, 6, 7]. Поняття кримінально-правової кваліфікації досліджено і сформульовано у працях В.О. Навроцького та інших сучасних вітчизняних науковців [8].

В узагальненому вигляді його можна визначити як оцінку людської поведінки через призму норм кримінального права.

Звернення саме до поняття кримінально-правової кваліфікації необхідне, оскільки воно охоплює більш широкий спектр ознак. Зокрема в межах його з'ясування вирішуються питання оцінки як злочинної поведінки, так і діяння, що не є злочином, хоч і схожим з ним в окремих рисах. Які ж питання мають вирішуватись в процесі та результаті кримінально-правової кваліфікації?

Насамперед при цьому вирішується найбільш важливе питання застосування кримінально-правових норм — питання щодо наявності або відсутності підстав кримінальної відповідальності. В цьому полягає основна роль і призначення кримінально-правової кваліфікації.

Як відомо, питання щодо підстав кримінальної відповідальності вирішувались в теорії кримінального права по-різному. В.К. Гришук, дослідивши цю проблему, відшукав більше десятка позицій науковців з цього приводу [3, 131].

Здебільшого різноманітність підходів була зумовлена неоднаковими висновками щодо ролі у вирішенні цього питання факту вчинення злочину, його юридичної форми (складу злочину) або їх поєднання. З прийняттям КК 2001 р. законодавець зазна-

чив в ч. 1 ст. 2, що такою підставою є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

Але й на сьогодні в теорії кримінального права немає єдності щодо класифікації підстав кримінальної відповідальності, є термінологічні розбіжності, дещо різняться характеристики окремих різновидів таких підстав тощо [3, 135; 5, 35; 9, 50—51].

На мій погляд, у процитованому вище законодавчому визначенні закріплено два критерії встановлення підстави кримінальної відповідальності в процесі застосування кримінально-правових норм:

а) змістовний — суспільна небезпечність вчиненого діяння; б) формально-юридичний — наявність у діянні ознак складу злочину.

Питання щодо другого критерію в теорії кримінального права розглядалось досить глибоко. Достатньо нагадати, наприклад, праці О.В. Навроцького в Україні, Н.І. Кудрявцева, А.В. Наумова в Росії та численні дослідження науковців, у яких аналізуються окремі склади злочину.

Однак не завершеною проблемою є відсутність чітких позицій стосовно структури об'єкта злочинів, про що автор цієї доповіді вказував у попередніх працях [10, 234—239].

Крім того, необхідно визначитись щодо змісту принципу тлумачення в процесі кваліфікації певних сумнівних положень на користь обвинуваченого (підсудного). Видається, що це правило має розповсюджуватись тільки у випадках сумніву стосовно фактичних обставин справи, а не тлума-

чення самої кримінально-правової норми.

Що стосується першого критерію — змістовного, то цьому питанню достатньої уваги не приділялося. Між тим, зважаючи на законодавче визначення, встановлення такого показника, як суспільна небезпечність, є обов'язковим. Цей висновок підтверджує і систематичне тлумачення закону. Адже тексту ч. 1 ст. 2 КК кореспондує і положення, зазначене у ч. 2 ст. 11 Кодексу. Відповідно до цієї норми не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі.

Навіть якщо вчинено злочин з формальним складом, малозначність діяння не виключається.

Вирішення питання, чи вбачається у вчиненому діянні суспільна небезпечність, властива злочину, не просте, особливо стосовно складів злочинів, при моделювання яких законодавець не визначив критерій ступеню суспільної небезпеки, властивій саме злочину. Наприклад, істотної шкоди як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченої ст. 364, якщо вона не полягає у заподіянні матеріальних збитків.

На вирішення саме цієї проблеми бажано спрямувати і наукові пошуки. На жаль, на неї не звернули уваги не тільки науковці, а й сам законодавець.

Через це ч. 2 ст. 11 не узгоджена з нормами інших статей КК. Наприклад, ч. 1 ст. 359 встановлена відповідальність за незаконне використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. Ч. 2 цієї ж статті встановлює покарання за ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, за попередньою змовою групою осіб або організованою групою, або заподіяли істотну шкоду (курсив наш — Є.Ф.) охоронюваним законом правам, свободам чи інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб. Отже, від-

повідно до положень ч. 2 ст. 11 КК дії, передбачені ч. 1 ст. 359, взагалі не є злочином, оскільки не заподіяли істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Такі ж суперечності із ч. 2 ст. 11 мають ч. 2 ст. 382, ч. 2 ст. 410, ч. 2 ст. 424.

П.С. Берзін частково не погодився з таким висновком, адже, на його думку, поняття істотної шкоди, що вживається в ч. 2 ст. 11 КК, не є однопорядковим з поняттям істотної шкоди як ознаки об'єктивної сторони складу злочину [1, 323].

Однак це зауваження не можна визнати коректним, оскільки вживання тотожної термінології з різним змістом неприпустиме.

Причини того, що такі важливі положення залишилися поза увагою суб'єктів правотворчості, більшості практичних юристів та науковців, зумовлені недооцінкою соціальної суті злочинної поведінки і перебільшеним нормативістським аспектом вирішення питань кримінально-правової кваліфікації.

Вельми спірним видається концептуальний підхід, що намітився останнім часом у кримінально-правовій теорії. Зокрема, пропонується орієнтуватись не на зміст, а на букву закону, перебільшуючи тим самим формально-юридичні аспекти підстав кримінальної відповідальності. Це призводить до того, що при вирішенні окремих питань зміст закону вихолощується за рахунок казуїстичних побудов, звернення без потреби до норм інших галузей права тощо. Оскільки фактів суперечливості, узгодженості норм різних галузей права безліч, робиться висновок, який, по суті, перекреслює кримінальний закон і дає можливість спритним ділкам ухилитися від відповідальності за скоєне.

Певною мірою це результат і недоотримання вимог до системного аналізу та осмислення приписів, визначених у кримінальному законодавстві.

Очевидно, зусилля кримінально-правової науки, в тому числі щодо проблем кваліфікації злочинів треба зосереджувати від-

повідно до завдань, визначених у ст. 1 КК.

Зокрема у цій статті зазначено, що кодекс має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам.

Звичайно, ці проблеми треба розв'язувати зважено, не вдаватись до крайнощів, щоб не розмивати основоположний для всіх галузей права, в тому числі кримінального, принцип законності.

Список використаної літератури:

1. *Берзін П.С.* Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення: монографія / П.С. Берзін. — К.: Дакор, 2009.
2. *Гаухман Л.Д.* Кваліфікація преступлений: закон, теорія, практика / Л.Д. Гаухман. — М.: АО «Центр ЮрИнфор», 2001.— 316 с.
3. *Гришук В.К.* Кримінально право України. Загальна частина: навч. посібник / В.К. Гришук. — К.: Ін юре, 2006 — 568 с.
4. *Корнеева А.В.* Теоретические основы квалификации преступлений: учебное пособие / под ред. проф. А.И. Рарога. — М.: Проспект, 2009. — 176 с.
5. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / за ред. професорів В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — 496 с.
6. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. — 2-е изд., перераб. и дополн. — М.: «Юрист», 1999.
7. *Кузнецов В.В., Савченко А.В.* Теорія кваліфікації злочинів: підручник / В.В. Кузнецов, А.В. Савченко. — К.: Вид. Паливода А.В., 2006.
8. *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації / В.О. Навроцький. — К.: Юрінком Інтер — 2006.
9. *Тихий В.П.* Підстава кримінальної відповідальності за новим кримінальним кодексом України / В.П. Тихий // Вісник Конституційного Суду України. — 2002. — № 3.
10. *Фесенко Є.В.* Проблема структури об'єкта як елемента складу злочину / Є.В. Фесенко // Вісник Академії адвокатури України. — К.: Видавничий центр Академії адвокатури України, 2009. — число 1(14).

*В.П. ТИХИЙ,
доктор юридичних наук, професор, Віце-президент
Національної академії правових наук України, Керівник
Київського регіонального наукового центру НАПрН України*

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИННОГО ПОРУШЕННЯ БЕЗПЕКИ ЛЮДИНИ

Безпечне буття, існування вільне від фізичних та психологічних загроз — одне із головних стремлінь людини, суспільства, людства. Безпека завжди є благом і метою, які відповідають глибоким сподіванням людей.

Потреба людини у безпеці є однією з самих необхідних потреб. Її виробництво не може зупинитись ні на мить. Саме тому відповідно до Конституції України безпека людини визначається в Україні однією з найвищих соціальних цінностей (ч. 1 ст. 3), утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 2 ст. 3). Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 5 ст. 55). На утвердженні і забезпеченні прав і свобод людини і ґрунтується (будується) її безпека, належні, безпечні умови її життя.

Поряд з правом людини на безпеку у широкому смислі слова Конституція України закріплює право людини на безпеку в її власному (вузькому), буквальному смислі слова, тобто право на безпеку життя і здоров'я людини, на безпечні умови для життя і здоров'я, охорону останніх: (ч. 2 і ч. 3 ст. 27, ч. 1 ст. 49), право кожної людини на: безпечність продукції та всіх видів послуг і робіт (ч. 4 ст. 42), безпечні умови праці (ч. 4 ст. 43), безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушеннями цього права шкоди (ч. 1 ст. 50).

До галузевого законодавства щодо безпеки людини відноситься законодавство

про охорону здоров'я, праці, про дорожній рух, про цивільну оборону, про охорону навколишнього середовища, про пожежну безпеку тощо.

Відповідно до ЦК України фізична особа має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту), на належні, безпечні умови праці, проживання, навчання тощо (ст. 293), на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю (ст. 282).

КК забезпечує право людини на безпеку як нормами Загальної частини, так і Особливої частини. Злочином визнається не тільки діяння, яке заподіяло істотну шкоду фізичній особі, а й яке могло заподіяти таку шкоду (ст. 11 КК), тобто порушило безпеку людини, створило для неї небезпеку (можливість, загрозу, небезпечні умови) заподіяння їй істотної шкоди.

Як правило, порушення права людини на безпеку у злочинах з прямим умислом є етапом (стадією) вчинення відповідного злочину проти людини і тому, якщо злочин закінчений, він поглинає попередні етапи (стадії), вони не мають самостійного значення і не впливають на його кваліфікацію. Якщо життю, здоров'ю людини заподіяна шкода, то тим самим заподіяна шкода і її безпеці. У нормах Особливої частини КК сформульовані закінчені склади злочинів. Захищається як об'єкти кримінально-правової охорони, так їх безпека, зокрема, безпека людини.

Проте ці стадії (порушення безпеки людини) мають самостійне значення, якщо

злочин не закінчений, тобто не доведений до кінця із причин, які не залежали від волі винного. У цих випадках порушення безпеки кваліфікується відповідно як готування до злочину або замах на злочин. Таким чином, норми інституту про незакінчений злочин разом з нормами Особливої частини КК захищають безпеку людини, як і безпеку інших об'єктів.

Добровільне припинення винним створеної ним небезпеки, її усунення, запобігання її реалізації, перетворення у фактичне заподіяння шкоди, поновлення безпеки людини може свідчити про добровільну відмову від злочину або про наявність спеціальних видів звільнення від кримінальної відповідальності.

При порушенні права людини на безпеку виникає право на необхідну оборону (ст. 36 КК). У цьому аспекті право на необхідну оборону, як і на затримання особи, яка вчинила злочин (ст. 38 КК) та право на заподіяння шкоди в стані крайньої необхідності можуть виступати формами забезпечення безпеки людини.

Вчинення злочину під впливом погрози, тобто при порушенні права людини на безпеку віднесено законодавцем до обставин, які пом'якшують покарання (п. 6 ч. 1 ст. 66 КК), а вчинення злочину загалом небезпечним способом є обставиною, яка обтяжує покарання (п. 12 ч. 1 ст. 67 КК).

Ціла система норм Особливої частини КК передбачає відповідальність за пору-

шення безпеки людини як за посягання на самостійний об'єкт кримінально-правової охорони. Це норми КК про певні погрози людині, про злочини, що становлять небезпеку для життя і здоров'я людини, які вчиняються у сфері медичного обслуговування (ст. 132, 138—145 КК), інші злочини, що становлять небезпеку для життя і здоров'я людини (ст. 134—137 КК).

Норми КК про відповідальність за злочини проти довкілля (екологічної безпеки), громадської безпеки, безпеки виробництва, безпеки руху та експлуатації транспорту охороняють відповідні види безпеки, визначальною складовою яких є безпека людини, а норми про злочини проти безпеки людства за визначенням забезпечують право на безпеку всіх людей, безпеку людства.

Порушення безпеки людини може бути і способом вчинення того чи іншого злочину, і тому законодавець надає йому обов'язкової ознаки простого, кваліфікованого або особливо кваліфікованого складу злочину.

Порушення права на особисту безпеку людини при вчиненні тих чи інших злочинів свідчить про високий ступінь їх тяжкості і тому законодавець у цих випадках конструює усічені склади злочинів, переносить момент закінчення таких злочинів на попередні стадії, на стадію порушення безпеки людини.

Ю.В. БАУЛІН,
доктор юридичних наук, професор,
Суддя Конституційного Суду України

ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ В ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

1. Юридична кваліфікація — це встановлення та юридичне закріплення суб'єктом кваліфікації відповідності ознак певної дії, бездіяльності, події, правового акту тощо їх юридичним ознакам, передбачених у визначених правових формах.

Складовими елементами юридичної кваліфікації, що здійснюється Конституційним Судом України, є: 1) суб'єкт; 2) об'єкт (предмет) кваліфікації; 3) підстави такої кваліфікації; 4) результат кваліфікації. Кожна юридична кваліфікація, здійснена Конституційним Судом України, тягне за собою певні правові наслідки.

2. Згідно з частиною другою ст. 147 Конституції України Конституційний Суд України, зокрема, вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України. Вочевидь, що вирішення Конституційним Судом України питань про відповідність чи не відповідність Конституції України цих правових актів і є вирішенням питань щодо їхньої юридичної кваліфікації, але лише з однієї точки зору, а саме: відповідають чи не відповідають вони положенням Конституції України. Тільки Конституційний Суд України як єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні є суб'єктом такої юридичної кваліфікації.

3. Низка статей Конституції України та Закону України «Про Конституційний Суд України» визначають об'єкти (предмети) юридичної кваліфікації, що здійснюється Конституційним Судом України. Так, згідно зі статтями 150, 151 Конституції України і ст. 13 Закону України «Про Кон-

ституційний Суд України» Конституційний Суд України приймає рішення та дає висновки, зокрема, у справах щодо: 1) конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим (звертає на себе увагу різна термінологія визначення цих актів: відносно Верховної Ради України та Верховної Ради Автономної Республіки Крим в Конституції України вживається термінологія «правові акти», а стосовно Президента України та Кабінету Міністрів України — «акти»); 2) відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; 3) додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених статтями 111 та 151 Конституції України.

Далі, об'єктом (предметом) юридичної кваліфікації, як це впливає із п. 28 частини першої ст. 85, частини другої ст. 137 Конституції України, є такі правові акти (в тому числі нормативно-правові акти) Верховної Ради Автономної Республіки Крим, які свідчать про порушення нею не тільки Конституції України, але й законів України.

Нарешті, згідно зі статтею 159 Конституції України законопроект про внесення змін до Конституції України розглядається Верховною Радою України за наявності

висновку Конституційного Суду України щодо відповідності законопроекту вимогам статей 157 і 158 цієї Конституції.

Таким чином, об'єктами (предметами) юридичної кваліфікації Конституційним Судом України є:

1) акти (правові акти) Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України та Верховної Ради Автономної Республіки Крим;

2) міжнародні договори України;

3) процедура розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту;

4) законопроекти про внесення змін до Конституції України.

4. Підставами юридичної кваліфікації першої та другої групи зазначених правових актів щодо визнання їх конституційними чи неконституційними є: 1) відповідність чи невідповідність їх Конституції України, а також 2) дотримання чи порушення встановленої Конституцією України процедури розгляду законів та інших правових актів, їх ухвалення або набрання ними чинності.

Підставою юридичної кваліфікації процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту є додержання чи недодержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту в межах, визначених статтями 111 та 151 Конституції України.

Нарешті, підставою юридичної кваліфікації Конституційним Судом України законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо його відповідності чи невідповідності статтям 157 і 158 Конституції України є встановлення Конституційним судом України наступних обставин: 1) передбачають чи не передбачають запропоновані зміни до Конституції України скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина або 2) спрямовані чи не спрямовані вони на ліквідацію або на порушення територіальної цілісності України, або 3) зміни до Консти-

туції України запропоновані в умовах наявності чи відсутності воєнного або надзвичайного стану в країні; або 4) сплинув чи не сплинув рік з дня прийняття рішення щодо законопроекту про внесення змін до Конституції України, який розглядався Верховною Радою України і закон не був прийнятий; або, нарешті, 5) змінювались чи не змінювались двічі одні й ті самі положення Конституції України Верховною Радою України протягом строку своїх повноважень.

5. Результати юридичної кваліфікації, що здійснюється Конституційним Судом України, знаходять своє закріплення в рішеннях та висновках Конституційного Суду України. Згідно зі ст. 152 Конституції України закони та інші нормативні акти за рішенням Конституційного Суду України визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині. У разі, якщо в процесі розгляду справи за конституційним поданням чи конституційним зверненням виявлено невідповідність Конституції України інших правових актів (їх окремих положень), крім тих, щодо яких відкрито провадження у справі, і які впливають на прийняття рішення чи дачу висновку у справі, Конституційний Суд України визнає такі правові акти (їх окремі положення) неконституційними. Точно так, у разі якщо при тлумаченні Закону України (його окремих положень) була встановлена наявність ознак його невідповідності Конституції України, Конституційний Суд України у цьому ж провадженні вирішує питання щодо неконституційності цього Закону. Рішення і висновки Конституційного Суду України є остаточними і оскарженню не підлягають, вони рівною мірою є обов'язковими для виконання.

6. Правові наслідки юридичної кваліфікації, що здійснюється Конституційним судом України, полягають, перш за все, в тому, що «закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність» (ч. 2

ст. 152 Конституції України). Конституційний Суд України може вказати на преюдиціальність свого рішення при розгляді судами загальної юрисдикції позовів у зв'язку з правовідносинами, що виникли внаслідок дії неконституційного акта (ст. 74 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

Укладення міжнародних договорів, які визнані Конституційним Судом України такими, що суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України (ч. 2 ст. 9 Конституції України, ст. 86 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

Висновок Конституційного Суду України щодо додержання чи порушення конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту відповідно до частини шостої ст. 111 Конституції України є підставою для прийняття чи не прийняття Верховною Радою України рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту.

Законопроект про внесення змін до Конституції України не розглядається Верховною Радою України за наявності висновку Конституційного Суду України щодо

його невідповідності вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

7. Подальше дослідження проблем юридичної кваліфікації, що здійснюється Конституційним Судом України, потребує, перш за все, уточнення об'єкту (предмету) такої кваліфікації. Так, частина третя ст. 152 Конституції України передбачає, що «матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовуються державою у встановленому законом порядку». Із зазначеного змісту частини третьої ст. 152 Конституції України випливає, що до об'єкту (предмету) юридичної кваліфікації, що здійснюється Конституційним Судом України, відносяться певні дії. Мабуть, під діями в даному випадку Конституція України розуміє певні дії органів державної влади (Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України) та Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Перспективним також є подальше з'ясування етапів юридичної кваліфікації, що здійснюється Конституційним Судом України, а також принципів та правил такої кваліфікації стосовно кожної групи її об'єктів (предметів).

О.М. КОВТУН,
кандидат юридичних наук,
доцент
(Академія адвокатури України)

УМИСНЕ ЗНИЩЕННЯ АБО ПОШКОДЖЕННЯ ТЕРИТОРІЙ, ВЗЯТИХ ПІД ОХОРОНУ ДЕРЖАВИ, ТА ОБ'ЄКТІВ ПРИРОДНО-ЗАПОВІДНОГО ФОНДУ (СТ. 252 КК УКРАЇНИ): ПРОБЛЕМИ ПРЕДМЕТА ЗЛОЧИНУ

Умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (далі — ПЗФ) (ст. 252 КК) є різновидом злочинів проти довкілля (екологічних злочинів).

Не вдаючись до дискусій з приводу визначення поняття та сутності предмета злочину, що тривають у науці кримінального права, підтримаємо точку зору В.К. Матвійчука про те, *що предмет складів злочинів проти навколишнього природного середовища* (далі — НПС) — це ознака складу злочину, що є матеріальним утворенням, яке залучене у суспільне виробництво або ж потенційно може бути до нього залучене, невіддільне від природного середовища, вилучене з господарського обігу (за винятком землі), відособлене у натуральній формі (за винятком атмосферного повітря), має межі володіння, можливість самовідтворення, не знаходиться на балансі у юридичної особи, не відображається в бухгалтерських звітах, враховується лише у натуральному вигляді, характеризується неповторністю і глибокою індивідуальністю, надзвичайною рухливістю та природним походженням. Наведене поняття має теоретичне і практичне значення, повинне використовуватися для

кваліфікації досліджуваних діянь і вдосконалення ст.ст. 238, 240—244, 247—252 КК [1, 196].

Виходячи з аналізу змісту ст. 252 КК, предметом злочинного посягання є «території, взяті під охорону держави, та об'єкти ПЗФ».

Виникає ряд запитань щодо змісту, який вкладає законодавець у поняття «території, взяті під охорону держави»: 1) чи це всі природні території, що підлягають державній охороні згідно із ч. 1 ст. 5 Закону України «Про охорону НПС»; 2) чи це лише особливо охоронювані природні території (ч. 2 ст. 5, ст. 60 Закону); 3) чи до них відносяться охоронні зони територій та об'єктів ПЗФ; території, що резервуються з метою наступного заповідання; об'єкти культурної спадщини? Не дають чіткої відповіді на поставлені питання і науково-практичні коментарі КК України.

Так, науково-практичний коментар КК України за редакцією М.І. Мельника та М.І. Хавронюка до предмету злочину відносить: 1) території, взяті під охорону держави; 2) об'єкти ПЗФ. До *територій, взятих під охорону держави*, належать, зокрема, водно-болотні угіддя загальнодержавного значення, курортні, лікувально-

оздоровчі та рекреаційні зони, наукові об'єкти, що становлять національне надбання, які не піддаються відтворенню і втрата або руйнування яких матиме серйозні негативні наслідки для розвитку науки та суспільства (полігони тощо). Умисне нищення, руйнування чи псування тих об'єктів, які є пам'ятками історії і культури, потрібно кваліфікувати за ст. 298, а забруднення моря у межах такого об'єкта особливої охорони як виключна (морська) економічна зона — за ст. 243. Посягання на особливо охоронювані об'єкти рослинного і тваринного світу, занесені до Червоної книги, слід кваліфікувати не за ст. 252, а за статтями цього розділу, що передбачають відповідальність за злочини, предметом яких є зазначені об'єкти (ст.ст. 245, 246, 248, 249) [2, 722—723].

Наково-практичний коментар КК України за редакцією М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка у якості предмета злочину, передбаченого ст. 252 КК України, визначає особливо охоронювані державою території та об'єкти ПЗФ, інші ландшафти і природні комплекси, визначені відповідно до законодавства України (*див. ст. 5 Закону України «Про охорону НПС»*), та об'єкти культурної спадщини — городища, кургани, залишки стародавніх поселень, історичні центри, вулиці, квартали, природні території, які мають історичну цінність (*див. ст. 2 Закону України «Про охорону культурної спадщини»*) [3, 448].

В. В. Кудрявцев вважає, що предметом злочину, передбаченого ст. 252 КК України, можуть бути: 1) особливо охоронювані державою території та об'єкти ПЗФ, інші ландшафти і природні комплекси, визначені відповідно до законодавства України (*див. ч. 2 ст. 5 Закону України «Про охорону НПС» від 25 червня 1991 р.*); 2) об'єкти культурної спадщини — городища, кургани, залишки стародавніх поселень, історичні центри, вулиці, квартали, природні території, які мають історичну цінність (*див. ст. 2 Закону «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 р.*, а також Загальнодержавну програму збереження та вико-

ристання об'єктів культурної спадщини на 2004—2010 роки, затверджену Законом від 20 квітня 2004 р.); 3) об'єкти археологічної спадщини (археологічні об'єкти) — місця, споруди (витвори), комплекси (ансамблі), їхні частини, пов'язані з ними території чи водні об'єкти, створені людиною, незалежно від стану збереженості, що донесли до нашого часу цінності з археологічного, антропологічного та етнографічного поглядів і повністю або частково зберегли свою автентичність (*абз. 3 ст. 1 Закону України «Про охорону археологічної спадщини» від 18 березня 2004 р.*) [4, 888—890].

У науково-практичному коментарі КК України за редакцією С.С. Яценка предметом розглядуваного злочину визначаються лише ті природні території та об'єкти, які взяті під особливу охорону. До них належать: 1) ділянки природних ландшафтів, як частина єдиної територіальної системи — екологічної мережі (природні коридори, буферні зони, охоронні зони пам'яток природи тощо), 2) території та об'єкти ПЗФ, курортні та лікувально-оздоровчі, рекреаційні, водозахисні, полезахисні території, інші типи територій та об'єктів, що визначаються законодавством України. Перші визнані такими, що підлягають особливій охороні, Загальнодержавною програмою формування національної екологічної мережі України на 2000—2015 роки, затвердженою Законом від 21 вересня 2000 р. (ст. 1), другі — ч. 2 ст. 60 Закону «Про охорону НПС» [5, 526].

Коментарі мають недоліки, не дають чіткого, вичерпного визначення предмета злочину, передбаченого ст. 252 КК України: у науково-практичному коментарі КК України за редакцією М.І. Мельника та М.І. Хавронюка предметом злочину визнаються території та об'єкти ПЗФ та території, взяті під охорону держави, які складаються лише із водно-болотних угідь загальнодержавного значення, курортних, лікувально-оздоровчих та рекреаційних зон, наукових об'єктів, що становлять національне надбання (надзвичайно вузьке трактування, яке зовсім не аргументо-

ване); у коментарі за редакцією М.О. Потєбенька, В.Г. Гончаренка предметом злочину визнаються території та об'єкти ПЗФ, інші ландшафти і природні комплекси, визначені відповідно до законодавства України (ст. 5 Закону «Про охорону НПС») та об'єкти культурної спадщини (при цьому не визначено, що мається на увазі під поняттям «інші ландшафти і природні комплекси»; об'єкти культурної спадщини є предметом злочину, передбаченого ст. 298 КК України); науково-практичний коментар за редакцією Є.Л. Стрельцова взагалі предметом злочину визначає лише території та об'єкти ПЗФ [6, 488], а науково-практичний коментар за загальною редакцією В.В. Сташиса, В.Я. Тація — території, взяті під охорону держави та об'єкти ПЗФ, що підлягають особливій охороні і які утворюють єдину територіальну систему [7, 701], причому складові елементи цієї системи не називаються.

Найбільш вірно до розуміння предмета злочину, передбаченого ст. 252 КК України, підійшов В.А. Клименко (автор коментарів до ст. 247—254 КК України у науково-практичному коментарі КК України за редакцією С.С. Яценка), включивши до нього ділянки природних ландшафтів як частину єдиної територіальної системи — екологічної мережі, і природні території, що підлягають особливій охороні відповідно до ч. 2 ст. 60 Закону України «Про охорону НПС». Однак автор не наводить виключного переліку елементів системи особливо охоронюваних природних територій та об'єктів. Поза його увагою залишилися, зокрема, рідкісні і такі, що перебувають (зростають) під загрозою зникнення у природних умовах на території України, види тварин і рослин, що заносяться до Червоної книги; рідкісні, зникаючі і типові рослинні угруповання, що заносяться до Зеленої книги України; території (акваторії), оголошені водноболотними угіддями загальнодержавного значення; природні наукові об'єкти, що не піддаються відтворенню, втрата або руйнування яких матиме серйозні негативні

наслідки для розвитку науки та суспільства.

Формулювання предмета злочинного посягання, передбаченого ст. 252 КК України, є невірним термінологічно, а правильно прокоментувати нечітко і невірно сформульовану диспозицію просто неможливо. Отже, пропонуємо у якості предмета злочинного посягання, передбаченого цією статтею, визначити території та об'єкти ПЗФ та інші природні території та об'єкти, що перебувають під особливою охороною держави.

Отже, предметом злочину, передбаченого ст. 252 КК, є: 1) території та об'єкти ПЗФ (відповідно до класифікації, що міститься у ст. 3 Закону України «Про ПЗФ України»), та території, що резервуються з метою наступного заповідання; 2) інші природні території та об'єкти, що перебувають під особливою охороною держави (ст. 60 закону України «Про охорону НПС»), 3) складові структурних елементів національної екологічної мережі.

Зважаючи на неприпустимі розбіжності у розумінні предмета злочину, передбаченого ст. 252 КК України, вважаємо за доцільне внести до тексту кодексу примітку до цієї статті, де чітко визначити елементи системи територій та об'єктів, що перебувають під особливою охороною держави, і є предметом злочинного посягання.

Список використаної літератури:

1. *Матвійчук В.К.* Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища: проблеми законодавства, теорії та практики: дис...докт. юрид. наук: 12.00.08 / В.К. Матвійчук — К., 2008. — 511 с.

2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. — К.: Юридична думка, 2007. — 1184 с.

3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Особлива частина / П.П. Андрушко, Т.М. Арсенюк, О.Г. Атаманюк [та ін.]; заг. ред. М.О. Потєбенько, В.Г. Гончаренко. — К.: Форум, 2001. — 942 с.

4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. — Т. 2 / [за заг ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка]. — К.: Алерга; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. — 624 с.

5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [відп. ред. С.С. Сценко]. — К.: А.С.К., 2006. — 848 с.

6. Уголовный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / [отв. ред.

Е.Л. Стрельцов]. — Х.: ООО «Одиссей», 2007. — 872 с.

7. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш [та ін.]; заг ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — Х.: ТОВ «Одиссей», 2007. — 1184 с.

Д.П. ЄВТЄЄВА,
аспірантка

(Інститут вивчення проблем злочинності
Національної академії правових наук України)

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОВЖИВАННЯ ОПІКУНСЬКИМИ ПРАВАМИ: ПИТАННЯ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ

1. Одним із показників сучасної демократичної держави є рівень її турботи про осіб, що потребують особливих форм соціально-правової допомоги та захисту. Однією з форм такої турботи в Україні є опіка та піклування, завданням яких, відповідно до ст. 55 Цивільного Кодексу України (далі — ЦК), є забезпечення особистих немайнових і майнових прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати обов'язки. Ця категорія громадян потребує окремих гарантій власних прав. Однією з гарантій прав підопічних виступає закріплена у ст. 167 Кримінального Кодексу України (далі — КК) кримінальна відповідальність за зловживання опікунськими правами.

2. Статистика зареєстрованих злочинів за ст. 167 КК є порівняно невисокою (з 2005 по 2009 роки за ст. 167 КК в Україні було зареєстровано 105 злочинів). Разом із тим актуальність дослідження питань кримінальної відповідальності за зловживання опікунськими правами обумовлена низкою важливих соціальних чинників, серед яких сутнісне місце займає вразливе становище особи, над якою встановлюється опіка та піклування. Що стосується проблем теорії кримінального права, то традиційно серед них виділяються питання складу злочину та його елементів: об'єкта, об'єктивної і суб'єктивної сторони, суб'єкта.

3. Питання щодо об'єкта злочину, передбаченого ст. 167 КК, обумовлені багатомісцем статті в системі Особливої частини КК. Стаття розташована в розділі V КК України — «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина», а тому родовим об'єктом злочинів, передбачених цим розділом, вважають суспільні відносини, що забезпечують конституційні права і свободи людини і громадянина. Що стосується структури розділу, в науці виокремлюють в ньому шість підрозділів. «Зловживання опікунськими правами» належить до підрозділу «злочинів проти сім'ї». Серйозні розбіжності є при визначенні безпосереднього об'єкта злочину. Зокрема, одні вчені зазначають, що об'єктом цього злочину є права підопічних громадян [1, 368], деякі вчені відносять до об'єкта майнові та інші права осіб, стосовно яких встановлено опіку чи піклування [2, 431]. Існує також точка зору, відповідно до якої об'єктом є майнові права й інтереси особи, щодо якої встановлені опіка та піклування [3, 138]. На наш погляд, розв'язання зазначених розбіжностей можливе лише через аналіз змісту структурних елементів суспільних відносин, що безпосередньо охороняються нормою ст. 167 КК.

4. Потерпілими від злочину законодавець визначає підопічних осіб. Такими є особи, над якими встановлюється опіка чи піклування [4, 181]. Відповідно до по-

ложень ЦК України, опіка встановлюється над малолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування та фізичними особами, які визнані недієздатними (ст. 55 ЦК). Піклування встановлюється над неповнолітніми особами, які позбавлені батьківського піклування, та фізичними особами, цивільна дієздатність яких обмежена (ст. 56 ЦК).

5. Об'єктивна сторона злочину виражається у використанні опіки та піклування на шкоду підопічному. У ст. 167 КК названі лише дві форми використання опіки чи піклування на шкоду підопічному: зайняття житлової площі та використання майна. Їх перелік законодавець залишив невичерпним, що обумовлює дослідження інших форм зловживання опікою чи піклуванням, зокрема, привласнення речей підопічного; розтрата його цінностей; порушення майнових прав потерпілого внаслідок укладання не вигідних для нього договорів [3, 138]; використання доходів підопічних (пенсій, допомоги або аліментів, інших поточних надходжень або доходів від майна, що належить їм) для задоволення власних потреб; [4, 182]; порушення передбачених законом обмежень і порядку при здійсненні правочинів, де однією стороною виступає підопічний; невиконання опікунських обов'язків на шкоду підопічному (при цьому опікун (піклувальник) отримує матеріальні блага від інших осіб) [1, 368]; управління майном підопічного з порушенням установлених правил; відмова від належних підопічному майнових прав [2, 431] та ін.

Зазначені форми суспільно небезпечного діяння (дії, бездіяльності), потребують детального вивчення, згрупування їх у окремі підгрупи за спільними ознаками та надання характеристики цим підгрупам.

6. За конструкцією об'єктивної сторони, що наведена в диспозиції ст. 167 КК, злочин є формальним і визнається закінченим з моменту виконання опікуном (піклувальником) певного діяння, незалежно від наслідків, що були або могли бути спричинені підопічному.

7. У суб'єктивній стороні цього злочину обов'язковими її ознаками є прямий умисел та корислива мета на отримання вигоди майнового характеру за рахунок підопічної особи.

8. Існують також проблемні питання щодо суб'єкта злочину. Згідно диспозиції ст. 167 КК він є спеціальним. Це особа, яка призначена у встановленому законом порядку опікуном або піклувальником. Проте відповідно до ЦК, в окремих випадках опіку та піклування може здійснювати орган опіки та піклування та спеціальні заклади (навчальні заклади, заклади охорони здоров'я або заклади соціального захисту населення (ст. 65—66 ЦК). Отже, виникає питання про кримінальну відповідальність службових осіб органу опіки та піклування чи спеціального закладу в разі зловживання ними опікунськими правами.

9. Із суб'єктом цього злочину пов'язана ще одна проблема. В науці цивільного права визнається, що батьки й усиновлювачі щодо дітей до 18-річного віку є опікунами і піклувальниками без спеціального призначення [5, 131]. Отже, виникає питання щодо можливості та необхідності притягнення до кримінальної відповідальності батьків та усиновлювачів, які вчинили діяння, передбачене диспозицією ст. 167 КК.

10. Потребують розв'язання також проблеми відмежування зловживання опікунськими правами від суміжних складів злочинів, зокрема від торгівлі людьми (ст. 149 КК), насильницького донорства (ст. 144 КК), вимагання (ст. 189 КК), шахрайства (ст. 190 КК), експлуатації дітей (ст. 150 КК), злісного невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка чи піклування (ст. 166 КК).

11. Викладене свідчить про значну кількість серйозних проблем, пов'язаних із встановленням ознак складу злочину «зловживання опікунськими правами» та застосування ст. 167 КК. Особливістю цих проблем є те, що вони знаходяться в точках перетину галузей кримінального, цивіль-

ного та сімейного права, а отже потребують комплексного підходу до їх вирішення.

Список використаної літератури:

1. Уголовный кодекс Украины. Комментарий / [под редакцией Ю.А. Кармазина и Е.Л. Стрельцова]. — Харьков: «Одиссей», 2001. — 960 с.

2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. — [6-те вид., переробл. та доповн.] / [за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка]. — К.: Юридична думка, 2009. — 1236 с.

3. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін,

В.І. Борисов, В.І. Тютюгін [та ін.]; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — [4-те вид., переробл. і допов.]. — Харків: Право, 2010. — 608 с.

4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у трьох книгах. [Книга 2. Особлива частина. Коментарі до статей 109 — 254 Кримінального кодексу України] / [за заг. редакцією В.Г Гончаренка, П.П. Андрушка. — К.: Форум, 2005. — 673 с.

5. Цивільне право України: Академічний курс: підруч.: у двох томах / [за заг. ред. Я.М. Шевченко]. — Т. 1. Загальна частина. — К.: Ін Юре, 2003. — 520 с.

*В.К. ГРИЩУК,
доктор юридичних наук, професор,
перший проректор Львівського державного університету внутрішніх справ*

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ ЕУТАНАЗІЇ

Розвиток науково-технічного прогресу ставить перед наукою нові соціальні проблеми, які потребують свого осмислення і вироблення відповідних механізмів їх розв'язання. До грона цих проблем, зокрема, належать проблеми трансплантації, штучного запліднення, зміни (корекції) статі, еутаназії.

В літературі умисне позбавлення життя невиліковно хворої людини з метою припинення її страждань називають різними термінами: «евтаназія», «ейтаназія», «еутаназія». Термін «еутаназія» вжито в ч. 3 ст. 52 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 р. Отже, його вживання у наукових дослідженнях набуло легального статусу, що ґрунтується на етимологічному значенні цього слова. Це значення розкривають в літературі, виходячи з двох грецьких слів: «eu» — хорошо і «thā'patos» — смерть.

Вперше аналізоване поняття було введено в науковий обіг англійським філософом Френсісом Беконом (1561—1625) для визначення «хорошої, спокійної і легкої смерті без мук і страждань». Іноді таку смерть в наукових джерелах називають «доброю», «солодкою», «легкою».

Розрізняють еутаназію активну і пасивну. При активній еутаназії смерть невиліковно хворій особі заподіюється з метою припинення її страждань лікарем, родичем, іншою особою шляхом введення цій особі лікарських засобів у надмірній дозі або інших засобів, або вчинення інших дій, що призводить до настання смерті такої особи. Тому цей вид еутаназії називають іноді «методом наповнення шприца».

Пасивна еутаназія зводиться до припинення лікарем, родичем, іншою особою

надання медичної допомоги невиліковно хворому з метою припинення його страждань, що призводить до настання смерті такої особи, а тому цей вид еутаназії іноді називають «методом відкладеного шприца».

Еутаназію можна також класифікувати на насильницьку, коли вона здійснюється щодо особи проти її волі, і ненасильницьку, коли наявне прохання або згода особи на передчасне припинення її життя.

Сьогодні питання еутаназії, а в правовому визначенні про право людини на смерть, належить до числа контраверсійних. Зазначимо, що при цьому ніхто не заперечує права людини на природну смерть, коли процес вмирання людини проходить без зовнішнього його прискорення.

Еутаназія не узгоджується з канонічними нормами, згідно з якими лише Бог вирішує питання про життя чи смерть людини. Однією заповідей Божих є заповідь: «Не убий». Отже, штучне втручання людини у вирішення питання про смерть людини є гріхом. Не сприймається ідея еутаназії суспільною мораллю абсолютної більшості цивілізованих країн світу.

Суперечливі погляди на еутаназію з морально-етичної та медичної позицій викликали й суперечливу юридичну оцінку цього явища, що не могло не знайти свій відбиток у законодавстві різних держав світу. Так, в 50-ти штатах США прийняті закони, якими дозволено пасивну еутаназію. Перший у світі закон «Про право людини на смерть» було прийнято, після довгих обговорень на референдумах, у 1977 р. в штаті Каліфорнія. Відповідно до цього закону невиліковно хвора особа має право на відключення реанімаційної апаратури, оформивши відповідний документ, що засвідчує

таке її бажання. У штаті Орегон є чинним закон «Про право на гідну смерть», яким передбачено право невиліковного хворого оформити відповідно до встановленої процедури письмове прохання про надання ліків, щоб «гуманно і гідно померти».

Пасивна еутаназія не вважається злочином у Швеції і Фінляндії, а в 50-ти штатах США, як уже зазначалося, в Бельгії та Нідерландах вона дозволена законом. Так, лише в 2000 р. у Нідерландах офіційно зареєстровано 2216 випадків еутаназії.

Згідно з ч. 3 ст. 52 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» (далі — Основ) **медициним працівникам** «забороняється здійснення еутаназії — навмисного прискорення смерті або умиртвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждання».

В сучасній теорії кримінального права України та в правозастосувальній практиці визнано, що згода іншої людини на позбавлення її життя, або наявність її прохання про позбавлення життя, не усуває протиправності діяння, спрямованого на позбавлення життя такої людини і не звільняє суб'єкта, який це вчинить, від кримінальної відповідальності. Однак виникає питання про кваліфікацію еутаназії за відповідною статтею Особливої частини КК України.

При **активній еутаназії** у вигляді «вбивства з милосердя» дії винного є умисними, а тому за наявності усіх інших ознак складу злочину, вчинене належить кваліфікувати залежно від обставин справи за ч. 1 або 2 ст. 115 КК України. Щодо «самогубства», що асистується медичним працівником (іншим суб'єктом) та самогубства без участі медичного працівника (іншого суб'єкта), коли він лише надає хворому необхідні засоби для самогубства, то підстав для кримінальної відповідальності медичного працівника (інших суб'єктів), як видається, немає. В таких випадках медичний працівник (інша особа) є пособником самогубства, яке не є злочином згідно з чинним КК. Доречно нагадати, що ст. 462 Кримінального уложення Російської імперії 1903 р., передбачало ув'язнення у ви-

правному будинку на строк до 3 років або ув'язнення у фортеці на строк до 1 року за надання засобів до самогубства, якщо внаслідок цього воно було вчинене. В сучасних державах склад злочину схиляння до самогубства, пособлення самогубству, передбачений, зокрема, чинними кримінальними кодексами: Австрії (§ 78); Болгарії (ст. 127); Голландії (ст. 294); Іспанії (ч. 3 ст. 143); Швейцарії (ст. 115); Данії (§ 240), Польщі (ст. 151). Стаття 146 КК Білорусії передбачає склад злочину «Схиляння до самогубства». Кримінальний кодекс Федеративної Республіки Німеччини (§ 216) передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від шести місяців до п'яти років за умисне вбивство внаслідок категоричного наполегливого прохання потерпілого про позбавлення його життя.

Суспільна небезпека схиляння до самогубства і сприяння самогубству очевидна і тому доцільно, враховуючи досвід зарубіжних держав, встановити кримінальну відповідальність за їх вчинення, доповнивши кримінальний кодекс, наприклад ст. 120 КК України, нормою в такій редакції: «Організація самогубства, керування його підготовкою чи вчиненням, підбурення до самогубства, а також пособлення самогубству, — карається ...». Що стосується **підмовлення** суб'єктом до самогубства особи, що не усвідомлює значення своїх дій, то слід погодитися з думкою вчених, які пропонують кваліфікувати такі дії суб'єкта як умисне вбивство.

Стосовно «пасивної еутаназії» в юридичній літературі висловлено думку про можливість кваліфікації бездіяльності винного у таких випадках, як ненадання допомоги хворому (в Україні ст. 136 і 139 КК). Щодо кваліфікації бездіяльності винного при «пасивній еутаназії» за ст.ст. 136 або 139 КК виникають певні труднощі. Вони зумовлені, зокрема, застосуванням законодавцем понять «завідомо» (ст. 136) та «завідомо відомо» (ст. 139). Першим, що звертає на себе увагу, є неузгодженість даних понять з положеннями статей розділу

п'ятого Загальної частини КК України «Вина та її форми», де не передбачено такої форми чи виду вини. Очевидно, що немає підстав оспорювати методологічне значення статей цього розділу для Особливої частини КК України, яке законодавцем у цьому випадку проігнороване. Другим, як наслідок першої неузгодженості, є різне розуміння цих понять в теорії кримінального права. Так, О.О. Дудоров, стосовно ст. 139 КК України, вважає, що під поняттям «завідомо відомо» слід розуміти вчинення бездіяльності з прямим умислом; М.І. Хавронюк, стосовно ч. 3 ст. 136 КК України, — вчинення бездіяльності з прямим умислом, а ставлення щодо наслідків проявляється тільки в необережній формі вини; П.П. Андрушко відповідно, — вчинення бездіяльності умисно, а ставлення до наслідків проявляється в необережності (щодо ст. 136 КК) та вчинення бездіяльності умисно (ст. 139 КК); автори «Науково-практичного коментаря до Кримінального кодексу України», підготовленого інститутом Генеральної прокуратури України, відповідно, — вчинення бездіяльності умисно, а щодо наслідків — вина проявляється у формі необережності (ст. 136 КК) та вчинення бездіяльності умисно (ст. 139 КК). С.В. Бородін під поняттям «завідомо» вбачає два види вини: непрямої умисел і злочинну самовпевненість, а О.М. Красіков — три види вини: злочинна самовпевненість, непрямий умисел, а в деяких випадках і прямий умисел. На думку М.І. Бажанова, поняттям «завідомо» охоплюється вчинення бездіяльності умисно, а щодо наслідків можлива як умисна так і необережна форма вини (ст. 136 КК), а щодо ст. 139 КК — вчинення бездіяльності умисно або за наявності злочинної самовпевненості. Такий різнобій поглядів вчених дає підстави стверджувати, що у цьому випадку межі законності розмиті, а права людини не забезпечені належним чином. Очевидно, не випадково законодавець Російської Федерації, врахо-

вуючи складність проаналізованої вище проблеми, а також труднощі у відмежуванні ненадання допомоги від умисного вбивства та вбивства через необережність при бездіяльності, вказав у диспозиції ч. 2 ст. 124 КК РФ «Ненадання допомоги хворому» на необережну форму вини щодо наслідків у вигляді настання смерті потерпілого. Однак, навіть і таке уточнення не дає підстав кваліфікувати бездіяльність суб'єкта при «пасивній еутаназії» як ненадання допомоги, тобто за ст. 136 або 139 КК України.

Як уже зазначалося вище, еутаназія, згідно з ч. 3 ст. 52 Основ та Декларації про еутаназію, є **діянням умисним**. При вчиненні еутаназії особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає настання смерті потерпілого і бажає або свідомо припускає її настання. Необережне ставлення суб'єкта до настання смерті потерпілого у цьому випадку виключається. Отже, умисне ненадання (злочинна бездіяльність) медичним працівником (іншим суб'єктом) допомоги хворому (пасивна еутаназія) **з метою заподіяння йому смерті**, як на прохання потерпілого, так і за його згодою, або без згоди, що призвело до такого наслідку, належить кваліфікувати як умисне вбивство за ч. 1 ст. 115 КК. Не виключається кваліфікація вчиненого, залежно від обставин справи, за п.п. 2, 4, 6, 8, 9, 11, 12 ч. 2 ст. 115 КК. Наведена кваліфікація діянь медичних працівників не стосується тих випадків, коли пацієнт в установленому порядку не дає згоди на медичне втручання. Згідно зі ст. 43 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» така згода є обов'язковою для діагностики, профілактики та лікування. Щодо пацієнта, який не досяг 15 років, а також визнаного в установленому законом порядку недієздатним, медичне втручання здійснюється за згодою його законних представників. В цих випадках, якщо пацієнт помирає, настання його смерті відбувається мимо волі лікаря, тобто його вина відсутня, а отже і відсутній склад злочину, як підстава притягнення лікаря

до кримінальної відповідальності. Враховуючи специфіку службових функцій медичного працівника, а також і фармацевтичного працівника, на яких покладається особливий обов'язок — турбота про життя та здоров'я людини, які відповідно до ст. 3 Конституції України є в числі найвищих соціальних цінностей в Україні, видається за доцільне передбачити в ч. 2 ст. 115 КК відповідальність за вчинення умисного вбивства медичним або фармацевтичним працівником при виконанні ними своїх службових обов'язків. Крім цього, в ст. 119 КК необхідно передбачити особливо кваліфікований вид вбивства через необережність — вбивство через необережність, вчинене медичним або фармацевтичним працівником при виконанні ними своїх службових обов'язків. Є надія, що внесення зазначених вище доповнень до чинного КК України сприятиме посиленню захисту права людини на життя в Україні.

Список використаної літератури:

1. *Малеина М.Н.* Человек и медицина в современном мире. — М.: «БЕК», 1995; Глушков В.О. Эвтаназия // Юридична енциклопедія: в 6 т. — Т. 2. — К.: Українська енциклопедія, 1999.
2. *Ивашкевич Г.А.* Преступление без наказания. — Львов: Край, 1995; Медичне право України: Збірник нормативно-правових актів / упорядник Н.Б. Болотіна. — К.: Ін Юре, 2001.
3. Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 4. — ст. 19.
4. *Астахова В.* Эвтаназия: за и против / В. Астахова // Здравохранение. — 2001. — № 1.
5. *Ивашкевич А.Г.* Преступление без наказания / А.Г. Ивашкевич. — Львов: Край, 1995.
6. *Долецкий С.* // Комсомольская правда. — 1992. — 27 марта.
7. *Тасаков С.* Запрет эвтаназии унижает человеческое достоинство / С. Тасаков // Российская юстиция. — 2003. — № 2.
8. *Ярослав Ясен.* Кінець Доктора Смерті // Політика і культура. — 1999. — № 9. — 10—16 червня.
9. *Инишаков С.М.* Зарубежная криминология. — М.: ИНФРА-М.-НОРМА, 1997; Фролов И.Т. Современная наука и гуманизм. — М.: Знание, 1974.
10. *Кирхмайер Виктор.* Почему в Германии отвергают эвтаназию? Обзор «Немецкой волны». — 2001. — 11 апреля.
11. Медичне право України: Збірник нормативно-правових актів / упорядник Н.Б. Болотіна. — К.: Ін Юре, 2001.
12. *Малеина М.Н.* Человек и медицина в современном мире / М.Н. Малеина. — М.: БЕК, 1995.
13. Голландия узаконила эвтаназию // Русская служба ВВС. — 2001 г. — 11 апреля.
14. Законодательство Петра I. — М.: Юрид. лит., 1997. — С. 339
15. Собрание Узаконений и Распоряжений Рабоче-крестьянского Правительства Украины. — 1922. — № 36. — Ст. 553; Собрание Узаконений и Распоряжений Рабоче-крестьянского Правительства Украины. — 1923. — № 1. — Ст. 15.
16. *Бородин С.В.* Преступления против жизни / С.В. Бородин. — М.: Юристъ, 1999.
17. *Леонтьев О.В.* Нарушения норм уголовного права в медицине / О.В. Леонтьев // СПГ. — 2002. — Спецвып.
18. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / хза ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка]. — К.: Канон-А.С.К., 2001.
19. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України [2-е видання перероб. і доповн.] / [відпов. ред. С.С. Яценко]. — К.: А.С.К., 2002.
20. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [під заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка]. — К.: Форум, 2001.
21. Кримінальне право України. Особлива частина / [за ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація]. — К.-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001.

*Є.Л. СТРЕЛЬЦОВ,
доктор юридичних наук, доктор теології, професор,
проректор Одеського національного університету
імені І.І. Мечникова*

ОБ'ЄКТ І КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ

Кваліфікація представляє собою правову оцінку діяння з метою встановлення його сутності, надання відповідною юридичної оцінки та визнання, в зв'язку з цим, необхідних подальших заходів. Юридична кваліфікація в загальному плані дуже нагадує процедуру постановки лікарем медичного діагнозу. Призначення необхідних аналізів та лабораторних досліджень, кваліфіковане опитування, накопичення спеціальних знань щодо становища конкретної людини та постановка медичного діагнозу, який найбільш точно відображає фізичний стан цієї людини, дає змогу не тільки закріпити отриманні результати, а й призначити найбільш ефективне лікування, що надасть змогувилікувати встановлену хворобу. Саме таке, але вже соціально-юридичне завдання, стає і перед юридичною оцінкою діянь конкретної людини — знайти найбільш ефективні заходи протидії суспільно небезпечним діянням [1, 5—6].

Кваліфікація злочинів відбувається на різних етапах кримінального процесу і фіксується в процесуальних документах, які, умовно кажучи, відображають зміст саме цього етапу (наприклад, в постанові о порушенні кримінальної справи, в постанові про притягнення в якості обвинуваченого, в обвинувальному висновку, в судовий вирок). Кваліфікація має певний поступовий розвиток, якій об'єднує в собі взаємопов'язані дії особи. Вона включає в себе встановлення фактичних обставин справи, «знаходження» конкретного складу злочину під який «підпадає» вчинене ді-

яння та закріплення такої «єдності» у відповідному процесуальному акті. Це достатньо складний розумово-логічний процес, з використанням низки заходів, в тому числі: дедукційних, індукційних та ін. На нашу думку, кваліфікація злочинів це взагалі достатньо складний творчий фаховий процес, бо потрібно максимально точно установити всі такі складові. Причому незважаючи на те, що формально в законі всі дії щодо проведення кваліфікації чітко закріплені та визначенні, здійснення кожної з них, має певне внутрішнє насичення, яке багато в чому залежить від професійно-розумового рівня особи, яке буде це робити. І дуже часто це проявляється з самого початку. Зрозуміло, що при встановленні фактичних обставин, ми маємо справу з подіями, які вже відбулися. Ми практично ніколи, мабуть тільки в деяких обмежених випадках, не будемо мати справу з подіями, які відбуваються саме в цей час. Тому наскільки більш детально, в найбільш повному обсязі ми встановимо усе коло подій, які відбулось, тоді і з'являються більш широкі можливості для наступної правової оцінки цього. А проблеми допиту, поза залежності від того хто це: потерпілий, свідок, підозрюваний, обвинувачений або підсудний. Ми завжди підкреслюємо, що між отриманням пояснення від особи та її кваліфікованим допитом, дуже велика різниця. Проблеми проведення експертизи. Так, для отримання певних результатів, Наприклад, встановленню причинного зв'язку між діями і наслідками, які насту-

пили, необхідні спеціальні знання, які має тільки експерт. Безумовно, особа, яка призначає необхідну експертизу не може відповісти на виникаючі питання, але сформулювати їх, надати їм необхідного змісту, поставити цими питаннями завдання для експерту, відповіді на які і допоможуть більш якісно провести необхідну кваліфікацію, саме такий обов'язок покладається на таку особу. А розуміння положень законодавства про кримінальну відповідальність, можливість їх фахового тлумачення, встановлення певної єдності між встановленими подіями і кримінальним законом теж обов'язково потребує необхідного професіоналізму.

Юридичною основою кваліфікації злочинів є, як відомо, склад злочину. Що таке взагалі склад злочину? Можливо сказати, що саме за допомогою складу злочину законодавець формулює так звані «формули злочину», наявність яких потрібно обов'язково встановити в діяннях конкретної особи. Наприклад, відомо, що в загальному плані, воду визначають як рідину, яка не має смаку та запаху. І це, так зване, загальне визнання. Але не завжди, особливо в складній екологічній обстановці, можливо точно визначити, що певна рідина є дійсно водою. Тому більш точним вважаєте таке визначення цієї речовини, яке зроблено за допомогою встановлення в її складі відомого усім ще зі школи, формули, а саме H₂O. Тому, на нашу думку, і в кримінальному кодексі зібрані усі законодавчі моделі, так звані «формули» конкретних злочинів, які пропонує законодавець для правової оцінки діянь. Наприклад, як крадіжку можливо кваліфікувати тільки такі діяння, які несуть в своєму змісті необхідну «формулу» такого діяння. Так саме і з вбивством, і з хуліганством і з усіма іншими діяннями. Вони тільки тоді стають злочинними, коли вони мають у своєму змісті відповідну законодавчу «формулу». Слід сказати, що, багато в чому, саме такий підхід існує і в тих країнах, де офіційно не має складу злочину. Але наявність певних загальних ознак, які потрібно встановити при кваліфікації діянь,

там теж існує. Безумовно, завжди потрібно відмежовувати склад злочину відмежовувати від самого злочину.

Відомо, що з загально визнаної позиції, склад злочину включає в себе чотири обов'язкових елементу, кожний з яких характеризується певними ознаками. Це: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єктивна сторона і суб'єкт. Саме в такій послідовності ми і пропонуємо ці елементи для вивчення, для наукового обговорення і т.ін. Але на практиці все відбувається, якщо можливо так сказати, навпаки. Ми повинні ретельно встановити ознаки, які характеризують об'єктивну і суб'єктивні сторони, суб'єкта таких діянь і тільки їх встановлення і необхідне професійного тлумачення, ми отримаємо змогу встановити об'єкт цього посягання. Саме встановлення об'єкту, згідно вітчизняної кримінально-правової доктрині, дає змогу установити суспільну небезпечність конкретного діяння, провести необхідну систематизацію злочинів, відмежувати одні злочинні діяння від інших.

Потрібно відмітити, що при вітчизняному тлумаченні об'єкту, ми маємо певні відмінності від доктрин, які існують в інших країнах, в тому числі, наприклад, і в Німеччині, хоча на початку минулого століття ми по суті сприйняли існуючу німецьку теорію класичного кримінального права. Об'єкт також потрібно відрізнити від предмету і не тільки класичним визначенням, згідно з яким предмет це те в зв'язку з цим або з приводу чого вчиняється злочин. Необхідно розуміти, що якщо об'єкту злочину завжди спричиняється шкода, то предмет після вчинення злочинну може знаходитись, наприклад, в умовах кращих ніж до вчинення суспільно небезпечних діянь.

Взагалі проблема об'єкту це дуже складна, причому не тільки правова проблема. Правильне розуміння загальних та спеціальних ознак об'єкту надає змогу для вирішення цілого кола суспільно-правових питань, пов'язаних з проблемами криміналізації та декриміналізації, пеналізації

та депеналізації, кваліфікацією, застосуванню альтернативних правових заходів і т.ін. Тому періодично проблеми об'єкту знову починають обговорювати. І зараз, вже на протязі певного періоду, ми знову повернулись к цієї наукової дискусії.

Якщо казати в більш загальному плані, існуючи сьогодні позиції, враховуючи і думки наших сусідів, з цього приводу систематизують наступним чином: 1) — охоронювані кримінальним законом суспільні відносини (М.І. Бажанов, Н.О. Гуторова, Б.О. Кириць, М.Й. Коржанській, В.О. Навроцький, В.Я. Тацій, А.В. Савченко, Ю.Л. Шевцов та ін.); 2) — соціальні блага (цінності), що охороняються кримінальним законом (С.Б. Гавриш, П.С. Матишевській, Є.В. Гавриш); 3) — людина, незалежно від віку, розумового розвитку, соціального статусу (Г.П. Новосолов) 4) — окремі особи або багато осіб (І.Я. Козаченко, З.А. Незнамова); 5) — охоронювані кримінальним законом соціально значимі цінності, інтереси, блага (А.В. Наумов, А.В. Пашковська); 6) — суспільні відносини, які є відповідним порядком, встановленими приписам правових норм, а також соціальні блага (Г.В. Чеботарьова); 7) — соціальна оболонка є першим рівнем об'єкту, а все інше перебуває в середині цієї оболонки (В.М. Трубніков); 8) — охоронюваний кримінальним законом порядок суспільних відносин (П.П. Андрушко, О.М. Костенко, А.В. Ландіна) [2, 165].

Не деталізуючи цю проблему, можливо сказати, що практично усі ці визначення мають право на існування, тому що вони, на нашу думку, виділяють з загального поняття соціуму, як складного, багатоманітного та суперечливого предмету пізнання, окремі його відзнаки, складові та ін., і саме них пропонують вважати основними в існуючій науковій дискусії [3].

В той же час, більш зовнішні, так звані формалізовані визначення об'єкту залишають поза необхідної уваги, що може приводити до певної плутанини в визначенні цього елемента складу злочину, особливо

при кваліфікації. Мова йде про так звані об'єкт кримінально-правової охорони і об'єкт злочину. Ми вже певний період вважаємо і наводимо для цього необхідні аргументи, що ці поняття не є синонімами і кожне з них має своє змістовне навантаження. Так, об'єктом кримінально-правової охорони потрібно вважати ті суспільні відносини, ті соціально значущі цінності, які охороняються можливостями кримінального законодавства, а об'єктом злочину виступають відносини, котрі порушуються в результаті вчинення суспільно небезпечних діянь. Доки немає злочину, суспільні відносини, які поставлені під охорону кримінального законодавства, виступають як об'єкт кримінально-правової охорони. А вже після вчинення злочину, такі суспільні відносини виступають у якості об'єкту злочину [4, 77—78]. Саме такий підхід дає змогу більш точно розуміти зміст цього, в певній мірі, основного, системоутворюючого елемента складу злочину, більш фахове розуміти його змістовне навантаження, яке дається в його різних визначеннях, в тому числі, в законодавстві, в коментарях до законодавства, підручниках, постановках Пленуму Верховного Суду України тощо, що повинно, з нашої точки зору, надавати змогу більш точно використовування його в теорії і практиці. У всякому разі, такий підхід дозволить більш ретельно встановлювати можливе «співвідношення» між суспільними відносинами (суспільними благами), які порушуються при вчиненні злочину, тобто об'єктом злочину і тими суспільними відносинами (суспільними благами), які вказуються в законодавчій «формулі» злочину, тобто об'єкту кримінально-правової охорони, що, безумовно, повинне знайти своє відображення при кваліфікації вчиненого.

Список використаної літератури:

1. Экономическая преступность в Украине. Курс лекций. Предисловие Мартина Финке (университет г. Пассау, ФРГ), 1997. — 572 с.

2. *Гришук В.К.* Кримінальне право України: Загальна частина: навч. посіб. для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. / В.К. Гришук. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. — 568 с.

3. Потрібно відмітити, що загальне розуміння суспільства як: об'єктивного процесу, стосунків між людьми, існування певних соціальних інститутів; встановити закономірності його функціонування; найбільш характерні ознаки та складові, це головне завдання, яке стоїть перед соціальною філософією практично з моменту його виникнення. В усякому разі Платон і Аристотель, Т. Гобс, Ж.-Ж. Руссо,

Ф.М. Вольтер, Г. Гегель, М. Вебер, Е. Дюркгейм, Т. Парсонс і багато інших мислителів формували схожі та відмінні ідею, щодо його визначення. Див, більш детально: Філософія: навч. посібник / Л.В. Губерський, І.Ф. Надольний, В.П. Андрущенко [та ін.]; за заг. ред. І.Ф. Надольного. — 6-те вид., випр. і допов. — К.: Вікар, 2006. — 534 с.

4. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / відп. редактор заслуж. діяч науки і техніки України, доктор юрид. наук, професор Є.Л. Стрельцов. — Харків: Одіссей, 2009. — 328 с.

С.Д. ШАПЧЕНКО,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

ЮРИДИЧНА КВАЛІФІКАЦІЯ ЯК СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЯВИЩЕ ТА ДЕЯКІ ЇЇ ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Загальна характеристика юридичної кваліфікації. В межах даної доповіді юридична кваліфікація — у найбільш загальному її розумінні — розглядається як *визначення певним суб'єктом правового змісту окремої фактичної ситуації*. Таке розуміння дозволяє визнати її відносно самостійним соціально-правовим явищем, яке має власний («внутрішній») зміст і, водночас, взаємодіє (може взаємодіяти) з іншими компонентами соціально-правової дійсності.

Власний зміст юридичної кваліфікації, на наш погляд, розкривають наступні її характеристики:

1) юридична кваліфікація — це перш за все *процес* розумової діяльності суб'єкта, різновид оціночно-пізнавальної діяльності людини [1, 7—8];

2) кінцевий етап зазначеної діяльності призводить до конкретного її *результату*, який завжди формалізується і, тим самим, відокремлюється суб'єктом від власне діяльності (при цьому він, як правило, ще й певним чином об'єктивізується — проголошується, викладається в письмовій формі тощо); у такому вигляді зазначений результат стає — поряд з власне діяльністю — відносно самостійним компонентом юридичної кваліфікації;

3) як специфічний різновид оціночно-пізнавальної діяльності юридична кваліфікація має певний *філософський, логічний, психологічний та власне правовий (юри-*

дичний) зміст; зрозуміло, що в межах юридичних наук досліджується переважно останній, хоча в окремих роботах розглядаються і окремі філософські, логічні та психологічні аспекти юридичної кваліфікації (в основному — кваліфікації злочинів) [1, 196—226; 2, 69—103];

4) оціночно-пізнавальна складова (компонент) юридичної кваліфікації — це перш за все різновид розумової діяльності, що відбувається в межах *людської свідомості*; виходячи з цього *первинний предмет* юридичної кваліфікації — фактичні обставини з відповідним об'єктивним («реальним») змістом — трансформується у відображену в свідомості суб'єкта («ідеальну») *інформаційно-оціночну модель* цих обставин; саме така модель і є *безпосереднім предметом* юридичної кваліфікації; при цьому в якості *первинних стандартів (орієнтирів)* оцінки такої моделі виступають певні *«фрагменти правової матерії»* (нормативні приписи, правові принципи, нормативні юридичні конструкції тощо); однак, будучи «перенесені» у сферу свідомості (правосвідомості), вони також набувають форми певних «ідеальних» моделей і саме такі *похідні моделі* виступають *безпосередніми орієнтирами* визначення правового змісту інформаційно-оціночної моделі фактичних обставин;

5) у найбільш загальному вигляді специфічний *правовий зміст* юридичної ква-

ліфікації утворюють: а) окремі етапи процесу розумової (оціночно-пізнавальної) діяльності людини (суб'єкта кваліфікації); б) формалізація її результату;

б) *окремими етапами* процесу оціночно-пізнавальної діяльності суб'єкта кваліфікації є: а) *зіставлення* інформаційно-оціночної моделі фактичних обставин з моделями відповідних правових орієнтирів; б) *вибір* тих правових орієнтирів, які, на думку суб'єкта, найбільш повно, точно і конкретно визначають правовий зміст зазначеної моделі; в) формулювання *конкретного висновку* щодо правового змісту окремої фактичної ситуації (даний висновок стає згаданим вище результатом оціночно-пізнавальної діяльності суб'єкта);

7) *формалізація* зробленого на завершальному етапі висновку щодо правового змісту окремої фактичної ситуації передбачає його виклад у *певній формі* (кількох формах); при цьому дотримання такої форми (форм) в більшості випадків пов'язане з виконанням відповідних техніко-юридичних правил.

Взаємодія окремих складових юридичної кваліфікації, перш за все її результату, з іншими компонентами соціально-правової дійсності надає їй певної *«зовнішньої» значущості*. В цьому плані — в залежності від специфіки таких компонентів і характеру взаємодії — можна вести мову, зокрема, про інформаційне, теоретичне, етичне і власне правове значення юридичної кваліфікації. У більшості випадків юридична кваліфікація поєднує в собі кілька з цих значень, однак, як правило, одне з них є пріоритетним.

Правового значення юридична кваліфікація набуває тоді, коли її складові пов'язані з реалізацією певних *правовідносин*. В цьому разі вона стає правовою (юридично значущою) дією, що включається у відповідну форму реалізації права. Певні особливості має юридична кваліфікація в межах такої форми реалізації права, як його застосування. Цими особливостями є: а) спеціальна (процесу-

альна) регламентація взаємодії оціночно-пізнавальної діяльності суб'єкта як складової юридичної кваліфікації зі «створенням» інформаційно-оціночної моделі фактичних обставин [3, 24—26]; б) обов'язкова «об'єктивізація» висновку щодо правового змісту окремої фактичної ситуації у відповідному правозастосовному документі; в) дотримання певної форми (кількох форм) такого висновку.

Наведена вище загальна характеристика юридичної кваліфікації дає можливість виділити окремі її аспекти, що мають загальнотеоретичне і, певною мірою, методологічне значення.

Специфіка «механізму» юридичної кваліфікації. Така специфіка проявляється у наступних його особливостях: а) «створення» інформаційно-оціночної моделі фактичних обставин не входить у зміст юридичної кваліфікації, а є лише необхідною її *передумовою* [4, 175—176]; в окремих випадках таку модель «створює» один суб'єкт, а здійснює юридичну кваліфікацію — інший; б) розумова діяльність суб'єкта юридичної кваліфікації в межах окремих її етапів відбувається в певних *логічних формах*, що «представляють» оціночно-пізнавальну природу такої діяльності; основними логічними формами процесу юридичної кваліфікації є відповідні форми традиційної формальної логіки, в тому числі і таких її розділів, як логіка оцінок і логіка норм; водночас специфічний характер правових орієнтирів обумовлює необхідність використання особливих підходів так званої юридичної логіки, які в ряді випадків мають пріоритет перед окремими формами традиційної формальної логіки; в) в процесі юридичної кваліфікації на першому етапі зіставляються її *безпосередній предмет* та *безпосередні (похідні) правові орієнтири* (по суті, відповідні «ідеальні» моделі), а на останньому формулюється правовий зміст *первинного предмета* юридичної кваліфікації на підставі *первинних правових орієнтирів*; такий зміст фіксується і в межах формалізації вис-

новку, зробленого на цьому етапі суб'єктом юридичної кваліфікації.

Особливості «фактичного» змісту предмета юридичної кваліфікації. Ці особливості стають найбільш значущими у разі, коли юридична кваліфікація є елементом застосування правових норм. Зокрема, при розгляді кримінальної справи судом у сферу його оціночно-пізнавальної діяльності потрапляють три об'єкти, що мають «фактичний» зміст: а) «реальні» фактичні обставини (**юридичні факти**, первинний предмет юридичної (кримінально-правової) кваліфікації); б) інформаційно-оціночна модель фактичних обставин, відображена в матеріалах кримінальної справи (**«процесуальна» модель**, похідний предмет юридичної (кримінально-правової) кваліфікації); в) інформаційно-оціночна модель фактичних обставин як елемент свідомості судді (**«ідеальна» модель**, безпосередній предмет юридичної (кримінально-правової) кваліфікації).

Співвідношення між «фактичним» змістом зазначених об'єктів може бути різним і виражатися в таких, зокрема, варіантах: а) повна відповідність «фактичного» змісту всіх трьох об'єктів; б) невідповідність «фактичного» змісту «реальних» фактичних обставин та їх «процесуальної» моделі; в) невідповідність «фактичного» змісту «процесуальної» та «ідеальної» моделей; г) неможливість відтворити повний «фактичний» зміст «реальних» фактичних обставин у «процесуальній» моделі. Оцінюючи ці варіанти, можна зробити наступні висновки: 1) повна відповідність «фактичного» змісту «реальних» фактичних обставин та їх «процесуальної» та «ідеальної» моделей є оптимальним (найбільш прийнятним) варіантом для юридичної кваліфікації; 2) невідповідність «фактичного» змісту «реальних» фактичних обставин та їх «процесуальної» моделі при певних порушеннях щодо її «створення» є неприйнятною для юридичної кваліфікації і має бути усунена; така ж невідповідність — при дотриманні відповідних правил «ство-

рення» «процесуальної» моделі — може бути прийнятним (допустимим) варіантом для юридичної кваліфікації (в цьому разі «процесуальна» модель має пріоритет перед «реальними» фактичними обставинами); 3) невідповідність «фактичного» змісту «процесуальної» та «ідеальної» моделей фактичних обставин в принципі має розглядатись як неприйнятний для юридичної кваліфікації варіант; водночас не виключені окремі випадки, коли така невідповідність не справляє впливу на юридичну кваліфікацію і, відповідно, може бути допустимою; 4) неможливість відтворити повний «фактичний» зміст «реальних» фактичних обставин у «процесуальній» моделі має розглядатись як винятковий для юридичної кваліфікації варіант; його винятковість передбачає інший (особливий) характер висновку щодо правового змісту відповідної фактичної ситуації (такий висновок може бути своєрідною правозастосовною фікцією).

Основні варіанти вибору правових орієнтирів. Характер кореспондування (взаємодії) «ідеальних» моделей фактичних обставин і відповідних правових орієнтирів в процесі юридичної кваліфікації зумовлює вибір останніх за такими основними (узагальненими) варіантами: а) певні правові орієнтири, на думку суб'єкта, прямо передбачають відтворену в «ідеальній» моделі окрему фактичну ситуацію і між ними відсутні колізії чи конкуренція; в цьому разі вони і обираються в якості первинних правових орієнтирів; б) певні правові орієнтири, на думку суб'єкта, прямо передбачають відтворену в «ідеальній» моделі окрему фактичну ситуацію, однак між ними наявна колізія чи конкуренція; в цьому разі визначається, який з цих орієнтирів є пріоритетним, і саме він обирається в якості первинного правового орієнтиру; в) відтворену в «ідеальній» моделі окрему фактичну ситуацію, на думку суб'єкта, прямо не передбачає жоден з правових орієнтирів чи будь-яке їх поєднання; в цьому разі можливий вибір первинного правового орієнтиру (кількох

таких орієнтирів) за аналогією; на наш погляд, — всупереч буквальному змісту ч. 4 ст. 3 Кримінального кодексу України — така аналогія не виключена і при здійсненні кримінально-правової кваліфікації, якщо вона вирішує відповідну фактичну ситуацію на користь людини (особи); якщо ж в межах кримінально-правової кваліфікації вибір первинного правового орієнтира за аналогією погіршує становище людини, такий вибір слід визнати неприйнятним.

Список використаної літератури:

1. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. — М.: Юрид. лит., 1972. — 352 с.
2. *Наумов А.В., Новиченко А.С.* Законы логики при квалификации преступлений / А.В. Наумов, А.С. Новиченко. — М.: Юрид. лит., 1978. — 104 с.
3. *Тарарухин С.А.* Квалификация преступлений в следственной и судебной практике / С.А. Тарарухин. — К.: Юринком, 1995. — 208 с.
4. *Навроцький В.О.* Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В.О. Навроцький. — К.: Атіка. — 1999. — 464 с.

О.П. КУЧИНЬСКА,
кандидат юридичних наук, доцент,
проректор Академії адвокатури України

ПЕРЕКЛАДАЧ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Участь перекладача в кримінальному процесі України та особливості його залучення передбачені цілим рядом статей Кримінально-процесуального Кодексу, а саме: ст.ст. 19, 62, 93, 128, 254, 270, 341, 344, 379 КПК України. Але, якщо проаналізувати зазначені норми закону, то виникає цілий ряд питань, не визначених в ньому. Перш за все, питання про поняття «перекладач», крім того, процесуальні особливості його залучення до кримінального провадження, участь в провадженні слідчих дій, встановлення його компетентності у знанні тієї чи іншої мови, визначення критеріїв, коли учасники провадження «не володіють мовою судочинства» та деякі інші питання.

Тож, хто може бути перекладачем у кримінальному процесі? Якщо звернутися до тлумачного словника юридичних термінів, то побачимо, що перекладач, це — «у досудовому і судовому процесі особа, яка володіє мовами, необхідними для перекладу письмових документів чи виступів учасників процесу» [4, 195]. У Кримінально-процесуальному Кодексі Російської Федерації перекладачем є «лицо, привлекаемое к участию в уголовном судопроизводстве в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, свободно владеющее языком, знание которого необходимо для перевода» [3, 135]. Але слід пам'ятати, що будь-яка особа, в тому числі і перекладач, стане повноправним учасником кримінально-процесуальних відносин лише після винесення відповідної постанови (ухвали) уповноваженими та те особами (органами).

Деякі українські вчені констатують, що «перекладач — це суб'єкт кримінального провадження, який володіє мовою, якою провадиться судочинство, і мовою,

якою володіє підозрюваний, обвинувачений, підсудний, і призначений особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором, суддею(судом) для перекладу слідчих і судових дій, документів» [1, 128].

Вважаємо, що правильне і повне визначення процесуального становища перекладача полягає в наступному: перекладачем у кримінальному провадженні є особа, яка вільно володіє державною мовою, технікою спілкування з глухими, німими та глухоніми особами, а також вільно володіє мовою учасника процесу, який потребує перекладу на мову, якою він володіє, та щодо якого винесено постанову (ухвалу) уповноваженими на те особами (органами).

Особі, призначеній перекладачем у кримінальній справі, повинно буди роз'яснено її права та обов'язки. При цьому необхідно мати на увазі та попередити про це перекладача, що частину своїх прав та обов'язків він може реалізовувати і після закінчення слідства та судового розгляду. До числа таких прав, наприклад, можна віднести право одержувати винагороду за виконання своєї роботи, подавати скарги на дії (без діяння) слідчого щодо обмеження його прав. Якщо перекладач був попереджений про недопустимість розголошення даних досудового слідства (ст. 121 КПК України), то незважаючи на закінчення провадження по справі (будь з яких підстава), перекладач продовжує виконувати цей обов'язок.

Наступне питання, яке постає перед особами(органами), які мають право призначити у разі необхідності перекладача по справі — як впевнитися, що особа вільно володіє як мовою судочинства, так і мовою, якою володіє особа, якій необхідний

перекладач? В Україні не передбачено ні методик, ні процедури з'ясування цього питання. Якщо особа має диплом перекладача, звичайно, питань не виникає. Але якщо мова йде про вільне володіння мовами, які не розповсюджені у світі, то виникають проблеми. На практиці з'ясовується не вільне володіння, а розуміння тієї чи іншої мови. У проекті КПК України йде мова про те, що перед початком процесуальної дії особа, яка здійснює дізнання, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суддя та суд зобов'язані пересвідчитися в особі і компетентності перекладача. Але як це пересвідчення здійснити практично, не закріпив жодний закон. Тому постала нагальна необхідність на законодавчому рівні вирішити це питання.

Ще одне питання — як визначити достатній чи недостатній рівень знань державної мови у особи, яка вимагає залучення перекладача? Адже не володіти державною мовою можуть не лише іноземці. А якщо мова йде про володіння, точніше — розуміння, специфічних юридичних термінів? Як визначитись в такому випадку? Думаю, що в таких випадках слід порадити слідчим, прокурорам, суддям призначити мовну експертизу.

В додатках до КПК Російської Федерації розміщені зразки процесуальних документів. Вважаю, що законодавець це зробив дуже правильно. В цих же додатках міститься й зразок постанови про призначення перекладача. Законодавець дає структуру постанови. Проаналізувавши їх, вважаю за необхідне і в Україні в новому КПК теж розробити аналогічні додатки, в яких визначити структурно ті процесуальні документи, які виносяться під час провадження кримінальної справи. Що стосується постанови про призначення особи перекладачем, то в ній повинно зазначатися наступне: найменування процесуального документа; день, місяць, рік прийняття рішення про призначення особи перекладачем; населений пункт, де складено постанову; найменування органу, прізвище, ініціали посадової особи (її звання, класний чин),

яка прийняла рішення про призначення особи перекладачем; номер кримінальної справи, по якій приймається таке рішення; фактичні підстави призначення перекладача (підтверджується необхідність притягнення до участі у кримінальній справі особи, яка вільно володіє мовою, знання якої необхідне для перекладу); мотиви призначення перекладачем конкретної особи з вказівкою на вільне володіння мовою, знання якої необхідне для перекладу; посилення на необхідні статті КПК України; рішення про призначення особи перекладачем; прізвище, ім'я та по батькові, день, місяць та рік народження особи, що призначається перекладачем; номер кримінальної справи, по якій особа призначена перекладачем; та обставина, що особі, призначеній перекладачем, прийняте рішення повинно бути об'явлене під розписку в даній постанові; підпис особи, яка винесла постанову; перелік прав та обов'язків перекладача; підпис перекладача; підпис особи, яка винесла постанову. Після підпису особи, яка винесла постанову, слід вказати саме ту дату, коли перекладачеві роз'яснено права та обов'язки, що засвідчується підписом останнього. Виникає питання про те, як правильно назвати таку постанову: «постанова про призначення перекладача» чи «постанова про призначення особи перекладачем»? Зауважу, що від того, яка буде назва такого документа, суть його не зміниться і визнати його недійсним неможна. Але все ж таки слід привести назви процесуальних документів до одного «знаменника». Виходячи з того, що до моменту винесення такої постанови перекладача в кримінальному провадженні по тій чи іншій справі не існує, то суть постанови полягає в призначенні особи, яка вільно володіє мовою, знання якої необхідне для перекладу, перекладачем. То ж, назва повинна бути наступною: «постанова про призначення особи перекладачем». Аналогічна назва та зміст постанови (ухвали), яка виносяться суддею (судом).

Тепер розглянемо особливості участі перекладача в слідчих діях. Коли перекла-

дач вперше з'являється до слідчого, необхідно з'ясувати його особу, компетентність, відносини з обвинуваченим, потерпілим, роз'яснити права, обов'язки відповідальності перекладача, а також порядок проведення тієї чи іншої слідчої дії. Факт здійснення вище перерахованого фіксується в протоколі слідчої дії, яка проводиться. Якщо перекладач запрошений для участі в судовому засіданні, йому роз'яснюється його права, обов'язки, про що він дає розписку, яка приєднується до протоколу судового засідання.

Проаналізувавши норми кримінально-процесуального законодавства, можна зробити висновок щодо прав ті обов'язків, які має особа, яка призначена перекладачем при провадженні кримінальної справи. Тож, права перекладача наступні: знати мету та порядок проведення певних слідчих дій (в разі необхідності його залучення), свої права, обов'язки та відповідальність; відмовитися від участі в провадженні слідчої (процесуальної) дії, якщо він не володіє вільно необхідними мовами; бути попередженим про застосування технічних засобів; задавати питання учасникам кримінального провадження з метою уточнення перекладу; задавати інші питання учасникам слідчої дії з дозволу слідчого; знайомитися з протоколом слідчої дії, в провадженні якої він брав участь та з протоколом судового засідання; робити зауваження з приводу правильності запису перекладу, що підлягає внесенню в протокол та вимагати внесення в них правок; засвідчувати правильність запису показань і всього змісту протоколу слідчої дії, в якій він брав участь; відшкодування витрат, пов'язаних з явкою на місце слідчої дії чи в судове засідання; одержувати винагороду за виконання своїх обов'язків подавати скарги на дії (бездіяльність) чи рішення слідчого, особи, яка веде дізнання, судді (суду) щодо обмеження його прав; за наявності відповідних підстав має право на забезпечення безпеки шляхом застосування заходів, передбачених законами України. До обов'язків особи, яка призначена перекла-

дачем, можна віднести: з'являтися на виклик слідчого, особи, яка веде дізнання, судді (суду); виконувати повно і точно переклад; при наявності до того підстав заявляти самовідвід; не розголошувати даних досудового слідства (в порядку ст. 121 КПК України); дотримуватися порядку в судовому засіданні.

Кримінальна відповідальність особи, яка призначена перекладачем у кримінальній справі, настає за відмову виконати обов'язки перекладача, а також за завідомо неправильний переклад (в разі відібрання підписки). Відповідно до ст. 385 Кримінального Кодексу України, перекладач несе кримінальну відповідальність за відмову без поважних причин здійснювати переклад. Відмова, викликана поважними причинами (перекладач доходить до висновку, що недостатньо знає мову, з якої треба робити переклад, тощо), у випадку підтвердження цих обставин, не тягне кримінальної відповідальності [2, 852]. Стаття 384 Кримінального Кодексу України передбачає відповідальність за завідомо неправдивий переклад, тобто перекладач повинен усвідомлювати, що робить неправдивий переклад. У зв'язку з помилковим сприйняттям подій, фактів або помилок у перекладі (в разі підтвердження таких фактів), кримінальна відповідальність не настає.

Список використаної літератури:

1. Назаров В.В., Омеляненко Г.М. Кримінальний процес України / В.В. Назаров, Г.М. Омеляненко. — Київ: Атіка, 2007. — С.128.
2. Науково-практичний коментар до кримінально-процесуального кодексу України / [відп. ред. С.С. Яценко]. — К.: А.С.К., 2002.
3. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / [под общей редакцией В.М. Лебедева]. — М.: Спартак. — 2002.
4. Юридичні терміни. Глумачний словник / [за редакцією В.Г. Гончаренка]. — К.: Либідь, 2003.

О.В. ГАРАГОНІЧ,
кандидат юридичних наук,
доцент
(Академія адвокатури України)

УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ З ВИКОРИСТАННЯМ ЦІННИХ ПАПЕРІВ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ

Протягом останніх років фондовий ринок було насичено «технічними» цінними паперами (далі — «технічними» ЦП), які стали основним інструментом у схемах, пов'язаних з мінімізацією сплати податку на прибуток підприємств, виведенням валютних коштів за межі України та легалізацією доходів, одержаних злочинним шляхом. Потрапивши на фондовий ринок, зазначені цінні папери неодноразово перепродавались за цінами, що в сотні і тисячі разів перевищують їх реальну вартість, з метою формального збільшення витрат вітчизняних підприємств — покупців або нарощування прибутку псевдо інвесторів нерезидентів — продавців.

Втрати держави від використання «технічних» ЦП реально діючими вітчизняними підприємствами з метою мінімізації сплати податку на прибуток та виведення валютних коштів за кордон щорічно складають десятки мільярдів гривень.

За повідомленнями Державної податкової адміністрації України (далі — ДПАУ), протягом останніх років відбулося наповнення фондового ринку цінними паперами, які випущені фактично фіктивними підприємствами і не забезпечені ніякими реальними активами. Згідно даних ДПАУ обсяг угод тільки з «технічними» акціями у 2007 році складав 210 млрд грн., в 2008 році — 175 млрд грн., за три квартали 2009 року — 130 млрд грн. [1]. Свою діяльність, яка має на меті унеможливлення здійснення порушень на ринку цінних паперів шляхом використання так званих «технічних» ЦП, ДПАУ координує з

Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку (далі — ДКЦПФР). Завдяки співпраці зазначених органів із господарського обороту було вилучено значну кількість «технічних» ЦП.

Виведення «технічних» ЦП із господарського обороту відбувається за такою схемою: податківці, керуючись п. 17 ст. 11 Закону України «Про державну податкову службу в Україні» [2], звертаються в суд з позовом про скасування державної реєстрації юридичної особи, яка не здійснює господарської діяльності. На підставі рішення суду, яке набрало чинності, до Єдиного державного реєстру вноситься запис про припинення юридичної особи — емітента «технічних» ЦП. Після цього ДПАУ надсилає рішення суду до ДКЦПФР, яка зупиняє обіг цінних паперів, скасовує реєстрацію випуску цінних паперів та анулює свідоцтво про реєстрацію випуску цінних паперів.

Після державної реєстрації припинення юридичної особи — емітента акцій органами ДПАУ проводяться перевірки суб'єктів господарювання, що уклали договори, предметом яких були акції, емітовані таким емітентом. Для забезпечення єдиного підходу органів державної податкової служби до перевірок суб'єктів господарювання, які проводили операції з «технічними» акціями, що не відповідають визначеним законодавством вимогам, ДПАУ було видано Лист від 23.06.2008 р. № 12642/7/35-3017 «Про перевірки суб'єктів господарювання, які проводили операції з «технічними» акціями та

іншими корпоративними правами» (далі — Лист № 12642/7/35-3017) [3].

Відповідно до роз'яснень, що містяться у Листі № 12642/7/35-3017, у момент вчинення суб'єктами господарської діяльності правочинів щодо придбання та (або) відчуження акцій, які відбуваються після припинення діяльності емітента (про що до Єдиного державного реєстру внесено запис про державну реєстрацію припинення юридичної особи) згідно із ч. 1 статті 215 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ) правочини є недійсними та ч. 2 статті 215 ЦКУ — нікчемними у розумінні ЦКУ [4].

Підтримуючи діяльність ДПАУ та ДКЦПФР по виведенню із господарського обороту «технічних» ЦП, не можемо разом з тим не зазначити про недоопрацьованість вищезазначеної схеми роботи державних органів, що в свою чергу часто призводить до порушення прав добросовісних учасників фондового ринку, а відповідно і до погіршення інвестиційної привабливості України.

Так, у переважній більшості випадків на момент внесення на підставі рішення суду до Єдиного державного реєстру запису про припинення акціонерного товариства, обіг акцій такого емітента не зупинено. Зупинення ж ДКЦПФР обігу акцій з подальшим скасуванням реєстрації випуску акцій, як правило, відбувається уже після припинення акціонерного товариства, яке випустило такі цінні папери, причому через значний проміжок часу (6—8 місяців). Відтак акції залишаються в обігу, в той час як самого емітента уже не існує. Досить поширеною є практика, коли ДКЦПФР після отримання від ДПАУ рішення суду про скасування державної реєстрації юридичної особи — акціонерного товариства, яке набрало законної сили, скасовує реєстрацію випуску акцій та анулює свідоцтво про реєстрацію випуску акцій без попереднього зупинення обігу акцій.

Враховуючи той факт, що відомості про внесення записів до Єдиного державного реєстру про припинення акціонерних товариств публікуються в офіційному дру-

кованому виданні («Бюлетень державної реєстрації» — О.Г.) із кількатижневим запізненням, учасники ринку цінних паперів не мають реальної можливості отримати інформацію про припинення акціонерних товариств, акції яких продаються на ринку. Та й не зобов'язані це робити, позаяк орієнтуються на реєстр випуску цінних паперів та реєстр міжнародних номерів (кодів ISIN) цінних паперів. Відтак, договори, які з об'єктивних причин продовжують укладатися на фондовому ринку після припинення акціонерних товариств щодо випущених ними акцій, обіг яких ДКЦПФР не зупинявся, залишаються під загрозою визнання нікчемними.

Невідрегульованість зазначених проблемних питань призводить лише до поглиблення існуючих проблем і жодним чином не сприяє їх вирішенню. Крім того, невирішеність зазначених проблем негативно позначається на функціонуванні суб'єктів господарювання у просторі фондового ринку, стримує інвестиційні процеси і знижує ефективність використання фінансових ресурсів.

Можливими шляхами вирішення проблем, які виникають у зв'язку з діяльністю державних органів по виведенню «технічних» акцій із господарського обороту, могли би стати:

- по-перше, відкриття у мережі Інтернет доступу до відомостей ЄДР про внесення записів про припинення юридичних осіб, як це зроблено у багатьох цивілізованих країнах. Доступність відомостей Єдиного державного реєстру про припинення акціонерних товариств дозволить учасникам фондового ринку перевіряти при укладенні договорів, предметом яких є акцій, існування акціонерних товариств, що є емітентами цих цінних паперів;
- по-друге, запровадження обов'язкового винесення судом, який розглядає позовні заяви ДПАУ про скасування державної реєстрації

акціонерних товариств, ухвали, на підставі якої ДКЦПФР виноситиме розпорядження про зупинення обігу акцій такого акціонерного товариства;

- по-третє, внесення до переліку документів, які подаються державному реєстратору для державної реєстрації припинення акціонерних товариств розпорядження ДКЦПФР по зупинення обігу акцій;
- по-четверте, унормування порядку дій ДПАУ та ДКЦПФР при припиненні акціонерних товариств та скасуванні реєстрації випуску акцій.

Окрім проблеми унормування діяльності державних органів по виведенню «технічних» акцій із господарського обороту, цілий ряд питань виникає з приводу правових та податкових наслідків для суб'єктів, які мають у власності акції емітента, щодо якого було прийнято рішення про скасування державної реєстрації юридичної особи з моменту її реєстрації.

ДПАУ з цього приводу притримується однозначної позиції. Згідно з роз'ясненнями, що містяться у Листі № 12642/7/35-3017, оформлення суб'єктами господарської діяльності договорів та первинних документів щодо придбання та (або) відчуження акцій у періоді, з якого припинилася діяльність емітента (про що до Єдиного державного реєстру внесено запис про державну реєстрацію припинення юридичної особи), є таким, що суперечить нормам ЦКУ та не може бути спрямоване на реальне настання правових наслідків. При вчиненні суб'єктами господарської діяльності правочинів щодо придбання та (або) відчуження акцій, які відбуваються після припинення діяльності емітента, цими суб'єктами не додержуються вимоги частин 1, 5 статті 203 ЦКУ, а самі правочини є недійсними нікчемними у розумінні ЦКУ. При цьому у разі, якщо такі акції на момент проведення податковими органами перевірки обліковуються на балансі підприємства, а сума коштів або

вартість майна, сплачена (нарахована) при їх отриманні, включена до складу витрат на придбання цінних паперів, такі витрати підлягають зменшенню, починаючи з податкового періоду, коли такі акції та/або інші корпоративні права за судовим рішенням або у випадках, передбачених законодавством, втратили статус об'єктів цивільних прав.

Тобто, якщо керуватись роз'ясненнями ДПАУ, що містяться у Листі № 12642/7/35-3017, для суб'єктів господарювання, які придбали акції емітента, державну реєстрацію якого було скасовано за позовом органів державної податкової служби, та їх посадових осіб можливе настання ряду несприятливих наслідків, а саме:

- по-перше, договори, що укладаються суб'єктом господарювання, на підставі яких відбувалось придбання або відчуження акцій такого емітента вважатимуться недійсними та нікчемними;
- по-друге, у суб'єкта господарювання зменшаться витрати на придбання акцій з періоду, коли набрали чинності відповідні рішення судів, а відтак, виникнуть зобов'язання по сплаті податку на прибуток, нарахованого на суму коштів або вартість майна, сплачених при отриманні таких акцій;
- по-третє, суб'єкту господарювання загрожує нарахування пені та штрафних санкцій, передбачених статтями 16—17 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 року, якщо вищезазначене завищення витрат на придбання акцій призвело до заниження бази оподаткування [5];
- по-четверте, щодо посадових осіб суб'єктами господарської діяльності, які укладали договори щодо придбання або відчуження таких акцій, можливе порушення кри-

мінальних справ, за ознаками злочинів, передбачених статтею 212 Кримінального кодексу України «Ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» [6];

— та інші.

Однак, якщо проаналізувати норми чинного законодавства, які регулюють правовий режим акцій, висновки ДПАУ, що містяться у Листі № 12642/7/35-3017 і якими керуються органи державної податкової служби при проведенні перевірок суб'єктів господарювання, не такі вже й правомірні та обгрунтовані.

У своєму Листі №12642/7/35-3017 ДПАУ відстоює позицію, згідно з якою, момент виникнення і припинення існування акцій як об'єкта цивільних прав співпадає відповідно з моментом державної реєстрації створення та припинення акціонерного товариства, що випустило акції. З такими висновками ми погодитися не можемо з наступних підстав.

Згідно зі статтею 163 ГКУ суб'єкти господарювання в межах своєї компетенції та відповідно до встановленого законодавством порядку можуть випускати та реалізовувати цінні папери, а також придбавати цінні папери інших суб'єктів господарювання. У свою чергу, як зазначається у статті 164 ГКУ, акції має право випускати від свого імені суб'єкт господарювання — юридична особа у випадках і порядку, передбачених законом. При цьому акції можуть випускатись тільки суб'єктами господарювання, утвореними з використанням організаційно-правової форми акціонерного товариства [7].

Ключовим нормативно-правовим актом, який визначає основні засади правового режиму цінних паперів, і акцій, зокрема, є Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 року [8].

Згідно зі статтею 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» акція — це іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (ак-

ціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені ЦКУ та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств. Емітентом акцій є тільки акціонерне товариство.

Аналіз норм Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» дає підстави зробити висновок про те, що відчуження акцій можливе вже під час розміщення акцій. Так, згідно статті 1 зазначеного Закону розміщення цінних паперів — це відчуження цінних паперів емітентом або андеррайтером шляхом укладення цивільно-правового договору з першим власником. Тобто акції уже на стадії їх розміщення існують як об'єкти цивільних прав.

Згідно зі ст. 178 ЦКУ «об'єкти цивільних прав можуть вільно відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку правонаступництва чи спадкування або іншим чином, якщо вони не вилучені з цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи».

Згідно з ч. 5 статті 9 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 року передбачено, що створення акціонерного товариства здійснюється за такими етапами:

1) прийняття зборами засновників рішення про створення акціонерного товариства та про закрите (приватне) розміщення акцій;

2) подання заяви та всіх необхідних документів на реєстрацію випуску акцій до Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку;

3) реєстрація Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку випуску акцій та видача тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій;

4) присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера цінних паперів;

5) укладення з депозитарієм цінних паперів договору про обслуговування емісії акцій або з реєстратором іменних цінних паперів договору про ведення реєстру власників іменних цінних паперів;

6) закриті (приватне) розміщення акцій серед засновників товариства;

7) оплата засновниками повної номінальної вартості акцій;

8) затвердження установчими зборами товариства результатів закритого (приватного) розміщення акцій серед засновників товариства, затвердження статуту товариства, а також прийняття інших рішень, передбачених законом;

9) реєстрація товариства та його статуту в органах державної реєстрації;

10) подання Державній комісії з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій;

11) реєстрація Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку звіту про результати закритого (приватного) розміщення акцій;

12) отримання свідоцтва про державну реєстрацію випуску акцій;

13) видача засновникам товариства документів, що підтверджують право власності на акції.

Аналіз визначеної наведеною нормою послідовності дій по створенню акціонерних товариств дає підстави стверджувати, що відчуження акцій шляхом укладення цивільно-правових договорів з першими власниками (засновниками акціонерного товариства — О.Г.) при здійсненні закритого (приватного) розміщення (етап 6) передує державній реєстрації акціонерного товариства (етап 9). Хоча випуск акцій на момент проведення закритого (приватного) розміщення уже зареєстровано ДКЦПФР (етап 3), а акціям присвоєно міжнародний ідентифікаційний номера цінних паперів (етап 4), оборот акцій є обмеженим. Дана обставина обумовлена вимогою ст. 6 Закону України «Про цінні папери та фон-

довий ринок», згідно з якою обіг акцій дозволяється лише після реєстрації ДКЦПФР звіту про результати розміщення акцій (етап 11) та видачі свідоцтва про реєстрацію випуску акцій (етап 12).

Таким чином, початок існування акцій як об'єкта цивільних прав законодавцем пов'язується не з юридичним фактом державної реєстрації акціонерного товариства як юридичної особи, а з юридичними фактами реєстрації ДКЦПФР випуску акцій, видачі тимчасового свідоцтва про реєстрацію випуску акцій та присвоєння акціям міжнародного ідентифікаційного номера цінних паперів (коду ISIN).

Аналогічний підхід законодавця, що передбачає можливість існування акцій як об'єкта цивільних прав, використовується і в інших нормах чинного законодавства. Так, ч. 4 ст. 26 Закону України «Про господарські товариства» передбачає, що для створення акціонерного товариства засновники повинні зробити повідомлення про намір створити акціонерне товариство, здійснити підписку на акції, провести установчі збори і державну реєстрацію акціонерного товариства. Згідно зі статтею 31 Закону України «Про господарські товариства» у випадках, коли всі акції акціонерного товариства розподіляються між засновниками, вони повинні внести до дня скликання установчих зборів не менше 50 відсотків номінальної вартості акцій [9].

Для визначення моменту припинення існування акцій як об'єктів цивільних прав та вирішення питання про можливість укладення договорів по відчуженню акцій після скасування державної реєстрації акціонерного товариства, котре їх випустило, необхідно проаналізувати положення законодавства, які регулюють обіг акцій, зупинення обігу акцій та скасування реєстрації випуску акцій.

Згідно зі статтею 1 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» обіг цінних паперів — це вчинення правочинів, пов'язаних з переходом прав власності на цінні папери і прав за цінними паперами, за винятком договорів, що укла-

даються під час розміщення цінних паперів. Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» обмеження обігу та/або реалізації прав за цінними паперами може бути встановлено тільки у випадках і в порядку, передбачених законом. При цьому Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 року на ДКЦПФР покладено обов'язок щодо встановлення вимог щодо випуску (емісії) і обігу цінних паперів та їх похідних, інформації про випуск та розміщення цінних паперів, а також встановленню порядку реєстрації випуску цінних паперів та інформації про випуск цінних паперів [10].

Правовими формами обмеження обігу та/або реалізації прав за акціями згідно чинного законодавства є зупинення обігу акцій, скасування реєстрації випусків акцій та анулювання свідоцтв про реєстрацію випусків акцій. Зупинення обігу акцій, відновлення обігу акцій, скасування реєстрації випусків акцій та анулювання свідоцтв про реєстрацію випусків акцій здійснюються уповноваженими особами ДКЦПФР або її територіальними органами відповідно до Порядку скасування реєстрації випусків акцій та анулювання свідоцтв про реєстрацію випуску акцій, затвердженого рішенням ДКЦПФР від 30.12.98 р. № 222 (далі — Порядок) [11].

Зупинення обігу акцій відбувається на підставі рішення органів, що прийняли рішення про ліквідацію, відповідно до процедури, що передбачена Порядком. Для цього протягом семи робочих днів після прийняття рішення про ліквідацію комісія з припинення акціонерного товариства (ліквідаційна комісія, ліквідатор тощо) повинна подати до ДКЦПФР певний пакет документів.

Якщо поданий пакет документів відповідає вимогам Порядку, протягом 15 робочих днів з дати надходження до ДКЦПФР документів остання видає розпорядження про зупинення обігу акцій. ДКЦПФР протягом 3 робочих днів з дати видання розпорядження про зупинення обігу акцій на-

правляє його емітенту та депозитарію (при бездокументарній формі випуску акцій), який обслуговує акції цього емітента. Крім того, ДКЦПФР забезпечує опублікування інформації про зупинення обігу акцій в одному зі своїх офіційних друкованих видань протягом 15 календарних днів з дати видання розпорядження про зупинення обігу акцій.

Звертаємо увагу на те, що відповідно до п. 1.5 Порядку, починаючи з дати опублікування інформації про зупинення обігу акцій в одному з офіційних друкованих видань ДКЦПФР, забороняється здійснення цивільно-правових договорів з акціями, обіг яких зупинено.

Дата опублікування інформації про зупинення обігу акцій в одному з офіційних друкованих видань ДКЦПФР є датою, на яку складається зведений обліковий реєстр і здійснюється операція обмеження в обігу акцій (при бездокументарній формі випуску акцій).

Чинне законодавство не містить положень щодо пропущення ДКЦПФР строків видачі розпорядження та опублікування інформації стосовно зупинення обігу акцій, проте чітко закріплено положення, що обіг зупиняється з дати опублікування відповідної інформації. Тому вважаємо, що навіть при пропущенні ДКЦПФР відповідних строків, обіг акцій можливий до опублікування інформації про його зупинення. Відтак, укладення Договорів та перехід права власності на акції після прийняття ДКЦПФР рішення про зупинення обігу акцій, але до офіційного опублікування такого рішення, не суперечать Порядку.

Таким чином, вільний обіг акцій як об'єктів цивільних прав обмежується тільки з моменту публікації рішення ДКЦПФР про зупинення обігу акцій в офіційному друкованому виданні.

Скасування реєстрації випусків акцій та анулювання свідоцтв про реєстрацію випуску акцій у зв'язку з ліквідацією акціонерного товариства здійснюються у відповідності з вимогами Розділу II Порядку.

У відповідності з п. 3.2 Розділу II По-

рядку уповноважена особа ДКЦПФР видає розпорядження про скасування реєстрації випуску акцій протягом п'ятнадцяти робочих днів з дати надходження документів. Розпорядження про скасування реєстрації випуску акцій протягом трьох робочих днів з дати видання направляється емітенту та реєстроутримувачу (при документарній формі випуску акцій) або депозитарію (при бездокументарній формі випуску акцій), який обслуговує акції емітента. ДКЦПФР забезпечує опублікування інформації про скасування реєстрації випуску акцій в одному зі своїх офіційних друкованих видань протягом п'ятнадцяти календарних днів з дати видання розпорядження про скасування реєстрації випуску акцій. На підставі розпорядження про скасування реєстрації випуску акцій реєструвальним органом уносяться відповідні зміни до загального реєстру випуску цінних паперів, а також здійснюється анулювання свідоцтва про реєстрацію випуску акцій.

Враховуючи викладене вище, вважаємо, що реєстрація випуску акцій скасовується та свідоцтво про реєстрацію акцій анулюється з моменту публікації відповідної інформації в офіційному виданні ДКЦПФР. А тому, саме з моменту публікації інформації про скасування реєстрації випуску акцій в офіційному виданні ДКЦПФР акція перестає існувати як об'єкт цивільних прав.

У зв'язку з вищенаведеним слід зауважити, що у випадках, коли ДКЦПФР після отримання від ДПАУ рішення суду про скасування державної реєстрації юридичної особи — акціонерного товариства, яке набрало законної сили, скасовує реєстрацію випуску акцій та анулює свідоцтво про реєстрацію випуску акцій без попереднього зупинення обігу акцій, правові підстави для обмеження обігу акцій до моменту публікації інформації про скасування реєстрації випуску акцій в офіційному виданні ДКЦПФР відсутні.

Таким чином, вільний обіг акцій як об'єктів цивільних прав, тобто можливість вчинення правочинів, пов'язаних з пере-

ходом прав власності на акції, обмежується тільки з моменту публікації рішення ДКЦПФР про зупинення обігу акцій в офіційному друкованому виданні, а у разі скасування ДКЦПФР реєстрації випуску акцій та анулювання свідоцтва про реєстрацію випуску акцій без попереднього зупинення обігу акцій — з моменту офіційного опублікування інформації про скасування реєстрації випуску акцій.

Список використаної літератури:

1. Большая уборка [Электронный ресурс]. — Режим доступа: // www.kommersant.ua/doc.html?docId=1323466

2. Закон України «Про державну податкову службу в Україні» від 04 грудня 1990 року // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1991. — № 6. — Ст. 37.

3. Про перевірки суб'єктів господарювання, які проводили операції з «технічними» акціями та іншими корпоративними правами: Лист ДПАУ від 23 червня 2008 року № 12642/7/35-3017 // Бухгалтер. — 2010. — № 1—2.

4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Голос України. — 2003. — 12—13 березня.

5. Закон України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21 грудня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 10. — Ст. 44.

6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 10. — Ст. 44.

7. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18. — Ст. 144.

8. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 року // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 31. — Ст. 268.

9. Закон України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 року // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 682.

10. Закон України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 51. — Ст. 292.

11. Порядок скасування реєстрації випусків акцій та анулювання свідоцтв про

реєстрацію випуску акцій, затверджений рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 30 грудня 1998 р. № 222 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 12. — Ст. 500.

*П.П. АНДРУШКО,
професор кафедри кримінального права та
кримінології юридичного факультету Київського
національного університету імені Тараса Шевченка*

ОБ'ЄКТИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ: ПОНЯТТЯ, ВИДИ

В.О. Навроцький обґрунтовано зазначає, що кримінально-правова кваліфікація, як і будь-яке інше складне явище, має внутрішню будову, складається з певних елементів, а її структуру утворюють ті ж елементи, які входять у структуру будь-якої людської діяльності — її об'єкт, суб'єкт та зміст.

Таким чином, об'єктом кримінально-правової кваліфікації слід визнати той феномен, який підлягає оцінці з позиції кримінального закону. Слід погодитись із В.О. Навроцьким, що було б неточно визнавати об'єктом кваліфікації злочин, оскільки вести мову про те, що вчинене особою діяння є злочином, можна лише тоді, коли процес кваліфікації завершений і зроблено висновок: має місце посягання, передбачене певною забороняючою нормою кримінального закону, а кримінально-правовій оцінці піддаються не тільки злочинні посягання, а й інші діяння, які чимось схожі зі злочинами.

У сферу ж уваги органів, які здійснюють кваліфікацію, діяння, які «чимось схожі зі злочинами», входять, на думку В.О. Навроцького, тому, що вони можуть: 1) бути формально передбачені кримінальним законом; 2) виступати об'єктивно суспільно небезпечними у зв'язку із заподіянням істотної шкоди правоохоронюваним інтересам; 3) характеризуватися умислом на заподіяння великої шкоди; 4) вчинятися з мотивом чи метою, які характерні для злочинів. Узагальнено ж, вважає В.О. Навроцький, об'єктом кваліфікації можна назвати діяння, що підлягає кримінально-правовій оцінці.

Об'єктом кримінально-правової кваліфікації слід вважати вчинене особою діяння, ознаки якого (об'єктивні та суб'єктивні) мають подібність, схожість (формально співпадають) з ознаками діяння, склад якого визначений законодавцем у статті (частині статті чи її пункті) Особливої частини КК України як злочин. При цьому оцінка — кримінально-правова кваліфікація — має даватись з позиції:

1) визнання діяння таким, що фактично містить передбачений відповідною статтею (частиною статті чи її пунктом) склад злочину;

2) визнання діяння таким, що лише формально містить склад злочину — його ознаки співпадають з ознаками складу злочину, передбаченого відповідною статтею (її частиною чи пунктом) Особливої частини КК, - але яке з підстав, передбачених законом, не є злочином із-за відсутності якоїсь із ознак злочину, зазначених у ч. 1 ст. 11 КК: або воно не є суспільно небезпечним через малозначність (ч. 2 ст. 11 КК), або ж не є суспільно небезпечним та/або протиправним, оскільки містить склад правомірного діяння, яке визнається однією із обставин, що виключають злочинність діяння.

Наша позиція щодо кваліфікації діяння як злочину співпадає з наведеною позицією В.О. Навроцького, що про кримінально-правову кваліфікацію (оцінку) діяння як злочину можна вести мову, «коли процес кваліфікації завершений». Завершується ж процес кваліфікації винесенням процесуального акту суду (обвинувального вироку чи постанови (ухвали) про звільнення від

кримінальної відповідальності з підстав, передбачених нормами Загальної чи Особливої частини КК).

У теорії кваліфікації злочинів поділ (виділення) видів кваліфікації злочинів (кримінально-правової кваліфікації) здійснюється за різними критеріями:

1) за суб'єктами, які її здійснюють, виділяють офіційну і неофіційну або доктринальну кваліфікацію;

2) за інститутами Загальної частини, які використовуються при кваліфікації, виділяють: а) кваліфікацію закінченого і незакінченого злочину; б) кваліфікацію співучасті у злочині; в) кваліфікацію множинності злочинів;

3) за об'єктом кваліфікації виділяють: а) кваліфікацію злочинів; б) кваліфікацію діянь, які визнаються обставинами, що виключають злочинність діяння; в) кваліфікацію посткримінальної поведінки.

Зокрема, В.О. Навроцький пише, що обсяг поняття кримінально-правової кваліфікації визначається шляхом поділу цього поняття, в ході якого вказуються окремі види такої кваліфікації. На думку В.О. Навроцького, «найпростішим, і, відповідно, найточнішим і логічно бездоганим є дихотомічний поділ поняття кримінально-правової кваліфікації — двочленний поділ на дві частини, коли обсяг поняття ділиться на два суперечливих поняття (А та не — А). Провівши такий поділ поняття кримінально-правової кваліфікації, отримуємо дві частини — «кваліфікація злочинів» і «кваліфікація не — злочинів» (кваліфікація суспільно небезпечних діянь, які не є злочинами) [1, 9—10].

В.О. Навроцький вважає, що здійснюючи поділ кваліфікації злочинів на види, доцільно керуватися класифікаціями видів злочинів, які містяться у кримінальному законі, враховувати особливості кваліфікації окремих видів злочинів, відображених у нормах чинного кримінального законодавства.

На думку В.О. Навроцького, з якою слід погодитись, перелік підстав поділу кримінально-правової кваліфікації на види

і відповідно, видів такої кваліфікації може бути продовжений до безкінечності, але навряд чи є потреба це робити, а важливим є те, що поняття кримінально-правової кваліфікації є складним та багатоаспектним [1, 10—12].

У теорії види (різновиди) кваліфікації злочинів виділяються і за іншими критеріями. Зокрема, С.Д. Шапченко виділяє такі різновиди кваліфікації злочинів: 1) кваліфікація злочинів як специфічна оціночно-пізнавальна діяльність людини; 2) кваліфікація злочинів як юридично значуща дія; 3) кваліфікація злочинів як юридична дія суб'єкта, уповноваженого на її проведення; 4) кваліфікація злочинів як юридична дія уповноваженого суб'єкта, що має кримінально-процесуальний характер; 5) кваліфікація злочинів як юридична дія уповноваженого суб'єкта, що має кримінально-правовий характер [2, 421].

Кваліфікація злочинів у кримінально-правовому значенні — це зафіксований (об'єктивізований, відображений) у процесуальному акті суду (обвинувальному вироку, постанові чи ухвалі) висновок суду (в межах кримінального судочинства) про те, що діяння особи, якому ним давалась оцінка, містить склад злочину, передбаченого в Особливій частині Кримінального кодексу.

Як уже зазначалось, окремі вчені як різновид кримінально-правової кваліфікації (кваліфікації злочинів) виділяють кваліфікацію посткримінальної поведінки.

Ю.В. Баулін, який під кримінально-правовою кваліфікацією розуміє кваліфікацію тільки тих юридичних фактів, які передбачені гіпотезами норм кримінального права, і, залежно від того, який саме з юридичних фактів, що передбачені гіпотезою норми кримінального права, підлягає кваліфікації, виділяє два види кримінально-правової кваліфікації: кваліфікацію злочинів та кваліфікацію посткримінальних юридичних фактів. При цьому Ю.В. Баулін зазначає, що і той і інший вид кримінально-правової кваліфікації здійснюється виключно на досудовому слід-

стві органами, які його провадять — слідчим або прокурором. Ю.В. Баулін також зазначає, що при застосуванні традиційних норм кримінального права, тобто норм, які передбачають покладення кримінальної відповідальності, здійснюється тільки один вид кримінально-правової кваліфікації, а саме — кваліфікація злочинів, а при застосуванні так званих альтернативних норм, що передбачають повне або часткове звільнення від кримінальної відповідальності, здійснюється одразу або з певним розривом у часі обидва названі види кримінально-правової кваліфікації [3, 416].

На думку Ю.В. Бауліна, коли йдеться про застосування нетипових (альтернативних) норм кримінального права, тобто таких що передбачають повне або часткове звільнення від кримінальної відповідальності за вчинений злочин, то застосування їх гіпотез зумовлює кримінально-правову кваліфікацію двох юридичних фактів — власне самого злочину, а також посткримінального юридичного факту, з наявністю якого (зокрема, її диспозиція) і пов'язує можливість повного або часткового звільнення від кримінальної відповідальності [3, 414].

Ю.В. Баулін вважає, що хоча кваліфікація діяння на досудовому слідстві за своїми кримінально-правовими наслідками є попередньою, а здійснювана судом при постановленні вироку — остаточною, однак і та і інша залишаються офіційною (позаяк здійснюються від імені держави) кваліфікацією вчиненого особою діяння [3, 411].

На думку Ю.В. Бауліна, у найпершому наближенні під застосуванням гіпотез норм кримінального права розуміється кваліфікація юридичних фактів, передбачених у них, а позаяк основним юридичним фактом, який міститься в гіпотезах норм кримінального права, є правопороджуючий юридичний факт — злочин, то застосування таких гіпотез у першу чергу полягає в кваліфікації злочинів. Таке твердження, вважає Ю.В. Баулін, є практично загально визнаним у літературі і, на його погляд, не може викликати скільки-небудь серйозних заперечень [3, 412].

Позиція Ю.В. Бауліна побудована (основана) на його концептуальному підході до поняття норм кримінального права та їх застосування: 1) не всі норми, закріплені у КК, є нормами кримінального права, зокрема не є такими конституційно-правові положення про чинність кримінального закону в часі і межі його дії у часі та просторі (статті 4—8), цивільно-правові та адміністративно-правові положення про обставини, що виключають злочинність діяння (статті 36—43), адміністративно-правові положення про примусові заходи медичного характеру та примусове лікування (статті 92—96); 2) для з'ясування поняття «застосування норм кримінального права» можуть бути використані лише ті положення КК України, в яких йдеться про застосування кримінального закону в тій частині, в якій він відображає норми кримінального права, і, навпаки, не можуть бути використані ті положення, де йдеться про «застосування примусових заходів медичного характеру», «застосування примусових заходів виховного характеру», «застосування примусового лікування», оскільки застосування цих положень КК не є застосуванням норм кримінального права. Ю.В. Баулін вважає, що «системний аналіз кримінально-правових положень кримінального закону України, в яких йдеться про його застосування, приводить до висновку про те, що шляхом застосування норм кримінального права визначаються, по-перше, злочинність діяння; по-друге — кримінальна відповідальність за його вчинення» [3, 408].

Наведені міркування Ю.В. Бауліна щодо змісту понять «застосування кримінального закону», «кваліфікація злочину» та «кримінально-правова кваліфікація», їх співвідношення та видів кримінально-правової кваліфікації є, на мій погляд, скоріше постановкою проблеми і потребують конкретизації, додаткових аргументів і детальнішого обґрунтування. Тим більше, що позиція Ю.В. Бауліна з окремих питань є суперечливою, недостатньо чіткою і однозначною, а їх розгляд — певною мірою незавершеним.

По-перше, Ю.В. Баулін не дає власного визначення понять «кваліфікація злочинів» та «кримінально-правова кваліфікація» у їх «класичному», «традиційному», «власному» розумінні, не визначає їх співвідношення.

По-друге, Ю.В. Баулін говорить про кримінально-правову кваліфікацію юридичних фактів, а не про кримінально-правову кваліфікацію діяння особи як злочинного — кваліфікацію злочинів, розглядаючи останню як один із видів кримінально-правової кваліфікації. Очевидно, що при кримінально-правовій оцінці посткримінальної поведінки особи для її врахування при застосуванні окремих інститутів кримінального законодавства (звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від відбування покарання та ін.), оцінка вчиненого особою діяння з позиції наявності чи відсутності в ньому складу злочину, тобто «власне» кваліфікація злочину, ні судом, ні іншим органом, зокрема Президентом України при застосуванні помилування, не здійснюється і не може здійснюватись, оскільки вона вже зафіксована у відповідному процесуальному акті, зокрема у обвинувальному вирокі суду, який набрав законної сили, і не може бути змінена, за винятком випадків застосування нового кримінального закону, який має зворотню силу.

По-третє, не всі види звільнення від кримінальної відповідальності (як загальні, так і передбачені статтями Особливої частини КК) обумовлюються посткримінальною поведінкою особи, яка вчинила злочин. Зокрема, підставами звільнення від кримінальної відповідальності в порядку, передбаченому ст. 48 КК, є втрата діянням, вчиненим особою, суспільної небезпечності, та втрата самою особою суспільної небезпечності, а підставою звільнення від кримінальної відповідальності в порядку, передбаченому ст. 49 КК, є закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності. Частиною 3 ст. 369 КК передбачені дві підстави звільнення від кримінальної відпо-

відальності особи, яка дала хабар: 1) встановлення факту, що стосовно особи мало місце вимагання хабара, та 2) добровільна заява особи, яка дала хабара, про факт давання нею хабара. Перша із названих підстав жодним чином не пов'язана із оцінкою посткримінальної поведінки особи, яка вчинила давання хабара.

По-четверте, вчинення злочину з перевищенням меж крайньої необхідності та при виконанні спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, поєднане з вчиненням злочину, у випадках, передбачених КК, згідно зі ст. 66 є обставинами, які пом'якшують покарання, а тому суд зобов'язаний дати кримінально-правову оцінку вчиненим особою діям як таким, що вчинені в стані крайньої необхідності, але з перевищенням її меж, чи вчиненим при виконанні спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, тобто за наявності обставин, які законодавцем визнаються обставинами, що виключають злочинність діяння.

Зверну увагу ще на декілька моментів. Якщо при першому виді кримінально-правової кваліфікації, яку виділяє Ю.В. Баулін, кримінально-правова оцінка як діяння, що містить склад злочину, здійснюється органами досудового слідства, то ці органи жодним чином не причетні до вирішення питання про застосування ст. 81 КК, тобто до вирішення питання про застосування умовно-дострокового звільнення від відбування покарання. Крім того, Ю.В. Баулін, з одного боку, категорично стверджує, що обидва види кримінально-правової кваліфікації, які ним виділяються, здійснюються органами досудового слідства, тобто суб'єктами кримінально-правової кваліфікації визнає лише слідчого та прокурора, а також до вирішення питань щодо застосування статей 82, 83, 84 (ч. 2), 91 КК та застосування амністії до осіб, засуджених за вчинення злочину, вирок щодо яких набрав законної сили, та застосування поми-

лування, а, з другого боку, пише, що така кваліфікація здійснюється і судом, зокрема при застосуванні ст. 81 КК: «зрозуміло, що кваліфікація кожного з названих юридичних фактів (вчинення злочину та посткримінальна поведінка засудженого під час відбування покарання — доведення виправлення сумлінною поведінкою і ставлення до праці — П.А) здійснюється з розривом у часі. Перший з них одержить кваліфікацію при винесенні судом обвинувального вироку (тобто кваліфікація здійснюється судом — П.А), другий — тільки через певний час, при винесенні постанови про умовно-дострокове звільнення від покарання. Причому, як правило, кваліфікацію першого та другого юридичних фактів здійснюватимуть різні суди» [3, 416].

Другим видом кримінально-правової кваліфікації Ю.В. Баулін називає кваліфікацію посткримінальних юридичних фактів — посткримінальної поведінки особи, яка вчинила злочин, тобто поведінку особи після вчинення нею злочину, яка впливає на застосування окремих інститутів кримінального права. Прикладом такої кваліфікації, на думку Ю.В. Бауліна, є врахування (оцінка) судом поведінки засудженого (як сумлінної чи несумлінної) та його ставлення до праці, які в сукупності свідчать про його виправлення, яке є підставою застосування до нього умовно-дострокового звільнення від покарання в порядку, передбаченому ст. 81 КК. Проте поведінка засудженого є також підставою застосування до нього ст. 82 КК, якою передбачається можливість заміни особам, що відбувають покарання у виді обмеження або позбавлення волі, невідбутої частини покарання більш м'яким покаранням у разі, якщо засуджений став на шлях виправлення. У даному ж випадку мова не йде про повне або часткове звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Крім того суд повинен давати кримінально-правову оцінку посткримінальної поведінки особи для врахування її як обставини, що пом'якшує покарання: 1) з'явлення із зізнанням, щире каяття або

активне сприяння розкриттю злочину (п. 1 ч. 1 ст. 66 КК); 2) добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди (п. 2 ч. 1 ст. 66 КК); 3) надання медичної або іншої допомоги потерпілому безпосередньо після вчинення злочину (п. 2¹ ч. 1 ст. 66 КК). За наявності хоча б двох із перерахованих обставин суд на підставі ч. 1 ст. 69 КК може призначити основне покарання нижче від найнижчої межі або перейти до іншого, більш м'якого виду покарання, а за наявності обставин, передбачених пунктами 1 та 2 ч. 1 ст. 66 КК, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні підсудним своєї вини, строк або розмір покарання не може перевищувати, згідно зі ст. 69¹ КК, двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

Зазначені у пунктах 1, 2, 2¹ ч. 1 ст. 66 КК обставини, залежно від ступеня тяжкості вчиненого злочину, можуть бути або підставами застосування однієї із норм, що передбачають повне звільнення від кримінальної відповідальності, або ж підставами призначення меншого за розміром покарання при визнанні їх обставинами, що пом'якшують покарання, або ж підставами призначення основного покарання нижче від найнижчої межі, чи іншого, більш м'якого виду покарання, або ж впливати на розмір покарання, який не може бути перевищений, або ж бути підставою непризначення додаткового покарання, що передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК як обов'язкове, згідно з ч. 2 ст. 69 КК.

Ю.В. Баулін пише, що «кваліфікація кожного з названих юридичних фактів¹ здійснюватиметься з розривом у часі. Перший з них одержить кваліфікацію при винесенні судом обвинувального вироку, другий — тільки через певний час при ви-

¹ Перший юридичний факт — вчинення злочину невеликої або середньої тяжкості або необережного тяжкого злочину; другий юридичний факт — доведення засудженим свого виправлення.

несенні постанови про умовно-дострокове звільнення від покарання... Однак такий механічний часовий розрив двох кваліфікацій не заперечує того, що здійснена раніше кваліфікація злочину має своє значення при застосуванні норми про часткове звільнення від кримінальної відповідальності (умовно-дострокове звільнення від покарання). Адже для того, аби застосувати таку норму, суд повинен встановити, що вчинений злочин кваліфіковано саме так, як того вимагає передумова такого звільнення» [3, 416].

Вирішуючи питання про можливість застосування до особи, яка відбуває покарання, зазначене у ч. 1 ст. 81, а щодо особи, яка відбуває покарання у виді позбавлення волі за злочин, вчинений у віці до вісімнадцяти років (ч. 1 ст. 107 КК), суд, який вирішує питання про можливість умовно-дострокового звільнення особи від відбування покарання на підставі ст. 81 чи ст. 107 КК, не здійснює кваліфікації першого юридичного факту — вчиненого особою злочину, оскільки така оцінка уже здійснена іншим судом у обвинувальному вирокі, винесеному ним, який набрав законної сили. І така оцінка не може бути змінена чи (кваліфікована інакше) судом, який дає оцінку (кваліфікує) другий юридичний факт.

В цілому позиція Ю.В. Бауліна, незважаючи на певну суперечливість окремих її положень, недостатню аргументацію окремих висновків та неповноту розгляду окремих її аспектів, заслуговує на увагу, зокрема щодо виділення поняття «кримінально-правова кваліфікація» в широкому розумінні — як оцінки певної поведінки особи (вчиненого нею діяння та посткримінальної поведінки) при застосуванні кримінально-правових норм, яка (поведінка) є юридичним фактом, що має кримінально-правове значення. Однак в такому широкому розумінні поняття «кримінально-правова кваліфікація» включає в себе, на мій погляд, не лише кримінально-правову кваліфікацію вчиненого особою діяння як злочину та кримінально-правову оцінку посткримінальної поведінки особи після вчинення

злочину (як до, так і після винесення вироку), а також і поведінку особи під час вчинення діяння, яке може містити як фактично, так і формально склад злочину.

В.О. Навроцький також говорить про кваліфікацію посткримінальної поведінки, зазначаючи, що в цілому ряді випадків посткримінальна поведінка сама підлягає кримінально-правовій кваліфікації, яка тягне для особи, дії якої кваліфікуються, як позитивні, так і негативні наслідки [1, 370]. В.О. Навроцький вважає, що чинний КК істотно розширив (порівняно з КК України 1960 р.) коло випадків, коли посткримінальна поведінка враховується при кваліфікації дій особи, яка вчинила злочин. В обґрунтування цього висновку В.О. Навроцький пише: «Досить сказати, що більш ніж вдвічі збільшилась кількість норм, які регламентують звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з позитивною посткримінальною поведінкою. Разом з тим законодавча регламентація посткримінальної поведінки КК далеко не завжди досконала, що утруднює застосування відповідних кримінально-правових норм, визначення їх співвідношення із суміжними ... Аналіз питань кваліфікації посткримінальної поведінки становить теоретичний і практичний інтерес, хоча пов'язаний із певними труднощами» [1, 370].

З останнім твердженням В.О. Навроцького, а саме що аналіз питань посткримінальної поведінки особи становить теоретичний і практичний інтерес, слід погодитись, оскільки її характер та зміст може впливати (і фактично впливає) на диференціацію кримінальної відповідальності винної особи — особи, яка визнана такою, що вчинила діяння, яке містить склад злочину —, бути підставою (умовою) звільнення особи від кримінальної відповідальності, застосування до особи акту амністії чи помилування чи застосування до особи примусових заходів виховного характеру.

Проте не можна погодитись із загальним висновком В.О. Навроцького про існування інституту (здійснення)

кримінально-правової кваліфікації посткримінальної поведінки, враховуючи саме поняття кримінально-правової кваліфікації, оскільки сама оцінка посткримінальної поведінки особи здійснюється не з позиції встановлення наявності чи відсутності в такій поведінці складу злочину, а з позиції її врахування щодо можливості/неможливості застосування до особи певних інститутів Загальної частини КК, чи норм про звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених у статтях Особливої частини КК.

Статтею 135 КК передбачена відповідальність за завідоме залишення без допомоги особи, яка перебуває в небезпечному для життя стані і позбавлена можливості вжити заходів для самозбереження внаслідок безпорадного стану у разі, якщо той, хто залишив без допомоги, сам поставив потерпілого в небезпечний для життя стан. Поставлення особи в небезпечний для життя стан може бути доволі часто наслідком її діяння, яке містить самостійний склад злочину, наприклад бути наслідком вчинення особою порушення певних правил, зокрема порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керувала транспортним засобом (ст. 286 КК). Проте у цьому разі поведінка особи після вчинення нею певного злочину оцінюється з позиції наявності чи відсутності в такій поведінці складу іншого злочину, а саме злочину, склад якого передбачено ст. 135 КК, оскільки кримінальний закон, передбачивши відповідальність за зазначений вид завідомого залишення без допомоги особи, яка перебуває в небезпечному для життя стані, тим самим поклав на особу, яка поставила своїми діями іншу особу в небезпечний для життя стан (незалежно від того, протиправні чи ні такі дії), надати допомогу такій особі.

Ненадання допомоги особою, яка завдала іншій особі тяжке тілесне ушкодження, яке спричинило смерть потерпілого, яку можна було б відвернути шляхом надання йому необхідної допомоги,

залежно від психічного ставлення винної особи до настання наслідку у вигляді смерті потерпілого, може кваліфікуватися або за ч. 2 ст. 121, або ж за статтею 115 КК. У цьому разі мова йде про «перетворення» простого складу злочину (за висловлюванням В.О. Навроцького) у його кваліфікований вид (ч. 2 ст. 121 КК) чи в інший, більш тяжкий злочин (ст. 115 КК).

Інших прикладів впливу посткримінальної поведінки особи на кримінально-правову оцінку вчиненого нею діяння, на мій погляд, чинний КК не містить.

Умовно можна говорити про кримінально-правову оцінку (кваліфікацію) посткримінальної поведінки особи, яка висловила погрозу вчинити певний злочин, зокрема погрозу вчинити вбивство (ст. 129 КК), якщо закон пов'язує визнання погрози злочином з наявністю реальних підстав побоюватися здійснення (реалізації) висловленої погрози. Про наявність реальних підстав реалізації висловленої погрози вбивством може, якраз, і свідчити поведінка особи, яка її висловила, після висловлення погрози. Такі дії можуть утворювати і самостійний склад злочину, наприклад злочину, склад якого передбачений ст. 263 КК (придбання чи виготовлення зброї, її ремонт).

Таким чином, у багатьох випадках поведінка особи після вчинення нею злочину (посткримінальна поведінка) повинна діставати оцінку з позиції кримінального закону, оскільки її характер і зміст можуть тягти за собою певні кримінально-правові наслідки. Але така оцінка не є різновидом кримінально-правової кваліфікації (кваліфікації злочинів).

На мій погляд, є підстави для виділення як самостійного, родового термінопоняття «кримінально-правова оцінка поведінки особи, яка вчинила злочин». Різновидами (складовими частинами) цього поняття є: 1) кримінально-правова кваліфікація вчиненого, здійснювана органами дізнання і досудового слідства; 2) кримінально-правова кваліфікація, здійснювана судом — власне кваліфікація зло-

чину; 3) кримінально-правова оцінка посткримінальної поведінки особи, яка вчинила злочин.

При цьому можна виділити три види посткримінальної кримінально-правової оцінки поведінки особи, які можуть тягти за собою і враховуватись при застосуванні до особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, чи щодо якої винесено обвинувальний вирок, певних кримінально-правових заходів: 1) посткримінальна поведінка після вчинення злочину, яка враховується судом при винесенні рішення по справі (винесення обвинувального вироку, звільнення від кримінальної відповідальності, застосування примусових заходів виховного характеру); 2) посткримінальна поведінка особи, щодо якої судом винесено вирок чи яку звільнено умовно від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею на поруки (ст. 47 КК) або якій невідбута частина покарання замінена більш м'яким (ст. 82 КК) чи яка звільнена від відбування покарання на підставі ст. 83 КК; 3) посткримінальна поведінка особи, яка відбуває чи відбувала призначене судом покарання, яка може бути підставою застосу-

вання до неї певних заходів кримінально-виконавчого характеру на підставі норм КВК України, застосування акту амністії чи помилування, дострокового зняття судимості.

Список використаної літератури:

1. *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. / В.О. Навроцький. — 2-ге вид. — К.: Юрінком Інтер, 2009.
2. *Шапченко С.Д.* Кваліфікація злочинів як соціально-правове явище: основні юридичні аспекти // Альманах кримінального права: збірник статей. Вип. 1 / відповід. ред. П.П. Андрушко, П.С. Берзін. — К.: Правова єдність, 2009.
3. *Баулін Ю.В.* Проблеми застосування кримінально-правових норм органами досудового слідства // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т.: Т. 5: Кримінально-правові науки: Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю в Україні / за заг. ред. В.В. Сташиса. — Харків: Право, 2008.

*Н.М. АНТОНЮК,
кандидат педагогічних наук, доцент,
завідувач кафедри іноземних мов та перекладу
Академії адвокатури України*

ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ЮРИДИЧНОЇ ТЕРМІНОЛОГІЇ В КОНТЕКСТІ ІНОЗЕМНОМОВНОГО ПЕРЕКЛАДУ

Окремої уваги заслуговує передача іноземною мовою правничої наукової інформації. Саме переклад сприяє виникненню та розповсюдженню еквівалентів лексичних одиниць, які або одночасно запозичуються кількома мовами з єдиного джерела, або проходять кілька проміжних етапів послідовних запозичення у межах того чи іншого ланцюга мов. Отже, переклад теж відіграє далеко не останню роль у розвитку мов. Бо це не лише намагання передати певну інформацію засобами іншої мови, але й випробування можливостей мови перекладу, її здатності передавати думку, висловлену іншою мовою. І якщо у мові перекладу бракує необхідних лексичних одиниць, саме перекладачі першими намагаються створити відповідний лексичний еквівалент у мові перекладу, коли вони натрапляють на лакуни.

Особливо часто такі ситуації виникають при юридичному та технічному перекладі. Бувають випадки, коли той чи інший термін, який дуже широко вживається в одній мові, ще не зареєстровано в іншій. Лакуна рано чи пізно заповниться, але завжди виникає питання, як саме вона повинна заповнитися. Зараз науково-технічна термінологія створюється, як правило, організовано, за участю термінологічних комісій та інших установ, на які покладено таке завдання. Проте окремі перекладачі теж істотно впливають на створення нових термінів. Нові терміни при перекладі можуть або просто запозичуватись, або передаватись засобами рідної мови. Але незалежно від способу перекладу незареєстрованих

термінів, цей переклад здійснюється з метою одержання їхніх формальних еквівалентів. Причому, таким еквівалентом може бути навіть довільне словосполучення типу конкурентноспроможна продукція. Перекладачеві інколи доводиться самостійно створювати еквівалентні терміни рідною мовою, причому основна проблема, яку доводиться розв'язувати перекладачеві науково-технічної літератури, полягає саме у перекладі термінів, що веде до появи неологізмів, які становлять досить великий відсоток всієї лексики у перекладах. Справа в тому, що перекладачі змушені винаходити засоби передачі відсутнього терміна для подальшого його стандартизації та закріплення у відповідних термінологічних словниках. А виходячи з того, що будь-який словник претендує на істину в останній інстанції, перекладач має своїм завданням враховувати не лише досвід найбільш розвинених мов світу, але й місцеві умови та традиції, пов'язані зі словниковим складом мови. Важливу роль відіграє також фонетична та граматична будова мови. Отже, виникає інша проблема: якомога вдаліше поєднати національні традиції з позитивним світовим досвідом. Особливо це стосується мов, у яких національна термінологія перебуває на стадії формування, де саме переклади наукової правничої літератури з інших мов служать одним із основних шляхів поповнення фахових терміносистем та їх стандартизації [6].

Інколи саме перекладачі звертають увагу на те, що той чи інший термін рідної мови не відповідає основним вимогам

термінотворення, бо якраз перекладачі, як ніхто інший, мають можливість порівнювати термінологічні еквіваленти мови оригіналу та мови перекладу. Під невідповідальністю того чи іншого терміна може розумітися його надмірна громіздкість, нездатність утворювати деривати тощо. Часом перекладачі просто заступають невдалий термін його іншомовним еквівалентом. Це може відбуватися як узгодження, так і стихійно.

Для прикладу, майже інтернеціаналізовано стало англословне слово «dealer» — торговець, дилер, посередник. Словосполучення англійською мовою «dealer in foreign exchange» — продавець іноземно мовної валюти; «dealer in stolen property» можна передати українським еквівалентом «торговець краденим».

Різні моно лінгвістичні, двомовні та тлумачні словники юридичної лексики по — різному трактують ті, чи інші поняття і лише контекст та креативний підхід до перекладу тексту призводять до адекватності.

Для розвитку монологічного та діалогічного, юридичного, іноземного мовлення студентів в базі міжнародних технологій — віртуальна консультація адвоката та клієнта, яку залюбки «програють» студенти. Дійові особи: Адвокат (Україна), перекладач, клієнт (Великобританія).

Намагання клієнта розібратись у такому:

Конституція України гарантує кожному право на судовий захист і передбачає, що держава має забезпечувати фінансування та належні умови для функціонування судів та діяльності суддів. З огляду на це у державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів. Не секрет, що здійснення правосуддя в цивільному судочинстві потребує великих фінансових затрат. Частково такі затрати компенсуються державі шляхом обкладання судовим збором (державним митом) заяв, з якими особа звертається до суду. Другим джерелом фінансування судової діяльності є кошти, які сплачує зацікавлена сторона за розгляд судової справи, зокрема це витрати

на інформаційно-технічне забезпечення; витрати на правову допомогу: витрати сторін та їхніх представників, що пов'язані з явкою до суду; витрати, необхідні для залучення свідків, спеціалістів, перекладачів та проведення судових експертиз, та витрат, пов'язані з проведенням огляду доказів за місцем їх знаходження та вивченням інших дій, необхідних для розгляду справи [4].

Роз'ясніть і прокоментуйте. Відтворіть цю ситуацію в діалогах між дійовими особами адвокатської практики.

Популярне англійське прислів'я говорить: «There are no limits to perfection» — немає меж досконалості. Тому міжнародні технології навчання іноземно мовній комунікації в ході перекладу будь-якої соціальної термінології, рівно як і правничої, базується на креативному підході до інтерпретації тем, текстів, діалогів в письмовому та усному мовленні, на використанні комп'ютерних програм та сучасних лінгвістичних «нанотехнологій» — родзинок і знахідок викладача іноземної мови, перекладача і фахівця в галузі правничої лексики.

Список використаної літератури:

1. *Антонюк Н.М., Краснолуцький К.К.* Міжнародні організації: навчальний посібник (англ. та укр. мовами) / Н.М. Антонюк, К.К. Краснолуцький. — Вінниця: Нова книга, 2004. — 240 с.
2. *Антонюк Н.М.* Правничі термінологія у змісті викладання іноземних мов / Н.М. Антонюк // Вісник Академії адвокатури України. — 2005. — № 3(4).
3. *Антонюк Н.М.* Болонська система: іноземні мови та переклад / Н.М. Антонюк // Вісник Академія адвокатури України. — 2007. — № 3(10).
4. *Захарова О.С.* Витрати на правову допомогу за ЦПК України / О.С. Захарова // Вища школа. — 2008. — № 6.
5. *Правознавство: словник термінів* / [за ред. В.Г. Гончаренка]. — К: Юрисконсульт, КНТ. — 2007.
6. *Д'яков А.С.* Основи термінотворення

/ А.С. Д'яков [та ін.]. — К.: КМ Academia, 2000. — 218с.

7. *Коломієць Л.В.* Концептуально-методологічні засади сучасного українського поетичного перекладу/ Л.В. Коломієць. — К.: Київський університет, 2004. — 522 с.

8. Переклад англійської наукової і технічної літератури/ В.І. Карабан. — Вінниця: Нова книга, 2004. — 576 с.

9. *Карабан В.І.* Англійсько-український юридичний словник / В.І. Карабан. — Вінниця: Нова книга. 2004. — 1088 с.

10. *Корніяка О.М.* Лабіринти розуміння / О.М. Корніяка. — К.: Знання, 1990. — 48с.

11. *Латышев Л.К., Проворотов В.И.* Структура и содержание подготовки переводчиков в языковом вузе / Л.К. Латышев, В.И. Проворотов. — М.: НВИ. ТЕЗАУРУС, 2001. — 136 с.

12. *Sonja Larsen and John Bourdeau.* Legal Research for Beginners, New York 1997. — 294 с.

А.А. МУЗИКА,
доктор юридичних наук, професор,
заступник директора Державного науково-дослідного
інституту митної справи

КАТЕГОРІЯ «КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ» ТА ІНШІ, СУМІЖНІ КАТЕГОРІЇ, В АСПЕКТІ ФОРМУЛЮВАННЯ ТЕМ ДИСЕРТАЦІЙНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

I. Кваліфікація злочину (більш широко — кримінально-правова кваліфікація) — надзвичайно важлива теоретична і прикладна проблема. Цим пояснюється і неабиякий інтерес науковців до її вивчення [1].

У своєму виступі ми торкнемося *питання про коректність* формулювання тем дисертаційних досліджень (застосувавши узагальнений підхід — не персоніфікуючи жодного автора, хоча дехто з них, можливо, впізнає себе), до якого причетні і відповідальні не лише здобувачі та їх наукові керівники (наукові консультанти), а й вчені ради, що затверджують відповідні теми.

Категорія «кваліфікація злочину» тісно пов'язана з іншими, суміжними категоріями: аналіз складу злочину, кримінально-правовий аналіз, кримінально-правова характеристика. Саме вони нерідко використовуються при формулюванні тем дисертаційних досліджень. У випадках, коли тема дисертації містить категорію «кваліфікація злочину», зміст дослідження загалом є узгодженим з предметом такого дослідження. Проблеми зазвичай виникають у разі використання при формулюванні теми дисертації інших зворотів.

Цей аспект давно привернув нашу увагу, оскільки в літературі зазначені категорії по-різному тлумачаться чи навіть отожднюються. За такої ситуації предмет відповідного дослідження стає «гумовим» і зазвичай не знаходить належного висвітлення.

II. Особливу складність викликає оперування поняттям «кримінально-правова характеристика злочину». На відміну від ґрунтовно розроблених, наприклад, понять кримінологічної та криміналістичної характеристик відповідних злочинів, поняття «кримінально-правова характеристика злочину» (як не дивно) залишається «білою плямою» у теорії кримінального права. І це при тому, що в Україні захищається безліч дисертацій за темами, в яких фігурує аналізоване поняття (нерідко, як підзаголовок). Тому, без перебільшення, слід подякувати харківським колегам, які стали піонерами у дослідженні доктринального феномена «кримінально-правова характеристика злочину» [2].

В.І. Борисов і О.О. Пащенко кримінально-правову характеристику визначають як *«систему, суму спеціалізованої наукової інформації про певний вид злочинів»*. На думку авторів, елементами, що її утворюють, є: 1) соціальна обумовленість встановлення та збереження кримінальної відповідальності за певний вид злочинів; 2) суспільна небезпечність певного виду злочинів, як їх матеріальний субстрат; 3) протиправність діяння та її місце в системі нормативного визначення заборони відповідного виду суспільно небезпечної поведінки; 4) склад певного виду злочинів; 5) суспільно небезпечні наслідки та інші обставини вчинення злочинів, що знаходяться поза межами складу певного виду злочинів, але при таманні їх вчиненню; 6) особа злочинця [3].

Поки що умовно, без будь-яких зауважень, сприймемо запропонований підхід харківських вчених. Оскільки іншого визначення не існує (до речі, з моменту опублікування їхньої статті пройшло вже п'ять років), «відштовхнемося» саме від нього і проаналізуємо, як враховується (сприймається) у процесі дисертаційних досліджень наукова позиція В.І. Борисова та О.О. Пащенко. При цьому, однак, доцільно повернути увагу до такої обставини: елементи кримінально-правової характеристики злочину під номерами 2, 3 і 4 водночас належать до «предмета» кваліфікації злочинів; особа злочинця — не кримінально-правове, а кримінологічне поняття.

Огляд відповідних авторефератів кандидатських дисертацій свідчить про те, що їх автори мають різне уявлення про сутність кримінально-правової характеристики злочину, тобто предмет дослідження розкривається ними з урахуванням власних творчих уподобань (індивідуальних можливостей). При цьому навіть не робиться спроба пізнати поняття «кримінально-правова характеристика злочину», дати його визначення. І тому в авторефератах дисертацій, предметом дослідження яких задекларовано кримінально-правову характеристику певного злочину, можна відшукати (окрім аналізу складу злочину) і такі розділи (підрозділи), як: історичні, міжнародно-правові та порівняльно-правові аспекти; система злочинів; кримінально-правова протидія; звільнення від кримінальної відповідальності (як перспективний напрям розвитку кримінального законодавства); відмежування від суміжних посягань та кваліфікація за сукупністю злочинів; запобігання злочинним порушенням. По-суті, весь спектр кримінально-правових, і певний масив — кримінологічних проблем.

Водночас нам не вдалося відшукати жодного автореферату, де у межах дослідження кримінально-правової характеристики відповідного злочину йшлося б про особу злочинця чи про суспільно небезпечні наслідки злочину (інші обставини вчинення злочину), що знаходяться за

межами складу певного злочину, але при таманні його вчиненню. Іншими словами, запропонована В.І. Борисовим і О.О. Пащенкою структура наукового поняття кримінально-правової характеристики злочинів у пізнанні останніх наразі «не працює». Проте їх вини у цьому ми не вбачаємо.

Слід зазначити й таке: якщо складовою теми дисертації є поняття «кримінально-правовий аналіз», у таких працях можна відшукати підрозділи, де вивчаються питання про кваліфікацію злочинів, про особу злочинця; якщо тема була з підзаголовком «аналіз складу злочину», траплялися підрозділи, де розкривалася характеристика суспільної небезпеки і протиправності відповідного злочину.

Все це доводить, що чіткого, усталеного розуміння аналізованих понять теорія кримінального права ще не виробила. Подібна прогалина нерідко вносить плутанину в дослідження кримінально-правових проблем, безпідставно розширює чи, навпаки, обмежує предмет відповідного дослідження, зрештою — негативно відбивається на якості наукового продукту.

III. На нашу думку, кримінально-правова характеристика злочину, як наукова проблема, заслуговує бути предметом дослідження докторської дисертації за спеціальністю 12.00.08 — кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право.

У сфері пізнання проблем кваліфікації (кримінально-правової кваліфікації), використовуючи досвід білоруських колег, варто було б дослідити питання щодо кваліфікації, реєстрації та обліку злочинів — як єдину комплексну проблему. Цьому має передувати розробка і прийняття Закону України «Про єдину державну систему реєстрації та обліку злочинів (суспільно небезпечних діянь), передбачених Кримінальним кодексом України».

Виходячи за межі теми виступу, можна запропонувати і більш загальний рівень «втручання» в наукові інтереси здобувачів. Не посягаючи на творчу

самобутність і авторське право дослідників, не маючи наміру уніфікувати «все і всіх», не обмежуючи можливостей української мови, не претендуючи на істину в останній інстанції, пропонуємо замислитися над розмаїттям тем дисертаційних досліджень (окрім тих, що вже розглянуті вище): «кримінальна відповідальність...», «кримінальна відповідальність... (аналіз складу злочину)», «кримінально-правова протидія...», «кримінально-правова боротьба...», «кримінально-правовий вплив...», «кримінально-правова охорона...», «кримінально-правова оцінка...», «...проблеми кримінально-правової кваліфікації та відповідальності», «соціальна обумовленість криміналізації та кримінально-правова характеристика...», «кримінально-правова характеристика кваліфікуючих ознак...», «кримінально-правова і кримінологічна характеристика...». За великим рахунком, всі вони, на нашу думку, стосуються єдиного об'єкта дослідження — кримінально-правових відносин. Водночас питання про предмет дослідження залишається відкритим. Так чи інакше, актуальність порушених нами питань видається безспірною, вони очікують на своїх дослідників.

Список використаної літератури:

1. Див., наприклад: *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. — М.: Юрид. лит., 1972. — 352 с.; *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. — 2-е изд., перераб. и дополн. — М.: Юристъ, 1999. — 304 с.; *Куринов Б.А.* Научные основы квалификации преступлений. — М.: Изд-во Моск. ун-та, 1984. — 182 с.; *Бурчак Ф.Г.* Квалификация преступлений. — 2-е изд., доп. — Киев: По-

литиздат Украины, 1985. — 120 с.; *Тарарухин С.А.* Понятие и значение квалификации преступлений: учеб. пособие. — К.: КВШ МВД СССР, 1990. — 60 с.; *Тарарухин С.А.* Квалификация преступлений в судебной и следственной практике. — К.: Юринком, 1995. — 208 с.; *Навроцький В.О.* Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації: монографія. — К.: Атіка, 1999. — 464 с.; *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 702 с.; *Марітчак Т.М.* Помилки у кваліфікації злочинів: монографія. — К.: Атіка, 2004. — 188 с.; *Гаухман Л.Д.* Квалификация преступлений: закон, теория, практика. — 3-е изд., перераб. и дополн. — М.: Центр ЮрИнфоР, 2005. — 457 с.; *Корнеева А.В.* Теоретические основы квалификации преступлений: учеб. пособие / под ред. А.И. Рарога. — М.: ТК Велби, Проспект, 2006. — 176 с.; *Коржанський М.Й.* Кваліфікація злочинів: навч. посібник. — Видання 3-тє, доповн. та переробл. — К.: Атіка, 2007. — 592 с.; *Кузнецов В.В., Савченко А.В.* Теорія кваліфікації злочинів: підручник. — 2-е вид., переробл. — К.: КНТ, 2007. — 300 с.; Вопросы квалификации, регистрации и учета преступлений / под общей ред. А.И. Лукашова. — 2-е изд., перераб. и доп. — Минск: Академия МВД Республики Беларусь, 2007. — 512 с.; *Кузнецова Н.Ф.* Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / науч. ред. и предисл. В.Н. Кудрявцева. — М.: Городец, 2007. — 334 с.

2. *Борисов В., Пащенко О.* До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів / В. Борисов, О. Пащенко // Вісник Академії правових наук України. — 2005. — № 3. — С. 180—190.

3. Там само. — С. 181—182.

*Р.В. ВЕРЕША,
кандидат юридичних наук, доцент
(Академія адвокатури України)*

КВАЛІФІКАЦІЙНІ ПОМИЛКИ

Кваліфікаційні помилки — це неправильне встановлення наявності або відсутності складу злочину, а також його відповідності нормам Загальної та Особливої частин КК України. Таки помилки, на відміну від кримінально-процесуальних, носять кримінально-правовий характер. Основні джерела кваліфікаційних помилок — недоліки законодавства та вади правозастосування.

До кваліфікаційних помилок не належать неправильні покарання. Вчинення злочину або незакінчення його з незалежних від особи обставин (замах і готування) — межа кваліфікації злочинів. При цьому, кваліфікаційні помилки узагальнено можна класифікувати на три групи:

1. Невизнання наявності складу злочину у діяннях, в яких він міститься;
2. Встановлення наявності складу злочину у діяннях, де він відсутній;
3. Неправильне обрання норми КК України для кваліфікації злочинів.

Перша із названих помилок є найбільш розповсюдженою. Деякі вчені цю помилку називають некваліфікацією, тобто невизнання правозастосовним органом складу злочину у тих випадках, де в дійсності він існує. Це породжує штучну латентність злочинів. При цьому, аналіз судової практики свідчить про те, що в деяких випадках має місце приховування злочинів з боку тих осіб, які зобов'язані їх розкривати.

Також, «некваліфікація злочинів» може мати місце у зв'язку із неправомірною відмовою правозастосовних органів у кримінальному переслідуванні і порушенні кримінальної справи, перебільшеним уявленням про диспозитивність в матеріальному та процесуальному кримінальному праві. Чинний КПК України визнає

декілька категорій справ, справами приватного і приватно-публічного обвинувачення. По справам публічного і приватно-публічного обвинувачення відповідні правозастосовні органи зобов'язані здійснювати кримінальне переслідування. В кожному випадку виявлення ознак злочину вони зобов'язані застосовувати передбачені КПК України заходи по встановленню події злочину, викриттю осіб або особи винуватих у вчиненні злочину. Сучасна ж слідча практика все частіше не здійснює кримінальне переслідування по справам публічного обвинувачення при заподіянні шкоди особі. Вимагає від потерпілих осіб заяв, хоча існують ознаки злочину в межах відповідної події, а в окремих випадках, і за наявності підозрюваної особи. Справи публічного обвинувачення тим самим всупереч закону перетворюється у справи приватного обвинувачення. Це також спосіб некваліфікації, тобто основної кваліфікаційної помилки, оскільки юридична компетенція не будь-якого потерпілого дозволить йому на належному рівні скласти заяву і подати її у відповідний орган дізнання або слідства. Втрачається час, докази, так би мовити, по гарячим слідам, поширюється штучна латентність і укриття злочинів.

Друга кваліфікаційна помилка — це встановлення правоохоронними органами наявності у вчиненому складів злочинів, яких в дійсності немає. виправлення цієї помилки судами (виправдальні вироки по кожній десятій справі) — показник здебільшого професійності судової влади. Однак таке виправлення на практиці часто обумовлюється певними труднощами. Оскільки, відповідно до законодавства і судові органи, і органи, що підтриму-

ють у суді державне обвинувачення (прокуратури) є окремими складовими єдиної системи державних правозастосовних органів. Мабуть, саме тому, у переважній більшості обвинувальних вироків судів мотивувальна частина на 80—100 відсотків відтворює зміст державного обвинувачення по справі.

Не сприяє зменшенню кваліфікаційних помилок іздавно відомий процесуальний принцип, заборони повороту до гіршого в судових актах вищестоящих інстанцій. Пославшись на положення Конституції України, Всесвітню декларацію прав людини і громадянина, інші міжнародні акти, Пленум Верховного суду України визнав, що судові рішення підлягає перегляду, якщо виявлені суттєві порушення у ході досудового слідства свідчать про наявність помилки, оскільки таке рішення, в тому числі, не відповідає вимогам справедливості. Мова йде про судові помилки, які носять фундаментальний, принциповий характер, коли невиправлення такої помилки викривлювало б саму суть правосуддя, суть вироку, як акту правосуддя, унеможливило б забезпечення необхідного балансу конституційно захищених цінностей, прав і законних інтересів засуджених та потерпілих.

До складу кваліфікаційних помилок пов'язаних з неправильною юридичною оцінкою вчиненого, належать “надмірні” кваліфікації або «кваліфікації з запасом». Вони нерідко допускаються правозастосовними органами свідомо, не лише у зв'язку із традиційним обвинувальним спрямуванням, а в першу чергу у зв'язку із суперечностями кримінально-процесуального законодавства. Як зазначалось вище, закон забороняє так званий «поворот до гіршого». Вищестоящі судові інстанції не мають права самостійно, без спрямування справи до суду першої інстанції, перекваліфікувати злочин за більш суворою нормою КК України. Перекваліфікація на більш м'яку норму КК України допускається. У зв'язку з цим, судді і визначають при кваліфікації додат-

кові статті КК України невиправдано, забезпечуючи штучну реалізацію принципу повноти кримінально-правової кваліфікації. Так звані «зайві» статті вищестоящі суди можуть виключати і вирок буде справедливим. Зворотню ж ситуацію, без повернення справи на новий судовий розгляд, КПК України не дозволяє. Така ж логіка кваліфікації і в органів досудового слідства.

В результаті по відношенню до обвинуваченого і підсудного отримується зворотній ефект. Кваліфікація злочинів свідомо виходить помилково завершеною з усіма відповідними наслідками. При цьому, не виключається, що вищестоящі інстанції можуть залишити помилкову, несприятливу кваліфікацію за обвинувальними висновками і вирокками без змін. У цьому разі відбувається, так званий «поворот до гіршого».

Помилкова юридична оцінка вчиненого у зв'язку із неправильним обранням норми КК України за розповсюдженням визначається таким чином:

1. Кваліфікація оціночних ознак злочину;
2. Кваліфікація єдиних складних і сукупних злочинів;
3. Кваліфікація суспільно небезпечних наслідків;
4. Кваліфікація малозначних діянь і злочинів, що межують з проступками.

Враховуючи викладене вище, можна виділити дві основні причини кваліфікаційних помилок:

1. Законодавча;
2. Правозастосовна.

Перша полягає у проблемності КК України, неточності його норм або в їх застарілості. За значенням і об'ємом впливу на кваліфікацію злочинів, основним в даному разі, є відсутність в КК України складів необережного заподіяння середньої тяжкості тілесного ушкодження.

До наступної групи недоліків КК України, що породжують кваліфікаційні помилки належать невизначення законодавцем складоутворюючих елементів злочи-

нів з ознаками, що їх відокремлюють. Це призводить до розмивання меж між злочинами і проступками, між суміжними складами злочинів. При цьому, основними складоутворюючими елементами є суспільно небезпечні наслідки, вина, в першу чергу умисна, мотив і мета, а також способи вчинення злочину (насильницькі, з використанням службових повноважень, обман тощо). За нормами де ці елементи чітко визначені, кваліфікаційні помилки допускаються з вини правозастосовних органів.

До недоліків чинного кримінального законодавства можна віднести надмірність криміналізації діянь, що являє собою передбачення в КК України таких складів злочинів, які межують з проступками, і більш ефективно могли б переслідуватись у цивільному, адміністративному чи дисциплінарному порядку. Це стосується злочинів невеликої тяжкості, а також ряду злочинів середньої тяжкості у сфері господарської діяльності. В таких випадках порушується правило кодифікації: якщо діяння за асоціальністю перебуває на межі злочинів і проступків, то для відповідальності за нього, перевага має надаватись не кримінальному, а іншим галузям права.

Неточність кримінального законодавства, як причина кваліфікаційних помилок, пов'язана з порушенням при здійсненні законотворчої діяльності правил за-

конодавчої техніки. Це перш за все мовні та системні правила. Багатозначність, що породжує кваліфікаційні помилки, має місце при вживанні у КК України термінів-понять, які різні за граматичним значенням відповідно до словників української мови, етимологічного і тлумачного. В таких випадках доцільно уникати їх вживання в законі, або вживати у загальноприйнятому значенні.

Не менш значущою причиною кваліфікаційних помилок є недоліки в діяльності правоохоронних і судових органів. Ця помилка може полягати у неправильному обранні норми КК України для ідентифікації скоєного із складом злочину. Це відбувається у зв'язку із неточністю тієї або іншої норми КК України, непрофесійністю практичних працівників, а також неоднозначним тлумаченням кримінального закону з боку юридичної науки. Таким чином:

1. Кваліфікаційні помилки являють собою невірну з точки зору законності і обґрунтованості правову оцінку суспільно небезпечних діянь;

2. Таких помилок припускається законодавець, офіційні правозастосовні органи і особи, які здійснюють неофіційне тлумачення кримінального закону;

3. Основні причини кваліфікаційних помилок — недоліки законодавства і непрофесійність правозастосовних органів.

О.С. ЗАХАРОВА,
кандидат юридичних наук, доцент,
проректор Академії адвокатури України

СТРОКИ В ПРОЦЕСУЛЬНОМУ ЗАКОНІ: ОКРЕМІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПОДОЛАННЯ ПРОБЛЕМ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У ЗВ'ЯЗКУ З ВИНЯТКОВИМИ ОБСТАВИНАМИ

Строки в цивільному процесі відіграють важливу роль не лише в контексті своєчасного здійснення судочинства, але й, на нашу думку, є визначальними категоріями на шляху реалізації завдань цивільного судочинства, визначених в ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України (далі — ЦПК України) [7]. Водночас, ускладнення цивільних процесуальних відносин в зв'язку з конституційною вимогою про функціонування вищих судів та Верховного Суду України (ст. 125 Конституції України), рішення Конституційного Суду України від 11.03.2010 р. № 8-рп / 2010 [6] вимагає наукового аналізу сучасної правової ситуації в сфері повноважень касаційної інстанції, в т.ч. крізь призму строків в цивільному процесі.

ЦПК України хоч і не містить визначення поняття «процесуальні строки», але встановлюючи в ст. 67 ЦПК види процесуальних строків законодавець в загальному вигляді визначає їх як *строки встановлені законом, а якщо не визначені законом встановлені судом, в межах яких вчиняються процесуальні дії*.

В науковій літературі висловлені різні міркування щодо змісту поняття процесуальних строків, але єдність поглядів в цьому питанні стосується лише однакового тлумачення словосполучення «процесуальні строки», як певного періоду у часі, який регламентований в законі або встановлений судом.

Р.О. Стефанчук під цивільним процесуальним строком розуміє: «встановлений законом або судом період в часі, впродовж якого може або повинна бути здійснена певна процесуальна дія учасником цивільного процесу». Видається, що вказаний автор безпідставно обмежив коло можливих суб'єктів процесуальних дій лише учасниками цивільного процесу [9, 85]. В цьому контексті виникає питання: чи здійснює процесуальні дії суд? Відповідь може бути тільки позитивною, оскільки провадження в цивільних справах здійснюється шляхом вчинення судом на певних етапах окремих процесуальних дій, визначених ЦПК України.

Я.П. Зейкан говорить, що процесуальний строк — це встановлений законом, або призначений судом проміжок часу, з яким процесуальний закон пов'язує можливість або необхідність вчинення конкретних процесуальних дій або настання певних правових наслідків [2, 126]. Уникаючи відповіді про можливих суб'єктів процесуальних дій, він, посилаючись на В.І. Тертишнікова, наводить його зауваження, що не є процесуальними строки, встановлені законом для судді або суду. З таким підходом не можна погодитись, оскільки ЦПК України не містить виключень в нормах, які регламентують процесуальні строки.

Окрема група авторів, розмірковуючи про процесуальні строки відтворює визна-

чення, які містяться в ст. 67 ЦПК України [3, 155].

Не можна погодитись і з С.С.Бичковою коли вона говорить, що процесуальний строк — це проміжок, протягом якого повинні бути вчинені відповідні процесуальні дії [1, 149]. Передусім не можна погодитись з імперативом про обов'язок вчинення процесуальної дії, що характерно лише для суду і посадових осіб суду. Діспозитивність (ст. 11 ЦПК України) є неодмінною ознакою статусу особи, яка бере участь у справі і є невід'ємною складовою будь-яких процесуальних дій сторін, третіх осіб в цивільному процесі. В цьому сенсі процесуальний строк щодо цих суб'єктів не може містити ознак обов'язку вчинити певні дії.

На нашу думку, більш вдалим визначенням поняття процесуального строку є визначення, що дає С.Я. Фурса, а саме: «Процесуальний строк — це проміжок часу, встановлений законом або судом, у який суд та особи, які беруть участь у справі, та інші учасники процесу вчиняють певні процесуальні дії, передбачені ЦПК, в результаті вчинення яких настають певні правові наслідки» [8, 275].

Водночас необхідно зазначити, що всі вищенаведені визначення процесуальних строків розмежовують їх на дві категорії, визначених відповідно до ст. 67 ЦПК України. Але ж можна припустити ситуацію коли законом визначений строк, в межах якого вчиняються процесуальні дії, але початок перебігу процесуальних строків визначається судом (ст. 69 ЦПК України), наприклад, неоднакового застосування судами касаційної інстанції одного і того самого положення закону, що є підставою оскарження рішення суду у зв'язку з винятковими обставинами. В цьому контексті виникає питання: якщо настання події, з якою пов'язано обчислення початку перебігу процесуальних строків, встановлюється судом чи слід в такому випадку вважати такі процесуальні строки як строки визначені одночасно законом і судом (комбіновані процесуальні строки) або лише

одні, з визначених в ст. 67 ЦПК України? Водночас виникає питання: рішення суду, що змінює однакове застосування судом касаційної інстанції одного і того самого положення закону є початком перебігу процесуальних строків для невизначеного кола потенційних скаржників у зв'язку з винятковими обставинами?

В зв'язку з ускладненням процесуальних відносин в сфері касації в сенсі згаданого рішення Конституційного Суду України не можна заперечувати існування правової прогалини у законодавстві України щодо визначення початку перебігу місячного строку з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону (п. 1 ч. 1 ст. 354 ЦПК України).

В контексті припису, викладеного в ч. 1 ст. 355 ЦПК України, виникає питання про спосіб визначення «дня відкриття виняткових обставин» та суб'єктів цього процесу? В науковій літературі з цього питання висловлені суперечливі думки, які зводяться до того, що обов'язок доведення «дня відкриття виняткових обставин» з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону покладається на скаржника.

На нашу думку, вказана проблема в меншій мірі є процесуальною та може і повинна бути вирішена Верховним Судом України в межах повноважень, визначених ЦПК України, Законом України «Про судочку України» з огляду на таке.

Визначені в ст. 354 ЦПК України підстави оскарження у зв'язку з винятковими обставинами є власне винятковими обставинами, але правова проблема полягає у визначенні моменту відкриття цих виняткових обставин. На нашу думку, процес відкриття цих обставин завжди пов'язаний з рішенням суду, що змінює однакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону. Водночас видається, що таке рішення колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України або відповід-

ної колегії суддів вищого суду не може автоматично, після його оприлюднення, визначати початок перебігу процесуальних строків. В цьому контексті видається, що визначений у ч. 1 ст. 355 ЦПК України місячний строк протягом якого може бути подана скарга у зв'язку з винятковими обставинами не можна віднести, в сенсі ст. 67 ЦПК України, до строків визначених законом. На нашу думку, вищенаведений висновок ґрунтується на положеннях закону. Відповідно до ст. 67 ЦПК України, якщо процесуальні строки, в межах яких вчинюються процесуальні дії, не визначені законом, вони встановлюються судом.

Закон не дає вичерпної відповіді про всі випадки і процедуру встановлення судом процесуальних строків, в т.ч. щодо суб'єктного складу учасників судочинства і т.ін. Видається, що в цьому випадку відповідь потрібно шукати не лише в процесуальній площині, але й в площині повноважень Верховного Суду України, визначеного Законом України «Про судоустрій України», зокрема про місце і роль Пленуму Верховного Суду України як колегіального органу, що дає роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства.

Інший висновок, на нашу думку, головний в цій статті полягає в тому, що в умовах коли в Україні визнається і діє принцип верховенства права одним з аспектів якого є принцип правової визначеності, коли Конституційним Судом встановлено [6], що Верховний Суд України не наділений повноваженнями суду касаційної інстанції щодо рішень вищих спеціалізованих судів, які реалізують повноваження касаційної інстанції, зміна однакового застосування судами касаційної інстанції одного і того самого положення закону має бути легітимізована у спосіб, що враховує позиції вищих судів та відповідних палат Верховного Суду України.

Верховний Суд України відповідно до ст. 125 Конституції України є найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції і окрім багатьох інших завдань

має забезпечити реалізацію на практиці однієї з основних конституційних засад судочинства — касаційного оскарження в порядку цивільного судочинства (ст. 129 Конституції), забезпечення однакового розуміння законів (п. 6 ч. 2 ст. 55 Закону України «Про судоустрій України»). Попри існування проблем розмежування функції касації між вищими спеціалізованими судами і Верховним Судом України, судові рішення у цивільних, господарських, адміністративних справах у зв'язку з винятковими обставинами можуть бути переглянуті тільки Верховним Судом України (ст. 353 ЦПК України). В цьому контексті голова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України В. Барбара зазначив, що згадуване нами рішення Конституційного Суду жодним чином не обмежує повноважень Верховного Суду, і він надалі здійснюватиме перегляд судових рішень вищих судів України в межах повноважень і відповідно до законодавства. Касаційна скарга на рішення вищих спеціалізованих судів України може бути прийнята Верховним судом України тільки за наявності виняткових обставин, передбачених чинним законодавством [5].

В умовах, коли не закон, а суд визначає початок процесуального строку, протягом якого може бути подана скарга у зв'язку з винятковими обставинами, а з іншого боку, існування вірогідності неоднакового тривалого застосування колегіями однієї палати одного і того самого положення закону, дає підстави говорити про обов'язок колегіального органу Верховного Суду України, а не суб'єктів звернень за судовим захистом, визначити початок перебігу процесуальних строків за певною категорією справ (неоднакового застосування судом касаційної інстанції одного і того самого положення закону).

З урахуванням викладеного, на нашу думку, правильним буде вважати днем відкриття виняткових обставин і таким що відповідає нормам процесуальних кодексів та Закону України «Про судоустрій України» не день набрання законної сили рішенням

суду касаційної інстанції, в якому інакше, ніж у попередньому судовому рішенні (рішеннях) суду касаційної інстанції, застосовано одне й те саме положення закону, а день публікації в офіційному друкованому органі Верховного Суду України відповідної постанови Пленуму про роз'яснення судам загальної юрисдикції про інакше, ніж у попередньому судовому рішенні (рішеннях) Верховного Суду, вищих спеціалізованих судів застосовано одне й те саме положення закону.

Вказаний підхід знімає, певною мірою, і гостроту тимчасових проблем функціонування Єдиного реєстру судових рішень [4], безперечно ці обставини мають бути визнані Судом як загальновідомі, що не потребують доказування. Вочевидь висловлена пропозиція потребує удосконалення та певного доопрацювання.

Список використаної літератури:

1. *Безлюдько І.О., Бичкова С.С., Бобрик В.І.* Цивільне процесуальне право України: навчальний посібник / І.О. Безлюдько, С.С. Бичкова, В.І. Бобрик [та ін.]; за заг. ред. С.С. Бичкової. — К.: Атіка, 2006. — 384 с.
2. *Зейкан Я.П.* Коментар цивільного процесуального кодексу України / Я.П. Зейкан. — К.: Юридична практика. 2006. — 560 с.
3. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України: [пер. з рос.] / С.В. Ківалов, Ю.С. Червоний, Г.С. Волосатий [та ін.]; за ред. Ю.С. Червоного. — К., Одеса: Юрінком Інтер, 2008. — 656 с.
4. *Онімов А.* Суддівські проблеми під іншим кутом зору / А. Онімов // Юридичний вісник України. — № 4. — 23—29 січня 2010 р. — С. 11.
5. *Примаченко О.* Судова реформа: план бою і артпідготовка / О. Примаченко // Дзеркало тижня. — 2010. — № 11 (791). — 20—26 березня.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у статтях 125, 129 Конституції України від 11 березня 2010 р. Офіційний сайт «Законодавство України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.gov.ua>
7. Цивільний процесуальний кодекс України. Офіційний сайт «Законодавство України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.gov.ua>
8. Цивільний процес України: академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / [за ред. С.Я.Фурси]. — К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. — 848 с.
9. Цивільний процес: навч. посіб. / А.В. Андрушко, Ю.В. Білоусов, Р.О. Стефанчук, О.І. Угриновська [та ін.]; за ред. Ю.В. Білоусова. — К.: Прецедент, 2006. — 293 с.

М.Є. БЛУДИЛІНА,
асистент
(Академія адвокатури України)

ЮРИДИЧНИЙ АНАЛІЗ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ НА СТАДІЇ ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

На стадії порушення кримінальної справи не завжди можливо та не обов'язково встановити всі ознаки складу злочину для прийняття рішення про порушення кримінальної справи або про відмову в порушенні кримінальної справи. На наступних стадіях кримінального процесу може повністю або частково змінюватись кваліфікація діяння. Пропоную розглянути питання юридичного аналізу об'єктивної сторони складу злочину на стадії порушення кримінальної справи оскільки у строк встановлений для перевірки заяв та повідомлень про злочини, уповноважені особи повинні з'ясувати якомога більше інформації для прийняття правильного рішення по існуючій інформації. У постанові про порушення кримінальної справи обов'язково вказується стаття КК України, за ознаками якої порушується справа [1].

В науці кримінального права України, об'єктивна сторона злочину — це зовнішня сторона діяння, яка виражається у вчиненні передбаченого законом діяння (дії чи бездіяльності), що заподіює чи створює загрозу заподіяння шкоди об'єкту злочину — суспільним відносинам на які посягає злочин, завдаючи їм певної шкоди, і які поставлені під охорону закону про кримінальну відповідальність (структурні елементи суспільних відносин — суб'єкти відносин, предмети з приводу яких існують відносини, зміст відносин) [2, 78; 3, 25].

Отже, об'єктивну сторону складає дія або бездіяльність, яку характеризують об'єктивно виражені обставини злочину такі як: місце, час, засіб, шкідливі на-

слідки, причинний зв'язок між діянням та шкідливими наслідками [4, 65].

На мою думку, з'ясування об'єктивної сторони складу злочину має не обов'язкове значення на першій стадії кримінального процесу, проте як і при виявленні суб'єктивної сторони злочину, уповноважені особи повинні приділяти особливу увагу, обставинам, що мають значення для виявлення ознак об'єктивної сторони.

А.П. Рижаків прийшов до висновку, що кримінальна справа порушується, зазвичай, при наявності достатніх даних про об'єктивну сторону складу злочину [5, 60].

Статті 36—43 КК України також передбачені обставини, що виключають злочинність діяння [6], до них належать:

- необхідна оборона. Це дії, які вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони, яке тягне за собою відповідальність за ст. 118 та 124 КК України;
- уявна оборона. Це дії, пов'язані з заподіянням шкоди за таких обставин, коли реально суспільно небезпечного діяння не було й особа неправильно оцінюючи дії потерпі-

- лого, лише помилково припускала наявність такого посягання. Уявна оборона виключає кримінальну відповідальність лише в тому випадку, коли обставини, що склались, давали особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення;
- крайня необхідність. Не вважається злочином заподіяння шкоди праву охоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам або інтересам, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності. Таким перевищенням вважається умисне заподіяння шкоди праву охоронюваним інтересам, якщо така шкода є більш значною, ніж відвернена шкода. Проте, якщо внаслідок сильного душевного хвилювання, викликаного суспільною небезпекою, що загрозувала, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди цій безпеці, така особа не підлягає кримінальній відповідальності;
 - затримання особи, яка вчинила злочин. В такому випадку не визнаються злочинами дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на затримання особи, яка вчинила злочин, і доставлення її відповідним органам влади, якщо при цьому не було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи (тобто умисне заподіяння тяжкої шкоди особі, що вчинила злочин, якщо ця шкода явно не відповідає небезпечності посягання або обставинці затримання злочинця);
 - фізичний або психічний примус, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками;
 - виконання законного наказу або розпорядження. Так, наказ або розпорядження визнається законним, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини та громадянина. Також, не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилась виконувати явно злочинний наказ або розпорядження;
 - дія в стані ризику та виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Ризик визнається виправданим, якщо мети, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією або бездіяльністю не пов'язаною з ризиком, а також в тому випадку, коли особа, яка допустила ризик, обґрунтовано розраховувала, що здійснені нею заходи є достатніми для відвернення шкоди, правоохоронним інтересам.
- Вважаю, що уповноважені розслідувати кримінальні справи державні органи, повинні досліджувати всі перераховані вище обставини детально та неупереджено, ставитись з особливою зосередженістю для з'ясування підстав, що виключають кримінальну відповідальність, оскільки різниця між злочином та подією, що не є злочином іноді може бути зовсім невеликою та кожний, з першого погляду, незначний факт чи несуттєва обставина може вирішити подальший статус учасника кримінального процесу.
- Не можна не погодитись з думкою В.С. Зеленецького з приводу функцій посадо-

вих осіб на стадії порушення кримінальної справи. Так, автор зазначає, що оскільки всі органи та посадові особи, яка проводять досудовий кримінальний процес зорієнтовані на досягнення одних й тих самих цілей, то всі вони роблять вклад в їх реальне досягнення, а самі цілі виконують по відношенню до них специфічну програмну функцію [7, 45].

Для кримінального процесу України характерним є те, що закон наперед не визначає сили і значення доказів. Навпаки, сила, значення і достовірність того чи іншого доказу визначається щоразу тією особою чи органом, які здійснюють кримінальне провадження по справі.

Правильна оцінка доказів, що мають відношення до з'ясування наявності або відсутності в діянні ознак складу злочину, зокрема його об'єктивної сторони, залежить від суб'єктивного ставлення суб'єкта доказування.

Список використаної літератури:

1. Науково-практичний коментар до КПК України / за заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. — 2008.

2. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / Ю.В. Александров, В.І. Антипов, О.О. Дуров [та ін.]; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. — вид. 4-те, переробл. та допов. — К.: Атіка, 2008

3. Рыжаков А.П. Есть ли уголовный процесс до «его начала» и когда же он завершён окончательно? / А.П. Рыжаков // Практическое законоискусство. — Ставрополь, 2009. — № 1.

4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [за ред. С.С. Яценка]. — К.: А.С.К., 2002.

5. Зеленецький В.С. Возбуждение уголовного дела / В.С. Зеленецький. — Харьков, 1998. — 340 с.

6. Кузнєцова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Н.Ф. Кузнєцова; науч. ред. и предисл. В.Н. Кудрявцева. — М.: Городец, 2007.

7. Навроцький В.О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації / В.О. Навроцький. — К.: Атіка, 1999.

А.В. САВЧЕНКО,
доктор юридичних наук, професор,
(Київський національний університет внутрішніх справ)

ВПЛИВ МОТИВІВ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ ЧИ РЕЛІГІЙНОЇ НЕТЕРПИМОСТІ НА КВАЛІФІКАЦІЮ ЗЛОЧИНІВ

Відомо, що на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» від 5 листопада 2009 р. чинний Кримінальний кодекс (далі — КК) у низці статей було доповнено вказівкою на зазначені вище специфічні мотиви, при цьому такого роду зміни стосувалися саме кваліфікуючих ознак відповідних складів злочинів. Зокрема, законодавча конструкція «з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» з'явилася у новоствореному п. 14 ч. 2 ст. 115, а також у чинних ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129 КК (поряд з цим деякі уточнення стосувалися ст. 161 КК, а у ст. 300 КК була зроблена вказівка на «твори, що пропагують расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію») [1]. У зв'язку з цим актуальним є питання про специфіку (особливості) вказаних мотивів та їх вплив на кваліфікацію вчинених суспільно небезпечних діянь. Це ми визначаємо за *мету* нашого дослідження у цій статті.

Розпочинаючи розгляд питань, сформульованих у меті дослідження, варто нагадати, що під мотивом (як психологічною категорією) передусім розуміють те, що спонукає діяльність людини, те, чому здійснюється така діяльність [2, 61]. За нашим переконанням, мотив — це інтегральний психічний утвір, який спонукає особу до вчинення суспільно небезпечного діяння та є його підставою [3, 14]. Вважається, що мотив є обов'язковим чинником при реалізації психічно нормальною

особою своєї поведінки (як правомірної, так і злочинної), діяльності, вчинку або діяння. Їх безмотивність є нонсенсом. Цікаво, що кримінально-процесуальне право відносить мотив до предмета доказування у кожному злочині (ст. 64 Кримінально-процесуального кодексу України), а це свідчить про визнання існування мотиву в будь-якому суспільно небезпечному діянні. При провадженні дізнання, досудового слідства та розгляді кримінальної справи у суді мотив підлягає обов'язковому доказуванню, а також зазначенню в обвинувальному висновку слідчого та обвинувальному вироку суду. Якщо суд (суддя), який розглядав кримінальну справу, не встановив конкретні мотиви злочину, не зазначивши їх у мотивувальній частині обвинувального вироку, то це, як видається, є підставою для скасування або зміни вироку.

Який же зміст мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості? На думку О.А. Чувакова, під таким мотивом слід розуміти «чувство неприязни к людям определенной расы, нации или религии. Указанное обстоятельство и определяет мотивацию совершенного общественно опасного деяния» [4, 260]. На наш погляд, з таким тлумаченням аналізованих мотивів вказаним автором погодитися важко, оскільки: по-перше, дослідник поєднує ці три за суттю різні мотиви в один єдиний, що не є коректним; по-друге, у свою чергу потребує розширеного тлумачення й поняття «почуття неприязні»; по-третє, навіряд чи саме ця обставина визначає мотивацію вчиненого злочинного діяння, адже до її складу входить не тільки мотив, але

й інші складові компоненти мотиваційної сфери особи (потреби, цінності, цілі, емоції, почуття, ідеали тощо). Вважаємо, що для правильного розуміння зазначених мотивів і впливу їх на кваліфікацію вчиненого слід виходити з міжнародного (зокрема, європейського) досвіду з цього питання, який розглядає ці мотиви як «ненависницькі».

Сутність злочину, скоєного з ненависті, полягає у тому, що злочинець вчиняє його з мотивів, викликаних його особистим ненависницьким (упередженим) ставленням до жертви, котра має специфічний статус чи належить до певного соціального прошарку (зокрема, це іноземці, люди іншої раси чи кольору шкіри, представники інших релігійних конфесій, особи з нетрадиційною сексуальною орієнтацією, інваліди, малолітні). У зв'язку з цим під загрозою опиняється особиста недоторканість, життя, здоров'я, власність та інші людські цінності жертви. Кожний прояв ненависті щодо зазначених потерпілих може мати свою специфіку. Наприклад, якщо злочин вчиняється з мотивів расової ненависті, то важливо встановити проти кого конкретно ця ненависть спрямована — проти білих чи чорношкірих громадян, азіатів чи представників тихоокеанських островів, чи, можливо, ненависть носить антимультирасовий характер? Природа злочинів, що вчиняються з ненависті, криється у глибинах деформованої людської свідомості, спотворених імпліцитних спонукань, нереалізованих хибних бажань, потаємних збочених хотінь, нездійснених навіюваних мрій тощо. «Ненависницьким» посяганням властива особлива підступна мотивація: расова, етнічна, релігійна ворожнеча та розбрат, сексуальна агресія, садизм, специфічна помста та інші низькі мотиви. Вчиняючи, здавалося б загальнокримінальні злочини проти особи чи власності, злочинці трансформують звичайну (некваліфіковану) чи корисливу мотивацію у вузькоособистісну, реалізують свою ненависть, виміщають свої приховані почуття на конкретній особі, заподіюючи

шкоду її життю, здоров'ю, недоторканості, майну тощо. При цьому для більш повного й об'єктивного розуміння злочинів, що вчиняються на ґрунті ненависті, фахівцям слід знати їх історичне минуле й сучасний стан, виявляти специфіку жертв цих посягань і вплив на громаду, відмежовувати від суміжних злочинів, мати уявлення про низку споріднених понять («антисемітизм», «ісламофобія», «християнофобія», «гомофобія», «расизм» та ін.) тощо.

Повертаючись до специфіки мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості за нормами КК України, варто констатувати про непоодинокі випадки неправильного встановлення таких мотивів у практиці національних правоохоронних органів і суду, що викликає неабияке занепокоєння у міжнародній спільноті. Зокрема, у звіті щодо моніторингу правового реагування України на злочини, вчинені з мотивів упередження (2008 р.), було зазначено про те, що зазвичай міліція від самого початку не проводить розслідування таких злочинів, а українські міліціонери не навчені ані розпізнавати упередження (як мотив вчинення злочинів), ані належним чином розслідувати такі злочини [5, 14]. З огляду на це вважаємо, що, зокрема, умисне вбивство, вчинене з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості (п. 14 ч. 2 ст. 115 КК України) кваліфікують тоді, коли винний прагне продемонструвати людську неповноцінність потерпілого, через належність останнього до конкретної раси, нації (національності) чи етнічної групи або релігійної конфесії (вірвчення) та внаслідок цього виявляє своє упереджене, ненависницьке ставлення до нього. Підвищена суспільна небезпека цього виду умисного вбивства зумовлена посяганням не тільки на життя особи, а й на гарантовану ст. 24 Конституції України рівність прав і свобод людини та громадянина, незалежно від їх раси, кольору шкіри, релігійних переконань, етнічного походження, за мовними або іншими ознаками тощо.

Для застосування п. 14 ч. 2 ст. 115 КК необхідно встановити конкретний спеціальний мотив з тих, що перелічені у кримінальному законі, або їх сукупність. Такий мотив може поєднуватися з іншими спонуканнями (помста, корисливість, хуліганські мотиви), у той же час він має серед них домінувати. Домінуючим спонуканням в цьому випадку виступає прагнення винної особи вчинити фізичну розправу з потерпілим у зв'язку з його расовою чи національною приналежністю або релігійними переконаннями тим самим принизити честь і гідність певної раси, нації або конфесії. Сюди також відноситься бажання спровокувати або розпалити національну, расову чи релігійну ворожнечу та ненависть, продемонструвати шовіністичний світогляд або ксенофобію щодо всіх інших чи конкретних груп людей (наприклад, викликати шляхом умисного вбивства загострення міжнаціональних чи міжконфесійних стосунків, масові заворушення і т.п.). Це може бути також помста потерпілому за його незгоду підтримати націоналістичну або релігійну дискримінацію.

Умисне вбивство з мотивів релігійної нетерпимості, як правило, передбачає міжособистісні неприязні стосунки, зумовлені непримиримістю до представників іншої конфесії (цей вид умисного вбивства може поєднувати в собі елементи національної та расової ворожнечі). Релігійна ненависть може стати мотивом до вчинення умисного вбивства особи, що не сповідає жодної релігії, а також атеїста.

У принципі зміст проаналізованих вище мотивів умисного вбивства буде однаковим й при вчиненні деяких інших умисних злочинів, в яких законодавець передбачив обов'язкову наявність таких мотивів (зокрема, це стосується ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129 КК). Отже, слід сформулювати таке правило: якщо при вчиненні умисного тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження, побоїв і мордування, кату-

вання або погрози вбивством мають прояв мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості, то вчинене кваліфікують за частинами другими тих статей, що передбачають відповідальність за ці злочини. Якщо при цьому має місце порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань, то вчинене, залежно від тих чи інших обставин, має кваліфікуватися додатково ще й за частинами 2 або 3 ст. 161 КК України. Проте умисне заподіяння легкого тілесного ушкодження в процесі вчинення злочину, передбаченого ст. 161 КК України, охоплюється поняттям «насильство», про яке зазначено у ч. 2 цієї статті. Поряд з цим хотілося б звернути увагу на непослідовність законодавчої термінології щодо аналізованих мотивів у різних статтях КК України, зокрема такі мотиви підміняються більш абстрактним поняттям «на ґрунті» і прив'язані до категорій «ворожнеча» та «розбрат» замість категорії «нетерпимість» (п. 3 ч. 1 ст. 67) або в них переплутаний порядок (послідовність) вживання вказаних трьох прикметників, які, до речі, вже прив'язуються до категорій «ворожнеча» та «ненависть» (ч. 1 ст. 161) чи «нетерпимість» та «дискримінація» (ч. 1 ст. 300).

Сподіваємося, що вироблені нами положення про специфіку мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості та їх вплив на кваліфікацію вчиненого суспільно небезпечного діяння сприятиме правильному застосуванню кримінального законодавства.

Список використаної літератури:

1. Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості» від 5 листопада 2009 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 5. — Ст. 43.

2. Леонтьев А.Н. Мотивы / А.Н. Леонтьев // БСЭ. — 3-е изд. — М., 1988. — Т. 17.

3. Савченко А.В. Мотив і мотивація злочину : [монографія] / А.В. Савченко. — К. : Атіка, 2002.

4. Уголовный кодекс Украины : Научно-практический комментарий. Издание седьмое, переработанное и дополненное / [отв. ред. Е.Л. Стрельцов]. — Харків: Одиссей, 2010.

5. Правове реагування України на злочини з мотивів упередження / Представни-

цтво міжнародної організації з міграції в Україні; Американська асоціація юристів, Ініціатива з верховенства права; Єврейська Іммігрантська Благодійна організація; Регіональне Представництво УВКБ ООН в Україні, Білорусі та Молдові / Ініціатива з питань збереження етнічної різноманітності. Підгрупа з правових питань. — К., 2008.

І.І. БОЙКО,

старший викладач кафедри прав людини, міжнародного та європейського права Академії адвокатури України

ВИЗНАЧЕННЯ АГРЕСІЇ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

Агресія (від лат. *aggressio* — напад) поняття сучасного міжнародного права, яке охоплює будь-яке незаконне з точки зору Статуту ООН застосування збройної сили однією державою проти суверенітету, територіальної цілісності і політичної незалежності іншої держави чи народу (нації) [1; 25]. Агресія є найтяжчим міжнародним злочином проти миру і безпеки всього людства. Неодмінною ознакою агресії є застосування державою збройної сили першою. 29-я сесія Генеральної Асамблеї ООН 1974 прийняла «Визначення агресії». У Резолюції про визначення агресії перераховано сім видів дій, що розглядаються як акти агресії:

1. Вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не носила, що є наслідком такого вторгнення чи нападу, або будь-яка анексія із застосуванням сили території іншої держави або її частини.

2. Бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави.

3. Блокада портів чи берегів держави збройними силами іншої держави.

4. Напад збройними силами держави на суходільні, морські чи повітряні сили або морські чи повітряні флоти іншої держави.

5. Застосування збройних сил однієї держави, що знаходяться на території іншої держави згідно угоди з державою, яка їх приймає, в порушення умов, передбачених цією угодою, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після припинення дії угоди.

6. Дії держави, яка дозволяє, щоб її територія, надана нею у розпорядження ін-

шої держави, використовувалася цією іншою державою для здійснення акта агресії проти третьої держави.

7. Заслання державою чи від імені держави озброєних банд, угруповань та регулярних сил або найманців, що здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави настільки серйозного характеру, що це дорівнює перерахованим вище актам, або її істотна участь в них [2; 201].

Отже, кожен із семи пунктів ст. 3 «Визначення агресії», включаючи так звані співучасть у агресії (6) та непрямую агресію (7), вказує на різновид збройного нападу. Проти кожного з семи зазначених дій можливе застосування права держави на самооборону. Хоча Міжнародний суд ООН підтвердив, що на державу, яка застосовує збройну силу, посилаючись на право держави на самооборону, лягає тягар доведення перед Судом: вона зобов'язана доводити факт агресії, спрямованого проти неї [3; 102].

Ще під час опрацювання проекту «Визначення агресії» в Спеціальному комітеті Генеральної Асамблеї ООН було погоджено, що поняття «агресії» не включатиме «прикордонні інциденти» — разові сутички або постріли на кордонах держав, спричинені переважно непорозуміннями при охороні кордонів. Порушення прав іноземців, яке спричиняє реальну загрозу їх здоров'ю чи життю не увійшло до семи пунктів статті 3 «Визначення агресії», а відтак за сучасним міжнародним правом воно не входить до змісту поняття «агресія» і не може бути визнане підставою для реалізації права держави на самооборону.

Відповідно до «Визначення агресії» (ст. 2, ч. 1 ст. 3), названі в його ст. 3 дії є тільки тоді протиправними, якщо вони є

«застосуванням сили державою першою». Право ж вдатися до самооборони виникає у держави після початку агресії щодо неї і не раніше.

Рада Безпеки ООН володіє більш широкими повноваженнями, ніж держава-суб'єкт права на самооборону: відповідно до ст. 39—42 глави VII Статуту ООН Рада може ухвалити застосування заходів примусу, в тому числі й військового характеру, не лише щодо порушника миру або агресора, але й щодо держави/групи держав, які, на погляд членів Ради, створюють загрозу миру [4; 105].

Отже, підсумовуючи, доводиться зробити невтішний висновок, що:

1. Сьогодні «Визначення агресії» 1974 р. застаріле. Реалії сьогодення вимагають внести в список дій, що вважаються агресією, дещо більше пунктів, ніж сім. Хоча б враховувати появу нових «технологій» нанесення шкоди та нові типи загроз (втручання у роботу автоматизованих інформаційних систем).

2. Збільшуючи перелік актів, що вважатимуться агресією, слід бути дуже обережним, бо законною реакцією на агресію є право держави на самооборону, а це сьогодні залишається підставою для застосування сили, на яку держави найчастіше посилаються для виправдання агресивної політики.

3. Так як агресія — один із найтяжчих міжнародних злочинів за сучасним міжнародним правом, то повинні бути чітко сформульовані ознаки агресії, які будуть спільними для всіх дій, які сьогодні вважаються нею.

4. У «Визначенні агресії» зазначено, що перелік актів, що вважаються агресією не

є вичерпним, і Рада Безпеки може визначити, що інші акти є агресією. Тут можна лише констатувати, що жоден міжнародний орган, уповноважений до визначення агресора, не може бути повністю неупереджений (яким би чином цей орган не формувався, він не зможе обійтися без керівних вказівок). Це, дійсно, так, бо будь-який орган хтось фінансує, отже, і надає «необхідні» вказівки. І рішення у Раді Безпеки приймається шляхом голосування, з таким зручним саме для таких випадків використанням права вето.

Список використаної літератури:

5. Абдурахманов М.И., Баришполец В.А., Манилов В.Л., Пирумов В.С. Геополитика и национальная безопасность: Словарь основных понятий и определений. — М., 1998. — 237 с.

6. Определение агрессии. Резолюция, принятая XXIX сессией Генеральной Ассамблеи ООН, 14 декабря 1974 г. // Действующее международное право. В 3-х томах. Составители Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. Том 2. — Москва: Издательство Московского независимого института международного права, 1996. — С. 199—202.

7. Ржевська В.С. Право держави на самооборону і міжнародна безпека / В.С. Ржевська. — К.: Проміні, 2005. — 251 с.

8. Анцелевич Г.А., Покрещук А.А. Актуальные проблемы международного права / Г.А. Анцелевич, А.А. Покрещук. — К.: Украинская академия внешней торговли, 2006. — 282 с.

*В.О. ПОПЕЛЮШКО,
доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри
Національного університету «Острозька академія»*

ДОСТОВІРНЕ (ІСТИННЕ) ВСТАНОВЛЕННЯ ОБСТАВИН ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ — ЗАПОРУКА ЇХ ПРАВИЛЬНОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ

Норми кримінального права застосовуються в порядку і формах, встановлених процесуальним правом. Разом з тим, застосування процесуальних норм є не тільки формою життя матеріального права. Кримінальне матеріальне право і кримінально-процесуальне право — це дві самостійні галузі права, кожна з яких має свою форму і зміст, що передбачає взаємозв'язок між ними й за змістом.

Найбільш яскраво такий взаємозв'язок проявляється у предметі доказування, пов'язаному з обвинуваченням. Він описаний в законі так: «При провадженні досудового слідства, дізнання і розгляді кримінальної справи в суді підлягають доказуванню: 1) подія злочину (час, місце, спосіб і інші обставини вчинення злочину); 2) винність обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви злочину; 3) обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують та обтяжують покарання; 4) характер і розмір шкоди, заподіяної злочинцем, а також розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння» (ст. 64 КПК). Це описання по суті виступає процесуально-правовим поняттям, що відображає основний зміст (і структуру) підстав вирішення кримінальних справ, їх схемою. Тому вважаю за можливе називати дану законодавчу схему «складом предмета доказування». Аналогічно тому, як склад злочину є змістом поняття злочину, склад предмета доказування є змістом поняття предмета доказування. А

отже, розглядувані поняття можна і необхідно порівнювати безпосередньо.

Оскільки злочином є передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння, вчинене суб'єктом злочину (ч. 1 ст. 11 КК), а його склад включає в себе елементи: 1) об'єкта, 2) об'єктивної сторони, 3) суб'єкта і 4) суб'єктивної сторони злочину, очевидно, що у предметі доказування вони охоплюються лише обставинами, зазначеними в пп. 1 і 2 ст. 64 КПК, хоча термінологічно відрізняються. Але головне тут не в термінології, а у тому, що кримінально-процесуальне поняття «подія злочину» не може не мати своїм змістом всіх обов'язкових ознак складу злочину, бо не може бути злочину, що не володіє усіма ознаками складу. Звідси, ознаки складу злочину складають основний зміст поняття «події злочину». Тому обставини, які повинні бути встановлені в процесі доказування у кримінальній справі, в значній своїй частині визначені поняттям складу злочину. Встановлення ж відсутності в діянні ознак складу злочину має неодмінно тягти закриття справи (виправдання).

Співставлення складу злочину і події злочину показує, що друге поняття ширше першого за змістом тому, що, по-перше, включає «час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину» й в тих випадках, коли вони не являються обов'язковими ознаками складу, а по-друге, є відкритим. І це не випадково. Подія злочину, крім ознак складу злочину, часу, місця способу дії, може характеризуватися і іншими кримінально-правовими ознаками, що

впливають на застосування норм Загальної частини КК (чинності закону про кримінальну відповідальність в просторі тощо).

З позицій же процесуального закону, і саме тому, що структура і зміст обставин предмета доказування, в даному випадку предмета обвинувачення, регламентовані як нормами матеріального, так і процесуального закону, вказані обставини кримінальної справи одночасно із кримінально-правовою, мають й кримінально-процесуальну природу (значимість). І їх процесуально-правова природа значно ширша матеріально-правової. Ряд обставин, що підлягають доказуванню у відповідності з правилами про предмет обвинувачення, можуть мати процесуальне, а не матеріально-правове значення. Наприклад, спосіб дій хулігана не названий ознакою складу злочину, передбаченого ст. 296 КК, не завжди він виступає як обставина, що обтяжує покарання, але його невстановлення у даній категорії кримінальних справ завжди розглядається як суттєва неповнота в частині встановлення фактичних обставин справи. Таким чином, поняття події злочину в його конкретному застосуванні за своїм змістом ширше кримінально-правового поняття складу злочину ще й тому, що відображає не тільки інші матеріально-правові ознаки злочину, а й процесуально-правові.

При дослідженні конкретного діяння поняття події злочину співвідноситься, безумовно, не тільки з загальним складом злочину, а і з складом злочину, за ознаками якого порушена кримінальна справа. Однак і в даному випадку, в процесі застосування права, поняття події злочину набагато ширше і разом з тим набагато конкретніше характеризує досліджуване діяння. Тут має місце немовби взаємоконкретизація. Так, оскільки склади окремих видів злочинів — абстракції більш низького рівня, ніж відповідні їм елементи предмета обвинувачення, вони дозволяють конкретизувати кримінально-правовий зміст цих елементів. Саме елементи певного складу злочину містять вказівки про безпосеред-

ній об'єкт посягання, його окремі риси, про конкретні форми об'єктивної сторони злочину (дія чи бездіяльність), спосіб дій, специфічні ознаки суб'єкта, певні форми вини, конкретні мотиви, мету і т.д. Співставлення події злочину з складом конкретного злочину дозволяє констатувати той чи інший вид злочину. З точки зору кримінального права така конкретизація є граничною. Разом з тим вона є достатньою, оскільки дозволяє правильно кваліфікувати злочин.

Однак така конкретизація недостатня з точки зору процесуального права. Так, якщо виходити тільки з ознак складу злочину, вказаного в ч. 1 ст. 185 КК, достатньо встановити наявність в діянні ознак: а) таємного, б) заволодіння, в) осудною, досягнутою віку кримінальної відповідальності особою, г) чужим майном, д) з корисною метою. Але для засудження особи цього буде недостатньо. Процесуальні приписи про предмет доказування передбачають, що досліджувана подія злочину повинна виявлятися і деталізуватися більш глибоко, в т.ч. за її кримінально-правовими ознаками. У справах про крадіжки майна громадян, наприклад, необхідно вяснити точний час і місце крадіжки, індивідуальні ознаки винного, потерпілого тощо. Тобто необхідно з'ясувати характерні і неповторимі ознаки крадіжки, які відрізняють її від будь-яких інших діянь, досягти про подію крадіжки достовірного (істинного) знання. Конкретизація і деталізація діяння з усіх елементів предмета обвинувачення — пряма вимога процесуального закону і викликана вона потребами практики, оскільки, з одного боку, детальне описання події злочину є формулою обвинувачення в постанові про притягнення особи як обвинуваченого (ст. 132 КПК) і в обвинувальному висновку (ст. 223 КПК), яка визначає межі судового розгляду (ст. 275 КПК), а в разі постановлення обвинувального вироку є формулюванням обвинувачення, визнаного судом доведеним (ч. 1 ст. 334 КПК), а з другого — забезпечує можливість перевірки обвинувачення, що, своєю чергою,

важливо для реального забезпечення права обвинуваченого на захист (ч. 3 ст. 43 КПК). Конкретизація і деталізація фактичних обставин події злочину має бути здійснена до рівня доказових фактів, інакше обвинувачення неможливо ні доказати, ані, тим більше, спростувати.

Таким чином, в регламентації встановлення достовірності (істини) між нормами матеріального і процесуального права існує нерозривний взаємозв'язок. При дослідженні конкретного злочину суть цього взаємозв'язку проявляється, зокрема, в тому, що обставини справи з'ясовуються крізь призму правил процесуального закону про предмет обвинувачення і, одночасно, норм кримінального права, що підлягають застосуванню. Слідчий, судді постійно в думці співставляють факти і норми права. Ознаки складу злочину і відповідні їм елементи предмета обвинувачення міркуються ними як єдине ціле. У той же час, як єдине ціле існують ознаки злочину — елементи предмета обвинувачення.

Такий взаємозв'язок, однак, встановлюється при постановленні обвинувального вироку. В процесі ж встановлення обставин справи необхідно мати на увазі, що кримінально-правова оцінка фактів (кваліфікація) і кримінально-процесуальне дока-

зування — це різні види процесуальної діяльності. Щоби остаточно і правильно кваліфікувати досліджуване діяння, тобто застосувати кримінальний закон, необхідно спочатку всебічно, повно і об'єктивно встановити подію, отримати про неї достовірне (істинне) знання. До завершення процесу доказування може мати місце лише кримінально-правова кваліфікація версії про досліджувану подію. Саме тому, думаю, ст. 324 КПК вимагає від суду при постановленні вироку спочатку вирішити питання, чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачується підсудний (п. 1), а уже потім — чи має це діяння склад злочину і якою саме статтею кримінального закону він передбачений (п. 2).

Застосування норм про предмет доказування незалежно від того, за ознаками якої статті Особливої частини КК ведеться дослідження, покликане служити надійною юридичною гарантією того, що предмет доказування буде встановлено таким, яким він є в дійсності, в справі буде встановлена об'єктивна істина, що до кримінальної відповідальності будуть притягнуті дійсно винні особи, виправдані невинні, чи провадження у справі буде обґрунтовано закрито.

*В.С. КОВАЛЬСЬКИЙ,
кандидат юридичних наук, доцент,
президент видавничої організації «Юрінком Інтер»*

КВАЛІФІКАЦІЯ ДІЯНЬ І РЕАЛІЗАЦІЯ ОХОРОННОЇ ФУНКЦІЇ ПРАВА

У правовій науці проблема реалізації права визначається як соціальна місія права, виражена у його функціях, «працювати у певному соціумі». У функціях права об'єктивуються напрями впливу, суть і місце права в суспільстві, його правове завдання. Класифікуючи функції права ми розрізняємо загальнодержавні функції (політична, соціальна, економічна, культурна, ідеологічна, екологічна тощо), функції властиві для окремих типів держав, зокрема владні (законодавча, виконавча, судова), основні (політична, економічна, фінансова, культурна, ідеологічна) та додаткові (інформаційна, інтегративна, прогностувальна, програмувальна), зовнішні та внутрішні функції права [1, 157]. Останнім часом розрізняються функції права загальносоціальні (політична, економічна, соціальна, ідеологічна) та спеціальні (регулятивна, охоронна, установча, інформаційна). Дані функції реалізуються через систему права, зокрема через галузі, інститути, норми, договори, прецеденти, звичаї та через акти застосування права, а також закріплюються у компетенції та відповідній діяльності органів державної влади [2, 312—313].

Реалізація функції права може здійснюватися зовні у певній історичній формі, правова роль якої має різні складові. Так, охоронна функція права має дві складові, одна з яких визначає її належність до предмету охорони (кари, примусу, обмеження прав тощо), а інша — до інтенсивності охоронного впливу (обвинувального ухилу, обсягу репресії, посилення захисту, примусового впливу тощо). Тому історично ми розрізняємо карально-репресивну, карально-обвинувальну і карально-захисну

форми реалізації охоронної функції права. Фактичним результатом впливу права, його охоронної функції є правові ролі особи (потерпілого, правопорушника, обвинуваченого, захисника тощо), в яких знаходять своє втілення норми, принципи, інститути права, зокрема охоронного та регулятивного призначення.

Беручи до уваги вищезазначене, ми вправі стверджувати про внутрішньо іманентні аспекти (зокрема про ідеологічний, прагматичний й емпіричний) функцій права. Власне, йдеться про аспекти впливу права, яке визначається як ідея (завдання, мета, місія), поширюється через канали суспільного спілкування, вплив ЗМІ, сприймається кризь призму правової культури або ментальності і дістає вияв у певних правових відносинах (зокрема охоронних) та правових фактах.

Певне уявлення про ідеологічний аспект функціонального впливу права можна отримати, аналізуючи текст чинної Конституції України, в якому виокремлюються та перемешовуються організаційна (інтегративна), інформаційна, соціальна, регулятивна, виховна, економічна та охоронна функції. Зокрема, про організаційно-інтегративну функцію йдеться у статтях 3, 10, 13, 16, 17, 18, 23, 24, 44, 45, 46, 49, 52, 53, 54, 59, 91, 99, 106, 107, 116, 119, 126, 129, 130, 138, 143; соціально-економічну функцію — у статтях 1, 13, 15, 16, 21, 32, 36, 42, 44, 46, 47, 49, 85, 92, 95, 115, 116, 119, 132, 138, 143; інформаційно-комунікативну — у статтях 17, 31, 32, 34, 50, 92; культурно-виховну — у статтях 52, 92, 12, 11, 35, 36, 49, 53, 54, 66, 85, 92, 116, 119, 132, 137, 138, 143; регулятивно-аксіологічну — у статтях 6, 20, 24, 26, 29, 30, 33, 36, 39, 40, 41, 44, 45,

46, 54, 57, 67, 72, 75, 77, 76, 82, 85, 88, 91, 92, 95, 103, 106, 117, 127, 128, 137, 140, 252 Конституції України.

Прагматичний аспект функцій права впливає із завдань права у конкретний історичний період, якими забезпечуються певні інтересів. Залежність функцій права від його завдань та інтересів дістає вияв у тому, що, завдання та інтереси тісно пов'язані між собою; вони часто безпосередньо обумовлюють саме існування функцій; визначають їх зміст і, а також, суттєво впливають на історично обумовлені форми їх реалізації, на функціонування певних державних інституцій. Отже, функції й функціонування права є пов'язаними проявами його дії. [3, 319]. У цьому зв'язку, на нашу думку, необхідно розрізнити основні та похідні завдання функцій права. Перші, так би мовити, основні завдання, відбиваються, на нашу думку, в принципах політики держави (внутрішньої, соціальної, кримінально-правові), напрямках та стилі управлінської діяльності (авторитарному, демократичному, правовому або, навпаки, позаправовому). Інші, або похідні, завдання втілюються у правових режимах, певному напрямку діяльності (обвинувальному — в досудовому слідстві чи каральному — у внутрішній політиці держави, системі захисту прав і свобод людини, вертикально підпорядкованій бюджетній політиці, у певних засобах підтримки національної валюти, забезпечення митних режимів, захисті вітчизняного товаровиробника тощо) і спираються саме на конституційні принципи державної внутрішньої політики.

Прагматичний аспект функцій права, в свою чергу, також базується на засобах, способах, ресурсах державної діяльності. Процеси, режими, а також об'єкти, з приводу й навколо яких формуються функції права, визначають певною мірою властивості цих функцій, їх роль і межі впливу на законодавчу систему, на внутрішню політику, практику правозастосування.

Іманентно емпіричний аспект функцій права закріплений у політичних і пра-

вових документах, у програмах і державних концепціях перетворень в Українській державі; багато положень, безпосередньо пов'язаних з емпіричним аспектом функцій права, міститься у статусних законах, зокрема про діяльність органів міліції, про прокуратуру, про судоустрій, про банки і банківську діяльність, про систему виконавчого провадження, виконання покарань тощо. Емпірично поширення тих чи інших правових відносин і правових фактів обумовлено наявністю або появою нових систематизованих (консолідованих, кодифікованих або інкорпорованих) нормативно-правових актів. Йдеться про соціальне призначення правотворчості, яка встановлює певні стандарти, вимоги до правової поведінки, а не про «дарування» юридичним або фізичним особам певних можливостей або благ. Ми маємо на увазі саме об'єктивне право, на підставі якого вимальовуються стандартні правові ролі, в яких будь-яка особа виступає як правоактивний суб'єкт [4, 14].

Вплив функцій права реалізується через дотримання норм та принципів, виконання вимог права, здійснення правових ролей, реальну участь громадян у відносинах між державою та державними інституціями. Вплив права на суспільні відносини полягає у виробленні постійних багатовекторних каналів спілкування громадян і публічних інституцій з приводу реалізації правових вимог, вказівок, настанов. І якщо способи впливу права є більш визначеними, то форми цього впливу є менш визначеними і можуть розглядатися як складова правової ментальності, фахової культури правників. Під формою впливу або реалізації функцій права, на нашу думку, треба розуміти соціальний образ права, зокрема його культурний зріз, що базується на культивуванні традиційних, звичних способів, методів або прийомів регуляції або охорони суспільних або індивідуальних цінностей. Охоронна функція права, яка тісно пов'язана з питання кваліфікації діянь, реалізуються в правових реаліях, таких як репресія, кара, обвинувачення

у вчиненні злочину, захист від обвинувачення, призначення покарання, обмеженні прав людини тощо; її дія залежить від політичних, правових, культурних, правових, соціальних та етносоціальних інтересів, традицій, звичаїв.

Питання реалізації охоронної функції права передбачає виконання певних інституціональних завдань, поєднання методів здійснення державної діяльності, зокрема правотворчості, державного управління, державного контролю, правосуддя, правоохоронної діяльності. Наголошуючи на проблемі впливу і реалізації охоронної функції права, ми привертаємо увагу на її подвійній залежності. По-перше, вона пов'язана з інституціональним забезпеченням, функціонуванням держави, її уповноважених органів. Йдеться про такі її властивості як обов'язковість, публічність, цілеспрямованість, що характеризують певні функції, охоронну зокрема. По-друге, реалізація цієї функції залежать не тільки від держави, а і від системи права, від якості права взагалі. Мається на увазі такий юрисдикційний процес, який характеризується стабільністю, координованістю, чіткою структурою його норм і інститутів.

У теоретичних джерелах поняття функції права кореспондуються з розумінням їх як дії права, тобто як спрямовуючого активного впливу права на суспільні відносини в межах певного простору, часу і кола осіб [5, 414]. Але дія права стосується не лише окремих норм, а й всієї правової системи, а отже має внутрішній та зовнішній аспекти. Перший пов'язаний із сприйняттям права його адресатами, а другий — з методами та способами, за якими відбувається вплив права, а також з формами правомірної поведінки управомочених та зобов'язаних суб'єктів. Тому ефективна дія права не може не базуватися на суспільних потребах та інтересах людини. Водночас, на дію права впливає й діяльність держави, яка акумулює інструменти правової регуляції й застосовує їх для досягнення цілей права. Оскільки впорядкованість суспільних відносин, їх системність і динамізм є

необхідними умовами функціонування й розвитку суспільства, то функції права полягають, у тому числі, й в упорядкуванні суспільних відносин, наданні їм більшої стабільності, прогнозованості й унормованості. Чи не головним в аспекті дії права є акумулювання його функцій, охоронної зокрема у напрямі ефективної реалізації прав громадян і розвиток громадянського суспільства. Таким чином питання правового впливу у контексті кваліфікації діянь переходить у площину правового регулювання. Важливо уточнити поняття «регулювання» і «вплив». І перше, і друге базуються на активній інтегруючій та організуючій ролі права. Однак за обсягом поняття «вплив» є більш широким, охоплює дії та взаємодії міжсуб'єктного значення, які можуть мати нормативний, соціальний, природний характер. Водночас, правове регулювання — це окремий спрямований спосіб (сукупність певних видів і форм) впливу права на суспільні відносини, соціальну поведінку і свідомість людей. Але, якщо поняття «правовий вплив» не викликає особливих зауважень і дискусій, окрім того, що до його складу не завжди включають правову ідеологію і виховання, то поняття «правове регулювання» є дискусійним як щодо змісту, так і щодо окремих видів регулювання. Під правовим впливом розуміється результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини широкого спектра правових засобів (норм права, правових відносин, актів застосування права), а також інших правових явищ (правової свідомості, правової культури, правових принципів, правотворчості). Під правовим регулюванням російські теоретики розуміють регулювання суспільних відносин шляхом специфічних правових засобів, а саме норм права, правових відносин, актів реалізації права [6, 93—95]. Українські вчені — теоретики права розглядають поняття правового регулювання в дещо іншому ракурсі. Так, правове регулювання, на думку авторів академічного курсу з теорії держави та права, — це певний процес, об'єктивними та суб'єктивними чинниками якого ви-

ступують рівень зрілості та стійкості суспільних відносин, рівень соціальної структури суспільства, стан економічного розвитку суспільства, загальний рівень правової культури населення тощо. До того ж правове регулювання відрізняється від правового впливу тим, що останній пов'язаний з тими суспільними відносинами, які не регулюються правом, але на які поширюється його дія. При цьому правовий вплив включає не тільки правові засоби впливу на суспільне життя, а й інформаційні, виховні, ідеологічні, тощо. Щодо розуміння його структури між російськими та українськими теоретиками розбіжностей практично немає: правовий вплив включає правосвідомість, правову культуру, правові принципи, правотворчий процес, механізм правового регулювання [3, 297].

Правове регулювання є відмінними від правового впливу саме за предметом впливу та предметом регулювання. Перше, тобто правове регулювання, є вужчим, ніж другий, оскільки до останнього належать також соціальні відносини, інші явища, які не охоплюються правовим регулюванням. Нагадаємо, що правове регулювання, на відміну від правового впливу, пов'язане з встановленням конкретних прав та обов'язків, з приписами про необхідне, можливе, неприпустиме або заборонене.

Кваліфікація в структурі дії права, зокрема кваліфікація злочинів, малозначних діянь, діянь вчинених за обставин, що виключають злочинність діяння, кваліфікація адміністративних, господарських дисциплінарних, фінансових, земельних, інформаційних, цивільно-правових правопорушень тощо є одним із способів застосування права. Поширеність цього способу застосування права є досить значною. Так, за даними Держкомстату України у 2008 році було зареєстровано 390162 злочинів, засуджено 146858 осіб, притягнуто до адміністративної відповідальності 9874,9 тис. осіб, розглянутих судами (з постановленням рішення) 1680,2 тис. цивільних справ. При чому дані щодо зареєстрованих злочинів подаються на основі фактів офіцій-

ної реєстрації органами внутрішніх справ та податкової міліції; дані про засуджених осіб — на основі фактів офіційної реєстрації судами всіх видів; дані про кількість осіб притягнутих до адміністративної відповідальності — на основі фактів офіційної реєстрації органами, що уповноважені розглядати справи згідно Кодексу України про адміністративні правопорушення; дані про кількість цивільних справ розглянутих судами (з постановленням рішення) - на основі фактів офіційної реєстрації судами всіх рівнів [7]. Також щороку збільшується і цивільно-правовий оборот, в структурі якого велике місце займають питання виконання цивільно-правових зобов'язань, майнового обороту взагалі, притягнення до відповідальності осіб, які не виконують свої зобов'язання. По кожному такому випадку суб'єктом застосування права приймаються рішення, при якому здійснюється кваліфікація діяння, тобто встановлюється чи є в тій чи іншій дії або бездіяльності достатньо ознак злочину, малозначного діяння, діяння, вчиненого за обставин, що усувають злочинність діяння або ознак перерахованих видів правопорушень. В.О. Навроцький цілком справедливо відносить кваліфікацію до способів застосування права, зокрема кримінально-правова кваліфікація є лише частковим випадком юридичної кваліфікації [8, 8—14]. В процесі кваліфікації відбувається накопичення і аналіз правової інформації щодо діяння, його суб'єкту, соціальних та правових наслідків, спричиненої шкоди, порушених правових норм та відносин тощо. Кваліфікація діянь відбувається, як відомо, в процесуальній формі і документується як певний юридичний факт, у зв'язку з чим виникають, змінюються або припиняються певні правовідносини. Такий факт має бути доказом, тобто кожен юридичний факт, який є складовою частиною у складі правопорушення, відповідальності, обмеження прав повинен фіксуватися і доказуватися.

Кваліфікація діянь відноситься до способів охоронного регулювання право-

вих відносин і, водночас, є вагомим засобом впливу права, неодмінною складовою юрисдикційного процесу. Кваліфікація набуває офіційного характеру, оскільки відбувається на підставі норм закону, вчинюється уповноваженим органом або службовою особою, має обов'язкове значення. Серед інших суспільних регуляторів охоронні правові норми набувають пріоритету стосовно норм моралі, технічних правил, релігійних заповідей, законів економіки. Органами, які впроваджують єдині правила і процедури кваліфікації, обирають засоби правового регулювання у випадках порушення права є органи кримінальної юрисдикції (суд, правоохоронні органи, органи прокуратури, контролюючі органи)¹. Цілоком ґрунтовно остає питання про участь адвокатури у процесі кваліфікації, набуття кваліфікаційних процедур легітимного, достовірного, ґрунтового характеру. У такому контексті охоронне регулювання правових відносин набуває легітимного сенсу, оскільки за умови участі в ньому адвокатури кваліфікація діянь не має ознак силового впливу, і взагалі не має нічого спільного із «зовнішнім впливом», «втручанням права» у суспільні відносини, руйнацією механізмів саморегуляції тощо. Необхідність участі адвокатури у процесі офіційної кваліфікації потсає у звязку зі значним поширенням дискреційних повноважень органів юстиції, яка останнім часом стає доволі гострою, оскільки судові, правоохоронні органи часто густо вдаються до помилок, які визнаються лише як порушення законності, хоча при цьому порушуються і інші принципи правового регулювання, зокрема, верховенства права, правової безпеки особи і держави. У цьому зв'язку великого значення набуває суве-

¹ В широкому сенсі під кримінальною юрисдикцією можна розуміти встановлену у законодавстві систему повноважень державних органів вирішувати певні справи і розглядати порушення права, надавати офіційну оцінку діянь, застосовувати санкції або заходи відповідальності, вживати контрольні заходи в процесі проведення перевірок, ревізій, державного аудиту, моніторингу, інспектування тощо, щодо предмету яких мають місце ознаки правопорушень, за які встановлена кримінальна відповідальність — автор.

ренний статус адвокатури, як суб'єкту реалізації функцій права, охоронної функції зокрема [9, 34—49].

Потрібно зазначити, що питання юридичних фактів, яке вивчається переважно в процесуальних аспектах, включає фіксацію, відображення, доказові межі цих фактів тощо. В загально-правовому аспекті велике значення має класифікація юридичних фактів, оскільки вони значно відрізняються між собою за правовою природою (серед юридичних фактів у цьому аспекті розрізняють події, дії, правові стани, режими, статуси тощо), галузеву (господарсько-правові, цивільно-правові, фінансово-правові, адміністративні або адміністративно-правові тощо), а от же мають і різне значення для результатів кваліфікації. До того ж до компетенції безпосереднього правозастосовника, якій може вчинювати кваліфікацію діянь не завжди входять повноваження розгляду питання щодо застосування санкцій, притягнення правопорушників до відповідальності, відновлення порушеного стану тощо оскільки він може мати лише контрольні, а не правоохоронні повноваження. Актуальним є питання звуження меж розсуду правозастосовника, якій за будь якої можливості має бути обмеженими, оскільки не може виходити за межі принципів правової безпеки особи, законності, індивідуалізації відповідальності, економії репресії тощо. Отже кваліфікація діянь набуває легітимного характеру не тільки як офіційна оцінка діянь, але й як достовірна, обґрунтована доказувана діяльність органів кримінальної юрисдикції та адвокатури.

Список використаної літератури:

1. Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петрішин, Л. В. Авраменко [та ін.]; за ред. В. М. Цвіка, О. В. Петрішина. — Харків: Право, 2009. — 584 с.
2. Юридична енциклопедія: [в 6 т. Т. 6: Т—Я] / редкол.: Ю. С. Шемшученко (го-

лова редкол) [та ін.] — К.: Вид-во: Українська енциклопедія, 2004. — 768 с.

3. Теорія держави і права. Академічний курс: [Підручник; 2-е вид. перероб., доповн.] / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — Київ.: Юрінком Інтер, 2008. — 688 с.

4. Ковальський В.С., Козинцев І.П. Правотворчість: теоретичні та логічні засади: [Монографія] / В.С. Ковальський, І.П. Козинцев. — К.: Юрінком Інтер, 2005. — 192 с.

5. Проблемы общей теории права и государства: [Учебник для вузов] / Под общей ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2004. — 832 с.

6. Общая теория государства и права: [Академический курс в трех томах. Т 2.] /

отв. ред. М.Н. Марченко. — М. Норма, 2007. — 804 с.

7. Офіційний сайт Державного комітету статистики України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://ukrstat.gov.ua/>

8. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації: [Навч. посібник] / В.О. Навроцький. — К.: Юрінком Інтер, 2009. — 462 с.

9. Варфоломеева Т.В., Гончаренко С.В. Адвокатура в Україні / Т.В. Варфоломеева, С.В. Гончаренко / Бюлетень Законодавства і юридичної практики України. — Юрінком Інтер, 2010. — 386 с.

*О.М. САРНАВСЬКИЙ,
кандидат юридичних наук, начальник відділу
Центрального науково-дослідного інституту
Збройних Сил України, полковник юстиції*

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОЦІНКИ СУСПІЛЬНО-НЕБЕЗПЕЧНИХ ДІЯНЬ, ВЧИНЕНИХ У ВІЙСЬКОВІЙ СФЕРІ

Одним із видів юридичної кваліфікації є кримінально-правова кваліфікація. В.О. Навроцький констатує: «Кримінально-правова кваліфікація здійснюється стосовно фактичних обставин, які свідчать про заподіяння істотної шкоди або загрозу такої шкоди та протиправність котрих передбачена Особливою частиною кримінального законодавства» [1, 50]. За радянських часів, а також і в сучасний період, науковцями приділялось достатньо багато уваги дослідженню питань кримінально-правової кваліфікації, однак з огляду на її складність по багатьох питаннях досягти однозначності у підходах так і не вдалося. Законодавчо визначених правил кримінально-правової кваліфікації не існує. Правоохоронні та судові органи здійснюють її, керуючись традиційними підходами, у тому числі і виробленими ще й за радянських часів. Звичайно таким же чином здійснюється й кримінально-правова оцінка суспільно-небезпечних діянь, вчинених і у військовій сфері.

Чинний Кримінальний кодекс України (далі — КК) зберіг в Особливій частині окремий розділ (раніше глава) XIX «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)», яким передбачається відповідальність за вчинення військових злочинів. Однак він зазнав певних змін у порівнянні із відповідною главою «Військові злочини» Кримінального кодексу України 1960 р. Деякі статті цієї глави законодавцем до розділу XIX КК включено не було, деякі — набули конструкційного удоскона-

лення. Крім того, у цьому розділі з'явилися й статті-новели.

Аналіз практики застосування статей розділу XIX КК свідчить про наявність багатьох проблем, які виникають у правозастосовчих органах, у тому числі і у питаннях кримінально-правової кваліфікації. Проблемними та такими, що потребують наукових досліджень, залишаються питання щодо відмежування військових злочинів від суміжних з ними злочинів. Особливою актуальністю відзначаються також і питання стосовно необхідності розширення кола суб'єктів злочинів, що заподіюють шкоду або створюють загрозу заподіяння такої шкоди суспільним відносинам у сфері забезпечення виконання військовими формуваннями України покладених на них конституційних завдань та функцій.

Чинний КК успадкував від свого попередника — Кримінального кодексу України 1960 р. — визначення поняття військового злочину (із певними змінами). Згідно ч. 1 статті 401 КК військовими злочинами визнаються передбачені цим розділом (розділом XIX) злочини проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними під час проходження ними навчальних (чи перевірних) або спеціальних зборів. Як зазначають М.І. Панов, Н.О. Гуторова, родові поняття окремих груп злочинів, передбачених у розділах Особливої частини КК, є поняттями доктринальними. Вони виступають науковими логіко-юридичними абстракці-

ями, які виконують важливу функцію засобів наукового пізнання соціально-правових явищ. Винятком є закріплення в законі родового поняття злочинів проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) [2, 296].

З огляду на законодавче визначення поняття військового злочину у статті 401 КК, суб'єктами злочинів, передбачених розділом XIX КК, не можуть визнаватись (за винятком співучасті) цивільні особи. Однак реалії сьогодення, тенденція збільшення правопорушень злочинного характеру у військових формуваннях, скоєних саме цією категорією осіб, тяжкість суспільно-небезпечних наслідків таких правопорушень потребують наукового дослідження щодо доцільності законодавчого перегляду положень цієї статті. В останні роки на етапах реформування Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, значна кількість посад, які раніше підлягали заміщенню лише військовослужбовцями, стала заміщатись цивільними особами. Не стали виключенням і посади, на яких діяльність посадових осіб є визначальною для боєготовності військових формувань та спроможності їх виконувати конституційні завдання та функції. Статистичні дані свідчать, що цивільні особи, які обіймають такі посади у військових формуваннях, вчиняють різноманітні за класифікацією злочини, у тому числі й тяжкі та особливо тяжкі. Така статистика є додатковою аргументацією на користь позиції про необхідність проведення досліджень щодо доцільності законодавчого перегляду положень ст. 401 КК.

Крім проблем кваліфікації військових злочинів, що мають відношення до розділу в цілому, існує ряд проблем у кваліфікації і по окремих злочинах, передбачених цим розділом. Аналіз результатів правозастосування, а також теоретичні дослідження, свідчать про недосконалість конструкції деяких із статей цього розділу, що і породжує ці проблеми.

Так, однією із таких статей є стаття-новела 410 «Викрадення, привласнення,

вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем» КК. Однією із особливостей конструкції цієї статті є значний перелік форм та способів злочинного посягання. У ч. 1 ст. 410 КК законодавець зазначив чотири форми злочинного посягання: викрадення, привласнення, вимагання та заволодіння певним способом (шляхом шахрайства). Ці форми злочинного посягання зазначені альтернативно. У ч. 2 цієї статті додатково не зазначено жодної форми злочинного посягання. При цьому слід зауважити, що законодавець сконструював диспозицію ч. 2 статті 410 КК таким чином, що зловживання службовим становищем є способом всіх форм злочинної дії, передбачених ч. 1 цієї статті. Така конструкція є оригінальною, адже в інших статтях КК, у яких передбачені аналогічні форми злочинного посягання, зокрема у статтях 262, 312, 313 та 357 КК, заволодіння шляхом зловживання службовим становищем є не способом злочинного посягання, а окремою самостійною формою злочинної дії поряд із викраденням, вимаганням, привласненням і т. ін. Слід визнати, що така непослідовність з боку законодавця є недоліком законодавчої техніки. Додатковим аргументом на користь такого висновку є й те, що на відміну від диспозиції ч. 2 статті 410 КК законодавець у назві цієї ж статті заволодіння шляхом зловживання службовим становищем зазначив як окрему самостійну форму злочинного посягання.

Помилки у правозастосуванні статті 410 КК у деяких випадках пов'язані і з недосконалістю її законодавчої конструкції і у частині зазначення предмета злочину. Так, частиною 3 цієї статті передбачається відповідальність за вчинення розбою з метою заволодіння лише зброєю, бойовими припасами, вибуховими чи іншими бойовими речовинами, засобами пе-

ресування, військовою та спеціальною технікою. За вчинення ж розбою з метою заволодіння іншим військовим майном відповідальність не встановлена. «Інше військове майно» відповідно до законодавчої конструкції ч. 3 статті 410 КК не є також предметом і вимагання, поєданого з насильством, небезпечним для життя і здоров'я потерпілого.

На сьогодні рівень злочинності у військовій сфері залишається досить високим. Динаміка зниження спостерігається лише по деяким окремим військовим злочинам (стаття 407 «Самовільне залишення військової частини або місця служби», стаття 408 «Дезертирство»). Ефективність протидії такій злочинності залежить від

багатьох чинників. Одним із таких чинників є правильність кримінально-правової оцінки суспільно-небезпечних діянь, вчинених у військовій сфері.

Список використаної літератури:

1. *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: Навч. посібник / В.О. Навроцький. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 704 с.
2. *Панов М.І., Гуторова Н.О.* Методологічні засади дослідження проблем Особливої частини кримінального права / М.І. Панов, Н.О. Гуторова // Вісник Академії правових наук України. — 2009. — № 1.

*В. Т. ДЗЮБА,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

ЗНАЧЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ОЗНАК ПОТЕРПІЛОГО (ЖЕРТВИ, ПОСТРАЖДАЛОГО) ПРИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ КВАЛІФІКАЦІЇ

На сьогодні в Україні відбувається переусвідомлення соціальних цінностей, роль та значення багатьох інститутів права, вироблення дієвих механізмів охорони та захисту людини. На перше місце виходить обов'язок як державних інституцій, так і держави створити нормативно-правову систему охорони і захисту фізичних і юридичних осіб від кримінально-правових посягань за участю органів кримінальної юстиції, юридичних наукових закладів, широкого кола фахівців кримінального права.

Практичне застосування кримінального законодавства реалізується в процесі здійснення юридичної кваліфікації. Кваліфікація, зокрема кримінально-правова, — перш за все процес тлумачення (пізнання) та застосування юридичних і правових норм з дотриманням правових принципів, що утворюють основу тієї чи іншої правової системи.

Під кримінально-правовою кваліфікацією ми розуміємо практичну або наукову реалізацію охоронної функції кримінального законодавства відповідно до принципів, методів та способів застосування норм чинного кримінального та базового законодавства, інших нормативно-правових актів.

З майже 3 мільйонів повідомлень і заяв про вчиненні правопорушення з ознаками злочинів, кримінальні справи порушуються щодо півмільйона кримінально-правових посягань. Потерпілими визнаються близько 300 тис. осіб. Майже стільки осіб притягуються до кримінальної відповідальності, з яких менше 200 тис. засуджуються, інші звільняються від відпо-

відальності та покарання. До 500 — 900 осіб застосовуються примусові заходи медичного характеру. На нове розслідування направляється до 30 тис. кримінальних справ, а більше 100 тис. справ суди відкладають розгляд через неявку учасників процесу, зокрема і потерпілих.

З цього слідує, що в українському кримінальному законодавстві наявний неприпустимий дисбаланс прав потерпілих, жертв, постраждалих до обвинувачених (засуджених).

Виникає закономірне питання: за якими юридичними критеріями іде «просів» цих юридичних фактів, їх видова класифікація, які особи, органи тощо мають право це здійснювати та давати їм офіційну державну оцінку, реалізовувати передбачені Конституцією та чинним законодавством України функції держави у публічному секторі.

Особливістю цього феномена є те, що, з одного боку, у осіб, які представляють функції держави у публічному секторі права, виникає обов'язки та права по реалізації наданих їм функцій вжити певні дії: 1) до осіб, що вчинили кримінально-правове посягання, відповідні заходи примусу; 2) до осіб, щодо яких мало місце кримінально-правове посягання — здійснити обов'язкові дії охоронного та захисного (юридичного та фізичного) характеру; 3) до осіб, які зазнали кримінально-правового впливу — заходів юридичного характеру.

Одним із важливих засобів захисту зазначених природних та соціальних ціннос-

тей людини є Кримінальний кодекс України (далі — КК), який на нормативному рівні закріпив положення про захист людини і громадянина від таких кримінально-правових посягань: 1) злочину (ч. 1 ст. 11 КК); 2) суспільно-небезпечних діянь, що підпадають під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК, вчинених у стані неосудності (ст.ст. 92, 93 КК), або особою, яка не досягла віку з якого може наставати кримінальна відповідальність (ч. 2 ст. 97 КК).

Положення ч. 2 ст. 11 КК з очевидністю засвідчують про те, що потерпілими від кримінально-правових посягань можуть бути: фізичні чи юридичні особи, суспільство або держава. Такий підхід законодавця закріпив надзвичайно важливий концептуальний підхід до визначення підстав кримінальної відповідальності; що слід визнавати злочином, а що суспільно-небезпечним діянням; кримінально-правових відносин; визначення їх суб'єктивного складу та інші важливі кримінально-правові положення.

Загальновідомо, що злочин, як різновид соціального конфлікту, завдає або створює реальну і об'єктивну загрозу заподіяння шкоди морального, фізичного або матеріального (майнового) характеру особам які зазнали кримінально-правового посягання.

Цей правовий постулат є декларативним за формою і юридично нереалізованим. Підтвердженням цього є те, що хоча об'єкти кримінально-правової охорони (людина, суспільство, держава) і названі в ч. 2 ст. 11 КК, проте механізм їх охорони та захисту від кримінально-правових посягань відсутній як в нормах Загальної так і Особливої частини КК. Також, на відміну від суб'єкта злочину, правовий статус якого визначено і закріплено нормами Загальної і Особливої частини КК, правовий статус особи, яка зазнала кримінально-правового посягання не визначено, захист не гарантовано.

У цьому контексті особливого значення набуває проблема визначення юри-

дичного змісту «потерпілого», «жертви», «постраждалого», якими визначаються особи, які зазнали кримінально — правового посягання, оскільки без цього здійснити кримінально-правову кваліфікацію неможливо.

В науці кримінального права матеріальне поняття «потерпілий» розглядається в переважній більшості з позицій його кримінально-процесуального визначення. Такий підхід є хибний, оскільки не узгоджується із завданнями КК, положеннями Конституції України щодо охорони і захисту людини, суспільства, держави; матеріально — правового статусу потерпілого, обумовленого кримінально-правовими відносинами, породженими юридичними фактами, стадіями вчинення умисного злочину, кримінально-правовою шкодою, заподіяною умисним або необережним кримінально-правовим посяганням, вчинення злочину у співучасті або групового злочину тощо.

В юридичній літературі поняття «потерпілий», як категорії кримінально-правової, ототожнюється з категоріями «постраждалий», «жертва» та за їх допомогою визначають кримінально-правові ознаки осіб: 1) яким заподіяно моральну, фізичну, майнову шкоду або вони були поставлені в загрозу заподіяння такої шкоди; 2) яким: а) заподіяно смерть (вбивство), б) спричинена смерть або загибель людей; 3) які зазнали посягання з боку неосудних або осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності; 4) яким заподіяна шкода правомірним вчинком (необхідна оборона, затримання злочинця) — жертви правового випадку [1].

Українські науковці визначають потерпілого: 1) предметом злочинного впливу, що полегшує з'ясування «механізму» завдання шкоди самому об'єкту, а також сприяє встановленню розміру і характеру наслідків суспільно небезпечного діяння; 2) потерпілий — це матеріальний субстрат, а тому визначається як предмет злочину; 3) потерпілий — це соціальний суб'єкт (фізична чи юридична особа, держава, інше

соціальне утворення або ж суспільство в цілому), блага, праву чи інтересу якого, що знаходиться під охороною кримінального закону злочином заподіюється шкода, або створюється загроза такої [2].

Визнання потерпілого соціальним суб'єктом, «матеріальним субстратом», предметом злочину суперечить Конституції України (Розділ II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина»).

Потерпілий від кримінально-правового посягання, яке утворює юридичний факт, — це фізична або юридична особа, якій заподіяно моральну, фізичну або матеріальну шкоду, або вона була поставлена в умови заподіяння об'єктивної і реальної шкоди вказаного характеру. Він є суб'єктом кримінально-правових відносин відповідно до чинного законодавства, йому надані нормативні підстави впливати на юридичні наслідки осіб, які вчинили таке посягання.

Для кримінального права потерпілий, жертва, постраждалий і юридичний факт, який має ознаки кримінально-правового посягання, взаємопов'язані та взаємообумовлені (співвідносні поняття), оскільки їх об'єднують правовідносини. Юридичний факт є першопричиною застосування норм галузевого законодавства, спрямованих на захист фізичних і юридичних осіб; однією із підстав притягнення до відповідальності правопорушників.

Суб'єктами кримінально-правових відносин можуть бути: активним — держава в особі відповідних інституцій; активно-пасивний — потерпілий (постраждалий); пасивно-активний — особа, яка вчинила кримінально-правове посягання.

Зважаючи на ці обставини, вважаю, що суб'єктами кримінально-правових відносин слід визнавати: 1) фізичних осіб, які вчинили кримінально-правове посягання; 2) потерпілих; 3) державу в особі певних органів, інституцій тощо; 4) суспільство в особі його складових: нації, народності, територіальної громади тощо.

При дослідженні поняття «жертва», «жертва злочину» зазначимо, що в літера-

турі з кримінального права, кримінального процесу, віктимології застосовуються поняття: потерпілий, постраждалий, жертва — у переважній більшості ці поняття ототожнюються, при суттєвій відмінності їх змісту.

Дослідники не враховують того, що поняття «жертва» неоднозначне, багатокомпонентне, аналізують його, не враховуючи саме всю сукупність притаманних їй юридичних ознак, особливо кримінально-правових і які і визначають правовий статус та юридичні наслідки для осіб, що вчинили кримінально-правове посягання.

Дослідження міжнародно-правових, європейських нормативно-правових актів, чинного законодавства України, наукових праць цивілістів, криміналістів та інших фахівців права дають підстави стверджувати, що категорія «жертва», «жертва злочину», «жертва кримінально-правового посягання» не визначена, юридичні ознаки фізичних осіб, які стали жертвами, не знайшли свого нормативного закріплення.

Жертва злочину — будь-яка фізична особа, щодо якої мало місце кримінально-правове посягання, яке заподіяло або спричинило смерть, або тяжку психологічну та фізичну шкоду особі, внаслідок якої вона стала неспроможна особисто або за допомогою певних фахівців реалізувати суб'єктивні права.

Особливу складність визначення особи потерпілою або постраждалою виникає в разі вчинення кримінально-правового посягання неосудною особою або не суб'єктом злочину. В науці кримінального права є загальновизнаним положення про те, що визнавати потерпілою особу, яка зазнала кримінально-правового посягання, вчиненого неосудною особою, не суб'єктом злочину, в наслідок акту необхідної оборони або ситуації суб'єктивного випадку (казусу), оскільки зазначені особи не можуть виступати суб'єктами кримінально-правових відносин, немає.

На мій погляд, осіб, яким заподіяна шкода, слід визнавати постраждалими як опосередкованими суб'єктами

кримінально-правових відносин [4].

З урахуванням наведеного, вважаємо, що такі особи мають відзначитись поняттям «**постраждалий**». Постраждалий — це фізична або юридична особа, а також сукупність фізичних осіб: пасажери, шахтарі, робітники, населення, релігійна, расова, етнічна група, нація або суспільство в цілому, яким внаслідок явища, події або вчинку, у якому вбачаються/не вбачаються ознаки кримінально-правового посягання, якими заподіяні тяжкі наслідки морального, фізичного, майнового характеру або вони спричинили катастрофу.

Аналіз кримінального законодавства, наукових джерел, застосування норм КК України дає підстави зазначити, що завдання, сформульовані в ст. 1 КК України, зобов'язують як державу, так і суспільство, наукову громадськість здійснити наступне:

1. Сформулювати та нормативно закріпити Програму охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які зазнали кримінально-правового посягання.

2. Для усунення дисбалансу прав і законних інтересів особи, яка вчинила посягання, і особи, яка зазнала посягання, на нормативному рівні (КК, КПК ін.), визнати їх суб'єктами кримінально-правових відносин з наданням процесуальних переваг законотворчому потерпілому, створивши презумпцію правоти і пріоритетність прав потерпілого.

3. На рівні КК України регламентувати в окремих нормах Особливої частини під-

стави порушення кримінальної справи виключно за заявою або скаргою особи, яка зазнала кримінально-правового посягання.

4. В КК України передбачити положення щодо відновного правосуддя в частині обов'язкової компенсації (відшкодування) потерпілому (постраждалому, жертві) завданої кримінально-правовим посяганням шкоди (без обмеження прямої дійсної шкоди).

5. В КК та КПК закріпити правовий статус представника потерпілого, жертви, постраждалого від кримінально-правового посягання.

Список використаної літератури:

1. *Сидоренко Э.Л., Карабут М.А.* Частные начала в уголовном праве. — СПб: Издат. Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2007. — 212 с.

2. *Сенаторов М.В.* Потерпілий від злочину в кримінальному праві: монографія / за наук. ред В.І. Борисова. — Харків: Право, 2006. — С. 60. — 208 с.

3. *Христенко В.Е.* Психология жертв: учеб. пособие. — Харків: Консум, 2001. — С. 22—39. — 256 с.

4. Соціальний захист постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи: Зб. нормат. актів / упоряд. Г.І. Балюк. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — 304 с.

О.М. ГРУДЗУР,
ад'юнкт

(Київський національний університет внутрішніх справ)

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ДАВАННЯ ТА ОДЕРЖАННЯ ХАБАРА, ЯКІ ВЧИНЕНІ ЗА УМОВ ПРОВОКАЦІЇ

На сьогодні, беззаперечно актуальними є питання кримінальної відповідальності за злочини, пов'язані з хабарництвом. Про це, наприклад, свідчать численні публікації в засобах масової інформації, наукові дискусії та законопроекти, подані на розгляд Верховної Ради України. Підвищену цікавість зумовлюють також Закони України «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» і «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», які були прийняті 11 червня 2009 р. та мають вступити в дію з 1 січня 2011 р. Зауважимо, що їх прийняття є досить неоднозначним та породжує ряд незгодженостей. Однак, проблеми кримінальної відповідальності за злочини, пов'язані з хабарництвом не обмежуються цими законами.

Зокрема, доволі дискусійними є питання кримінальної відповідальності за провокацію хабара, а також проблеми кваліфікації давання чи одержання хабара, які вчинені за умов провокації.

Так, провокація хабара, відповідальність за яку, передбачена ст. 370 Кримінально кодексу (далі — КК) України, полягає у створенні обставин та умов, що зумовлюють пропонування чи одержання хабара. Іншими словами, давання чи одержання хабара вчиняється під впливом штучно створених обставин та умов. В свою чергу, останні впливають саме на формування умислу особи дати або одержати хабар.

У зв'язку з цим, виникає запитання: як кваліфікувати таке давання чи одержання хабара?

Наука кримінального права та правозастосовна практика однозначно вказують, що такі діяння підлягають кримінальній відповідальності на загальних засадах. Про це зазначається і в п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р. [1].

Утім, у цьому випадку взагалі не приймається до уваги, що давання чи одержання хабара, за умов провокації, вчиняється під впливом штучно створених обставин.

Пояснюється це тим, що створені обставини і умови, які зумовлюють давання чи одержання хабара не виключають можливості провокованої особи керувати своїми діями (відсутній фізичний чи психічний примус). Відтак відсутня і обставина, яка виключає злочинність діяння (ст. 40 КК України). Характерно, при провокації хабара відчутні й інші обставини, що виключають злочинність діяння, а також підстави звільнення від кримінальної відповідальності.

Більше того, давання та одержання хабара, в будь-якому випадку, вчиняється з прямим умислом (особа усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх діянь і бажає їх вчинити). Тому, беззаперечно, що провокація не виключає відповідальності за давання чи одержання хабара і така відповідальність настає на загальних засадах. Тобто, дії особи, яка дала (одержала) ха-

бар кваліфікуються за відповідними частинами ст. 369 (ст. 368) КК України. Проте, це є загальним правилом, яке має власний виняток.

Таким винятком є випадки давання хабара у зв'язку з його вимаганням. Так, ч. 3 ст. 369 КК України передбачає спеціальну підставу звільнення хабародавця від кримінальної відповідальності, якщо стосовно нього мало місце вимагання хабара. Іншими словами, особа, яка дала хабар під впливом провокації, звільняється від кримінальної відповідальності, за умов, що провокація зумовила вимагання хабара або була пов'язана з ним.

Наприклад, провокатор створює обставини, що зумовлюють вимагання хабара іншою службовою особою, або ж провокуючи давання хабара, службова особа вимагає його. У цих випадках, діяння одержувача хабара мають кваліфікуватися або за ч. 2 ст. 368 КК України (провокація зумовлює вимагання хабара), або за ч. 2 ст. 368 та ч. 1 чи 2 ст. 370 КК України (провокація поєднана із вимаганням хабара). Тоді як хабародавець звільняється від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 369 КК України.

Досить важливо і те, що давання та одержання хабара, які вчиняються за умов провокації, не завжди є закінченими злочинами. Так, службова особа, яка провокує давання їй хабара, по-перше не одержує його, а по-друге, немає навіть умислу на його одержання (умислом службової особи охоплюється лише створення обставин, що зумовлюють давання хабара для подальшого викриття хабародавця). Отож, дії хабародавця спрямовані на передачу матеріальних цінностей чи на надання послуг матеріального характеру можуть розцінюватися тільки як замах на давання хабара і кваліфікуватися за ч. 2 або 3 ст. 15 та ч. 1 або 2 ст. 369 КК України.

Разом з цим, як стверджує Б.В. Волженкін, незакінченим є й одержання хабара у випадках, коли провокатор намагається сам передати незаконну матеріальну винагороду. Вчений пояснює таку точку

зору тим, що провокатор передає матеріальну винагороду не за вчинення (невчинення) службовою особою обумовлених дій, а для того, щоб зумовити одержання службовою особою хабара і викрити її в цьому. Із вказаного випливає, що у провокатора не було умислу дати хабар, а відтак службова особа може відповідати тільки за замах на одержання хабара [2, 71—72].

Однак, у цілому підтримуючи положення, що давання та одержання хабара, вчинені за умов провокації, не завжди є закінченими злочинами, ми все-таки не зовсім погоджуємось із твердженням, за яким одержання хабара не може вважатися закінченим на тій підставі, що умисел провокатора не був спрямований на давання хабара. На нашу думку, домінуючим тут є не умисел провокатора, а умисел одержувача хабара, яким саме і охоплюється одержання матеріальних цінностей за виконання чи не виконання обумовлених дій в інтересах хабародавця чи третьої особи. Окрім того, момент закінчення злочину визначається ступенем виконання об'єктивної сторони і, зовсім, не залежить від умислу провокатора.

Так, закінченим слід вважати одержання хабара, якщо у службової особи виникла можливість прямо або опосередковано розпоряджатися, володіти чи користуватися предметом хабара. Тому обґрунтовано, що одержання хабара, вчинене за умов провокації, також може бути закінченим злочином. Адже у службової особи виникає можливість прямо або опосередковано володіти, користуватися чи розпоряджатися предметом хабара, не залежно від умислу провокатора. Такі дії слід кваліфікувати тільки за відповідною частиною ст. 368 КК України. Безумовно, що у випадках, коли службова особа затримується безпосередньо під час передачі хабара, у неї ще не з'являється такої можливості, у зв'язку з чим одержання хабара не є закінченим, а діяння службової особи повинні кваліфікуватися за ч. 2 або 3 ст. 15 та відповідною частиною ст. 368 КК України.

Таким чином, провокація хабара не виключає кримінальної відповідальності за давання чи одержання хабара. При цьому, давання хабара кваліфікується тільки за ч. 1 або 2 ст. 369 КК України, а одержання тільки за відповідними частинами ст. 368 КК України. Утім, якщо провокація хабара поєднується із вимаганням або зумовлює одержання хабара поєднане з вимаганням, то хабародавець звільняється від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 369 КК України. Натомість, діяння одержувача хабара кваліфікують за ч. 2 ст. 368 КК України, а у випадку, коли він особисто вчиняє провокацію — ще й за ч. 1 або 2 ст. 370 КК України. Поряд із цим, давання та одержання хабара, вчинені при провокації, не завжди є закінченими злочинами, оскільки мета провокації (викриття того хто дав чи одержав хабар) досягається

раніше ніж службова особа одержує хабар, тобто раніше ніж у неї виникає можливість прямо або опосередковано володіти, користуватися чи розпоряджатися предметом хабара. В такому випадку, давання та одержання хабара повинні кваліфікуватися із посиленням на ч. 2 або 3 ст. 15 КК України, — як замах на давання чи одержання хабара.

Список використаної літератури:

1. Про судову практику у справах про хабарництво: постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 квітня 2002 р. // Юридичний вісник. — 2002. — № 28 (368).
2. *Волженкин Б. В.* Квалификация взятничества : учебное пособие / Б. В. Волженкин. — Л., 1984. — 100 с.

*В.М. ЮРЧИШИН,
кандидат юридичних наук, доцент,
старший радник юстиції
(Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича)*

ЮРИДИЧНА КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ — СКЛADOVA ЧАСТИНА СУДОВОЇ ПРОМОВИ ПРОКУРОРА

Курс України на створення правової держави передбачає, що вирішення питань правозастосування має здійснюватися не на підставі суб'єктивних уподобань, політичної доцільності чи інших подібних чинників, а з врахуванням об'єктивно існуючих закономірностей, на основі принципів, які не залежать від обставин конкретної справи, особи, діяння котрої кваліфікуються. Особливості гостроти це набуває у сфері боротьби із злочинністю, яка за словами Генерального прокурора України О. Медведька має тенденцію до зростання [1, 3].

Встановлення відповідних закономірностей, формулювання принципів застосування кримінального закону взагалі і кваліфікації, зокрема, на перший погляд не повинно становити особливих труднощів. Разом з тим, у теорії кримінального права, по суті, досі не приділялася увага загальним проблемам методологічного характеру, які стосуються кваліфікації усіх діянь, передбачених кримінальним законом [2, 4].

Прямим наслідком відсутності належних теоретичних підвалин є те, що чинне законодавство, по суті, не містить положень, які б регламентували порядок застосування кримінально-правових норм, у тому числі питання кваліфікації. Правила кваліфікації (на відміну від правил призначення покарання) на сьогодні не закріплені у законі, існують здебільшого у вигляді звичаїв, рекомендацій серед практичних працівників, в тому числі прокурорів.

Слово «кваліфікація» походить від двох латинських слів *quails* (якість, який за якістю) та *facio* (роблю). Таким чином, в буквальному перекладі «кваліфікація» — це визначення якості, оцінка.

У літературі з кримінального права є багато визначень поняття кваліфікації злочинів [3, 10; 4, 17; 5, 285]. На наш погляд під кваліфікацією слід розуміти оцінку діяння з точки зору нормативно-правових актів, визначення того, під яку правову норму «підпадає» дане діяння, тобто це оцінка не будь-якої поведінки людини, а та, котра передбачена нормами КК України, має логічну діяльність з боку слідчого, прокурора суду із встановленням відповідності (тотожності) між фактичними і юридичними ознаками посягання, сукупність процесів, які здійснюються відповідно до законів формальної логіки.

Кримінально-правова кваліфікація, як і будь-яка людська діяльність, характеризується специфічними учасниками (суб'єктами, котрі мають певний правовий статус), об'єктом та змістом. Тобто це офіційна діяльність, яка здійснюється уповноваженими на те органами держави — дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду, які проводять її у відповідній процесуальній формі і результати закріплюються у актах вказаних вище органів (постановах, обвинувальному висновку, вироку).

У відповідності до ч. 1 ст. 121 Конституції України на прокуратуру України по-

кладається функція підтримання державного обвинувачення в суді [6, 48].

Згідно п. 1.2 Наказу № 5 гн від 19 вересня 2005 року «Про організацію участі прокурорів у судовому розгляді кримінальних справ та підтримання державного обвинувачення» Генерального прокурора України підтримання державного обвинувачення в суді вважати службовим обов'язком кожного керівника та заступника [7, 125].

Аспекти участі прокурора в судовому розгляді кримінальних справ і підвищення якості обвинувальної діяльності прокуратури висвітлюватися в наукових працях С.А. Альперта, І.В. Вернидубова, В.П. Корж, О.Р. Михайленко, М.І. Мичка, І.В. Рогатюк, В.В. Сухонос та інших.

Виступ у судових дебатах з промовою — процесуальний і професійний обов'язок прокурора. Переконаність прокурора у винуватості підсудного зобов'язує його підтримувати висунуте органом розслідування обвинувачення і виступити у судових дебатах з промовою. У ній підбиваються підсумки досудового, судового слідства, проводиться аналіз та оцінка зібраних і досліджених у суді доказів, робляться висновки про винуватість підсудного, вносяться міркування щодо застосування кримінального закону, міри покарання підсудному. Своєю промовою прокурор повинен сприяти суду у розгляді кримінальної справи й прийнятті по ній правильного рішення. Обвинувальна промова сприяє формуванню внутрішнього переконання суддів, постановленню законних, обґрунтованих та справедливих вироків, підвищенню правової свідомості громадян, які присутні в залі судового засідання.

Успішне виконання прокурором завдань у судовому розгляді кримінальних справ залежить від якості підтримання державного обвинувачення, ступеня оволодіння ораторським мистецтвом. Всебічне, повне і об'єктивне дослідження обставин справи в ході судового слідства, аргументація доказів, обґрунтованість і справедливість суджень та висновків, використання

засобів ораторської майстерності — необхідні умови якісного підтримання державного обвинувачення.

Ще О.Ф. Коні писав про те, що прокурор — це «говорящий публічно судья» [8, 86].

Із-за невеликого обсягу тез доповіді розглянемо один із розділів структури промови прокурора в судових дебатах — правова оцінка злочину (юридична кваліфікація).

При обґрунтуванні в обвинувальній промові юридичної кваліфікації залежно від конкретних особливостей предмету кримінального переслідування, відносини до нього підсудного і характеру досліджених в суді доказів у сторони обвинувачення може виникнути необхідність звернутися до:

1. Наукових понять;
2. Правових понять;
3. Судової практики, керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду України з питань кваліфікації злочинів, правових позицій Конституційного Суду України і Європейського Суду з прав людини;
4. Наукових даних різних галузей знань (криміналістики, медицини, фармакології, одорології та ін.).

Обґрунтування юридичної кваліфікації за допомогою наукових **понять** припускає використання стороною обвинувачення розроблених юридичною наукою теоретичних основ кваліфікації злочинів.

Кожен склад злочину складається з певної кількості елементів. А злочинне діяння містить в собі характерні для нього ознаки. Тому суть обґрунтування в обвинувальній промові юридичної кваліфікації за допомогою наукових понять полягає в тому, щоб проаналізувати ті ознаки, які згідно закону характеризують даний злочин, не упустивши при цьому жодного з них і не придумавши ознак, які в ньому не містяться. Проте слід зазначити, що кваліфікація не повинна зводитися до встановлення «формального збігу або неспівпадіння ознак діяння тієї або іншої правової норми». Тому, щоб не допустити подібної помилки в за-

стосуванні кримінального закону, стороні обвинувачення в певних випадках доводиться в судовій промові робити докладний аналіз складу злочину, скоєного підсудним. Наприклад, для правильної юридичної кваліфікації у окремих справах має велике значення точне встановлення об'єкту, на який було направлено злочинне посягання. Зокрема, іноді виникає необхідність встановити, чи є об'єктом злочину в одних випадках — здоров'я особи в об'єктивному сенсі (ст. 125 КК України), а в інших — інтереси правосуддя (а вже потім інтереси особи) (ст. 383 КК України). При аналізі елементів складу злочину, що відносяться до об'єктивної сторони, стороні обвинувачення необхідно з'ясувати, яка дія або бездіяльність здійснена підсудним, які наслідки скоєного злочину, в чому полягає причинний зв'язок між злочином і його наслідком і т.д.

Велике значення для обґрунтування юридичної кваліфікації обвинувачення має використання стороною обвинувачення *правових понять*. Досить часто правильне застосування кримінально-правової норми залежить від точного трактування конкретних дій підсудного, що розцінюються, наприклад, як «особлива жорстокість». Адже якщо сторона обвинувачення доведе її обґрунтованість, то особі, що скоїла вбивство, може бути обрана міра покарання у вигляді позбавлення волі. А якщо сторона звинувачення, припустимо, при трактуванні особливої жорстокості керувалася не правовими, а суто суб'єктивними уявленнями, тоді що?

Так само сторона обвинувачення повинна використовувати правові поняття, оцінюючи їх в судовій промові, «особливо тяжкі наслідки» (ч. 2, ст. 152 КК України), «статева зрілість» (ч. 1 ст. 155 КК України) і т.д.

Кримінальний закон не розкриває змісту подібних кваліфікуючих ознак. Всі ці поняття носять оцінний характер і встановлюються у кожному конкретному випадку, виходячи з предмету кримінального переслідування.

Тому при обґрунтуванні юридичної кваліфікації сторона обвинувачення повинна точно розкрити їх правовий зміст, оскільки, визнаючи підсудного винним в скоєнні злочину за ознаками, що відносяться до оцінних категорій (тяжкі або особливо тяжкі наслідки, великий або особливо великий розмір, істотна шкода та інші), суд не повинен обмежуватися посиланням на відповідну ознаку, а зобов'язаний привести в описовій частині вироку обставини, що послужили підставою для висновку про наявність вказаної ознаки. Неправильне рішення питання про наявність або відсутність кваліфікуючих ознак злочину є найбільш частою причиною помилок, що на практиці допускаються державним обвинувачем при обґрунтуванні юридичної кваліфікації.

У окремих справах стороні обвинувачення при обґрунтуванні юридичної кваліфікації доводиться в судовій мові не тільки використовувати правові поняття, що містяться в кримінальному законі, але і звертатися до розбору окремих положень, регульованих підзаконними актами. Наприклад, склад ст. 286 КК України (Порушення правил дорожнього руху і експлуатації транспортних засобів) не можна встановити, не знаючи правил дорожнього руху, Прийнятих Кабінетом Міністрів України; ветеринарні правила визначають склад злочину, передбачений ст. 251 КК України і т.д.

Велике значення для правильного обґрунтування юридичної кваліфікації обвинувачення має використання *судової практики* по окремих категоріях справ (наприклад, про крадіжку, грабїж і розбїй; про вбивство; про хабарництво та ін.). У постановках Пленуму Верховного Суду України про судову практику дається глибокий аналіз норм права і роз'яснення з проблемних питань кваліфікації. Таким чином вища судова інстанція сприяє правильному розумінню і одноманітному застосуванню закону.

Так, Верховний Суд України постійно нагадує, наприклад, що у справах про кра-

діжку, грабіж і розбій судам належить досліджувати наявні докази з метою правильної юридичної кваліфікації дій осіб, винних в скоєнні цих злочинів, недопущення помилок, пов'язаних з неправильним тлумаченням понять таємного і відкритого розкрадань чужого майна; це ж стосується і оцінки обставин, передбачених як ознака злочину, що обтяжують покарання.

Подібні вказівки про юридичну кваліфікацію відповідних злочинів містяться в постановках Пленуму Верховного Суду від 06.11.2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 22.12.2006 р. № 10 «Про судову практику у справах про хуліганство», від 30.05.2008 р. № 5 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» та інші [16, 86, 17, 4, 18, 1].

Завдання державного обвинувача полягає в тому, щоб запропонувати суду правильну юридичну оцінку, відповідну закону і скоєному підсудним. Це завдання набуває особливого значення у разі спірності юридичної оцінки, а також у справах з складним обвинуваченням і багато-епізодністю обвинуваченням. Тут велику допомогу можуть надати роз'яснення, що містяться у постановках і ухвалах не тільки Верховного Суду України, але також Конституційного Суду України і Європейського Суду з прав людини.

У ряді випадків важливу роль в обґрунтуванні юридичної кваліфікації в судовій промові сторони обвинувачення грають наукові *dani*, що містяться у висновках різних експертів.

Висновок експерта є одним з видів доказів. Як і інші види доказів (або засобів доведення), воно є процесуальним джерелом відомостей, сприяючих правильній юридичній кваліфікації обвинувачення. Наприклад, за допомогою спеціальних пізнань у області хімії встановлюється наявність або відсутність в їжі отруйних речовин. Спираючись на висновок експерта-хіміка, сторона обвинувачення може обґрунтувати і відповідну юридичну

кваліфікацію. Для правильної кваліфікації велике значення нерідко має точне визначення розміру матеріального збитку (майнової шкоди), заподіяного злочинними діями підсудного. У таких випадках сторона обвинувачення використовує, припустимо, висновок експерта-бухгалтера, в якому дається повний розрахунок суми недостачі.

Нарешті, з метою обґрунтування кваліфікації стороною обвинувачення можуть бути використані спеціальні медичні знання - для встановлення ступеня тяжкості завданої шкоди здоров'ю або виявлення дійсної причини смерті. Нерідко судово-медична експертиза, проведена під час досудового слідства, озброює сторону обвинувачення новими, раніше невідомими фактами, які істотно міняють юридичну кваліфікацію.

Мабуть, саме зважаючи на вищевикладене Генеральна прокуратура України у своїх вказівках і наказах звертає особливу увагу на вдосконалення професійної майстерності державних обвинувачів, в першу чергу — прокурорів, що не мають достатнього досвіду участі в судових процесах. Для вирішення цього завдання пропонуємо організувати надійну систему професійного навчання; постійно удосконалювати навчально-методичний процес, привертаючи до участі в проведенні учбових заходів досвідчених практичних працівників, а там, де це можливо, - учених-юристів; вивчати і поширювати позитивний досвід роботи; упроваджувати в практику форми навчання, що добре зарекомендували себе, зокрема ділові ігри; розвивати і заохочувати творчу активність прокурорів і прагнення їх до самовдосконалення, підвищувати роль і відповідальність керівників прокуратур міської і районної ланки за якісну підготовку державних обвинувачів до участі в судових засіданнях.

Список використаної літератури:

1. Див. Медведько О. Прес-конференція Генерального прокурора України Олександра Медведька 9 жовтня 2009 року // Вісник

прокуратури. — 2009. — № 10. — С. 3

2. *Навроцький В.О.* Основи кримінально-правової кваліфікації: навч. посібник / В.О. Навроцький. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 704 с.

3. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / [за ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація]. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 494 с.

4. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / [за ред. М.І. Мельника, В.А. Климента]. — вид. 2-ге, переробл. та допов. — К.: Атіка, 2008. — 712 с.

5. Сучасне кримінальне право України: Курс лекцій / А.В. Савченко, В.В. Кузнецов, О.Ф. Штанько. — К.: Вид.ПАЛИВОДА А.В., 2005. — 604 с.

6. Конституція України. Коментар основних положень Конституції України щодо захисту прав та свобод людини і громадянина / упоряд. М.І. Хавронюк. — К.: Літера ЛТД, 2007. — 112 с.

7. Прокурорська діяльність в Україні. — Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. — 184 с.

8. *Кони А.Ф.* Уголовный процесс: Нравственные начала. — М.: Современный гуманитарный институт, 2000. — 150 с.

9. Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12. — С. 9.

10. Вісник Верховного Суду України. — 2007. — № 2. — С. 4.

11. Вісник Верховного Суду України. — 2008. — № 7. — С. 1.

*В.В. КУРДЮКОВ,
кандидат юридичних наук,
старший викладач
(Академія адвокатури України)*

ПІЗНАННЯ І ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Співвідношення пізнання та доказування є базисом кримінально-процесуальних правовідносин [1; 2, 33; 3, 61; 4, 161]. У свою чергу, кримінально-процесуальні правовідносини — це багаторівневе відображення кримінального судочинства взагалі, із визначеними законом учасниками та компетентними органами. Іншими словами — це система, яку можна розглядати в декількох напрямках: як систему різноманітних функцій, які належать певним учасникам судочинства у відповідності до їх призначення та/або інтересів; як систему окремих стадій судочинства, механізм яких працює в логічному та послідовному порядку; як систему процесуальних дій, зміст яких спрямований на забезпечення прав та свобод учасників процесу, зібрання доказів, оцінку доказів, захист, обвинувачення, винесення судового рішення тощо. Втім, на погляд автора кримінально-процесуальні правовідносини слід розглядати, як процес, система якого має чітку основу стадійності, де кожна наступна стадія із своїми формами та способами перевіряє рішення, які було прийнято на попередніх стадіях, таким чином унеможливаючи появу помилок в майбутньому.

Поняття доказування та пізнання є філософськими категоріями. Пізніше ці поняття були запозичені іншими науками. На відміну від філософських категорій доказування та пізнання, які відображають загальні форми пізнання світу, в юриспруденції ці поняття відображають лише окремі відносини, які належать до певної сфери діяльності.

Пізнання у кримінальній справі базується на пізнаних закономірностях у суспільних та природних явищах і спрямоване не на подальше поглиблення у сутність об'єкта, а на встановлення істини конкретного факту. Специфіка такого пізнання обумовлена низкою обмежень та приписів процесуального і етичного характеру, що пояснюється своєрідністю предмета дослідження, яким є суспільно небезпечне діяння [2; 34]. Відрізняючись деякими особливостями, пізнання у кримінальній справі, з гносеологічної точки зору уявляє собою прикладне пізнання емпіричного рівня і йому притаманні всі риси такого пізнання у загально-філософському сенсі. В той же час, це пізнання може мати юридично-значущий результат, якщо буде здійснюватись як доказування. Пізнання і доказування — це нерозривно пов'язані процеси.

Досить цікавим, але спірним питанням було з'ясування характеру пізнання — безпосередньо чи опосередковано воно відбувається у кримінальній справі. Вважається, що пізнання — це завжди єдність безпосереднього і опосередкованого. Однак у філософському аспекті ці форми пізнання розрізняються — безпосереднє, сенсорне пізнання, як інтуїтивне та пізнання опосередковане, як дискурсивне.

Свого часу деякі науковці наполягали, що у кримінальному процесі безпосередньо без доказування можна пізнати збережені наслідки скоєного, залишені продукти протиправної поведінки, виявлені предмети злочинного діяння, засоби, якими були скоєнні злочини, обста-

вини, які відносяться до особи злочинця тощо. У сучасній літературі цю ідею підтримує О. Р. Белкін: «... Низка фактів, які входять як до події злочину, так і до складу предмета доказування доступні для безпосереднього сприйняття слідчим чи судом ... Всі ці факти відносяться до категорії доказів, та визнання можливості їх чуттєвого пізнання має принципове значення, як підтвердження загальності процесу пізнання» [5, 5].

Дійсно, чуттєве, або сенсорне сприйняття тих чи інших фактів, явищ може мати місце у кримінально-процесуальному пізнанні будь-яких обставин зовнішнього світу, але воно є тільки першим кроком такого пізнання. У кримінальному судочинстві факти та явища повинні бути зафіксовані у процесуальному порядку, перевірені та оцінені поряд з іншими фактами та явищами, щоб зробити висновок про їх існування та значення для справи. Для цього законом передбачені певні процесуальні дії та порядок їх проведення, результати яких можуть слугувати фундаментом судового рішення. Тому відомості, які були пізнані у результаті безпосереднього сенсорного сприйняття, якщо вони отримані без належних процесуальних дій та без фіксування в порядку, встановленим законом і без дотримання форми конкретних процесуальних документів, юридичної сили позбавлені і виключаються із засобів кримінально-процесуального пізнання обставин, що входять до предмета доказування. Таким чином, обставини, що підлягають встановленню у кримінальній справі, за загальним правилом, не можуть бути безпосередньо сприйняті суб'єктом судового пізнання, і їх виясняють лише за допомогою доказів.

Поняття пізнання і доказування є різнозначними: предмет пізнання ширший за предмет доказування; пізнання і доказування різні за обсягом роботи, яку виконує уповноважений суб'єкт у пошуках доказів; пізнання іноді обмежується виясненням якоїсь обставини, яка використовується, як знання за межами процесу дока-

зування (наприклад, для орієнтування); доказування ж передбачає і з'ясування факту уповноваженим суб'єктом, і перетворення його з факту «для себе» у доказовий факт. Наведена ідея зводиться до того, що доказування має, крім пізнавальної, неодмінно і засвідчувальну сторону, тобто пізнання, яке здійснюється у кримінальному процесі, вимагає процесуального закріплення і офіційного засвідчення інформації про обставини справи. Отже, доказування становить собою не просто пізнання, яке може здійснюватись з будь-яких джерел і будь-якими засобами, а специфічну пізнавальну діяльність, що здійснюється лише з використанням передбачених законом джерел і засобів.

Сенс усякого пізнання полягає у досягненні істини. Це положення обумовлює постійне розширення і поглиблення наших уявлень, нашого знання об'єктивної дійсності. Процес практичного, прикладного пізнання також повинен сприяти встановленню істини. Проте у правовій літературі відсутнє достовірне визначення характеру цієї істини, що певною мірою негативно впливає і на результати її досягнення.

Підсумовуючи сказане та спираючись на ідеї В.Г. Гончаренка, слід зазначити, що саме та істина, в якій відображається незалежна від суб'єкта дійсність, і повинна бути встановлена у розслідуванні та у судовому розгляді кримінальних справ [1, 13].

Список використаної літератури:

1. *Гончаренко В.И.* Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве (Методологические вопросы) / В.И.Гончаренко. — К.: Вища школа, 1980. — 160 с.
2. *Курдюков В.В.* Теоретичні засади та критерії обов'язкового призначення судових експертиз в кримінальному процесі України / В.В. Курдюков: дис... канд. юрид. наук. — Київ, 2009. — 212 с.
3. *Курдюков В.В.* Кримінальний процес як двоєдина форма пізнання та доказування у кримінальних справах / В.В. Кур-

дюков // Вісник Академії адвокатури України. — 2008. — Число 3(13). — С. 61—66.

4. *Домбровский Р.Г.* Познание и доказывание в расследовании преступлений / Р.Г. Домбровский: дис. ... д-ра юрид. наук. — Рига, 1990. — 324 с.

5. *Белкин А.Р.* Теория доказывания. Научно-методическое пособие / А.Р. Белкин. — М.: Норма, 1999. — 429 с.

О.В. ХУТОРЯНСЬКИЙ
(Київський національний університет
внутрішніх справ)

ХАРАКТЕРИСТИКА СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 136 КК УКРАЇНИ

Проблеми безпеки громадян, охорони їх життя та здоров'я займають сьогодні один з пріоритетних напрямів у загальнодержавній правовій політиці. Кримінальний кодекс України здійснює охоронну функцію щодо вказаних цінностей. Так, ст. 136 даного кодексу встановлює кримінальну відповідальність за ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані.

Суб'єктивна сторона складу злочину характеризує психічне ставлення особи до вчинюваного нею суспільно-небезпечного діяння і до його наслідків. Її характерними ознаками є вина, мета, мотив та емоційний стан.

Вина як ознака суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 136 КК України є умисною. Оскільки інтелектуальна ознака в даному злочині включає лише усвідомлення особою суспільно-небезпечного характеру свого діяння. Вольова ж ознака характеризується бажанням не надати допомоги особі, яка знаходиться в небезпечному для життя стані. Отже, злочин передбачений ч. 2 ст. 136 КК України може бути вчинений лише з умислом (прямим та непрямим) щодо діяння.

Натомість, ч.ч. 1, 3 ст. 136 КК України має матеріальний склад злочину, тобто передбачає настання наслідків. При юридичному аналізі зазначених злочинів, необхідно з'ясувати психічне ставлення особи не тільки до вчиненого нею діяння, а й до його наслідку. Треба зазначити, якщо стосовно діяння при ненаданні допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані наявний прямий умисел, інтелектуальні ознаки його полягають в усві-

домленні суспільно-небезпечного характеру даного діяння. Під усвідомленням суспільно-небезпечного характеру свого діяння слід розуміти не тільки фактичну сторону того, що вчиняється, всіх обставин, що характеризують об'єктивні ознаки складу злочину, а й розуміння соціального значення діяння, його соціальної шкідливості. Передбачення в даному випадку має розпізнавальну особливість, конкретний характер, а також реальну можливість настання суспільно-небезпечних наслідків. Хоча даний наслідок передбачається як можливий результат ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, але в загальному вигляді передбачає розвиток причинного зв'язку між зазначеними об'єктивними ознаками. Суттєва особливість передбачення наслідків в даному випадку полягає у тому, що особа не спрямовуючи свою волю на досягнення наслідку, все ж таки свідомо допускає можливість його настання, при цьому її ставлення до нього проявляється в байдужості і відсутності розрахунку на його відвернення. Тобто, при ненаданні допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані у суб'єкта злочину відсутня цілеспрямованість діяння на досягнення певного суспільно-небезпечного наслідку.

Висвітлюючи вольовий момент вчинення злочину, слід відмітити, що він полягає у небажанні суб'єкта злочину надати допомогу особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані. Тому можна стверджувати, що ці склади злочинів характеризуються складною, тобто змішаною формою вини: умислом щодо діяння та непрямим умислом або необережністю щодо наслідків.

При необережній формі вини, тобто злочинній самовпевненості та злочинній недбалості, інтелектуальна ознака злочинної самовпевненості полягає у ставленні суб'єкта до суспільно-небезпечних наслідків. Залишаючи особу в небезпечному для життя стані, суб'єкт злочину не усвідомлює реального розвитку причинного зв'язку між своєю поведінкою і наслідками, хоча міг це зробити при обдумуванні можливих наслідків вчиненого ним діяння. Інтелектуальний момент при злочинній недбалості характеризується тим, що особа не передбачає наслідків, які можуть виникнути в результаті діяння. Об'єктивним критерієм злочинної недбалості є обов'язок особи передбачити наслідки вчинюваного нею діяння, суб'єктивним — можливість їх передбачення. Вольова ознака злочинної недбалості щодо наслідків при ненаданні допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані полягає в тому, що особа не використовує свої психічні та інтелектуальні здібності, при наявності такої можливості, для здійснення вольових дій з метою запобігання настанню суспільно-небезпечних наслідків.

Вірне визначення форми вини дає можливість визначити правильну кваліфікацію та відмежувати близькі за об'єктивними ознаками склади злочинів.

Для визначення суб'єктивної сторони, необхідна ще одна її ознака — бездіяльність повинна мати характер свідомого неприпинення небезпеки, суттю якого є усвідомлення особою, яка вчиняє злочин, можливості вчинення необхідних дій. В свою чергу усвідомлення можливості надати допомогу є неможливим без усвідомлення того, яка допомога необхідна потерпілому, які дії необхідно вчинити, щоб надати йому допомогу. Треба, щоб особа усвідомлювала необхідність надання допомоги незалежно від того, будуть її дії марними чи ні. В да-

ному випадку йдеться про заходи по усуненню небезпеки, що відомі суб'єкту. Коли певний засіб, при якому можна усунути небезпеку, є невідомим особі, то слід визнати, що суб'єкт не усвідомлював можливості надати допомогу шляхом застосування вказаного засобу. Тобто в даному випадку відсутній умисел, а тому — і суб'єктивна сторона ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані, що свідчить і про відсутність в діях особи складу злочину.

Крім цього, необхідно ще з'ясувати факультативні ознаки суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 136 КК України: мету та мотив вчинення даного злочинного діяння.

Метою ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані є бажання винного ухилитися від надання допомоги потерпілому. Мотиви вчинення цього злочину можуть бути різними: уникнути кримінальної відповідальності, небажання затрудняти себе, байдуже ставлення до долі людини, егоїзм, небажання допомагати через брак часу, неприязнь до потерпілого, легкодухість, ревності, помста тощо, але на кваліфікацію вчиненого не впливають, однак враховуються при призначенні покарання.

Провівши дослідження та аналіз суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 136 КК України, можна зробити висновки, що, по-перше, спірним є питання щодо визначення ознак суб'єктивної сторони вказаного діяння. По-друге, кримінально-правова заборона ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані має подвійну форму вини, тобто — умисел (прямий і непрямий) щодо діяння та непрямий умисел або необережність (злочинна самовпевненість та злочинна недбалість) щодо наслідків.

Ю.Д. БАРТМАН,
стажист-дослідник кафедри кримінального
права Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого

ЩОДО ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 203¹ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

1. Згідно зі статтею 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Законом України від 17 січня 2002 р. № 2953-III «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» було доповнено Кримінальний кодекс України (далі — КК) статтею 203¹, а Законом України від 6 липня 2005 р. № 2734-IV «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо впорядкування операцій, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування, обладнання та сировини для їх виробництва)» цю статтю викладено в новій редакції.

2. У 2009 році за фактом незаконного обігу дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва було зареєстровано 467 злочинів, за ч. 1 ст. 203¹ засуджено 103, а за ч. 2 ст. 203¹ — 35 осіб. Зазначене підтверджує достатню практичну актуальність встановлення кримінальної відповідальності за діяння, передбачені ст. 203¹ КК.

3. Ст. 203¹ КК встановлює відповідальність за посягання на встановлений законом обіг дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва. Із зазначених у назві статті предметів диски та матриці пов'язані з обігом об'єктів права інтелектуальної власності, що регулюється цивільним правом. Безпосередня пов'язаність дисків для

лазерних систем зчитування та матриць з об'єктами права інтелектуальної власності актуалізують необхідність дослідження об'єкта кримінально-правової охорони даного злочину. У науковій літературі немає єдиного погляду на цю проблему. Так, одні науковці визнають об'єктом злочину суспільні відносини у сфері господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування, матриць [1, 211], інші — встановлений порядок виробництва, експорту та імпорту дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва [2, 654]. Ще одна група вчених вважає, що даний злочин має два об'єкти: основний безпосередній — суспільні відносини у сфері господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування, матриць та додатковий факультативний об'єкт злочину — авторське та суміжні права [3, 70]; основний безпосередній об'єкт — це регламентований законодавством порядок здійснення такої господарської діяльності як виробництво, експорт та імпорт дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва та додатковий об'єкт — авторське право та суміжні права [4, 567]. Зазначені розбіжності свідчать про неоднозначність вирішення питання, що, на нашу думку, обумовлено різними поглядами на зміст об'єкта кримінально-правової охорони.

4. Проблема об'єкта злочину справедливо визнається однією з найважливіших у науці кримінального права [5, 6—7]. Під

ним розуміють те, чому злочином завдається або може бути завдана шкода, а саме — суспільні відносини. Поняття об'єкта злочину в законодавстві України про кримінальну відповідальність не визначено, але тісно пов'язане з поняттям і сутністю злочинного діяння і, перш за все, з основною матеріальною ознакою злочину — суспільною небезпечністю. Тому, відсутність об'єкта злочину виключає злочин [6, 198], а його визначення й, особливо, зміст прямо впливають на суспільну небезпечність діяння. При вчиненні злочину особа завжди завдає шкоди, руйнує або ушкоджує (змінює) об'єкт, що зазнає злочинного впливу. А оскільки явищ без наслідків ні в природі, ні в суспільстві не існує, слід погодитися з твердженням А.Н. Трайніна про те, що немає злочинів, які не спричиняють шкоди об'єкту, а невразливий об'єкт — це протиріччя у самому собі [7, 144]. При цьому В.Я. Тацій зазначає, що як основним, так і додатковим безпосередніми об'єктами можуть бути визнані лише ті суспільні відносини, які законодавець поставив під охорону конкретної кримінально-правової норми [5, 100—103].

5. Проблема об'єкта злочину прямо пов'язана з питанням кваліфікації вчиненого. Адже кваліфікація за безпосереднім об'єктом за своєю суттю — це встановлення, з однієї сторони, тих суспільних відносин, яким була спричинена (створена загроза спричинення) шкода вчиненим злочином, а з другої — встановлення тієї конкретної кримінально-правової норми, котра охороняє ці суспільні відносини [5, 137].

6. Зазначене, хоча і фрагментарно, підтверджує наявність множинності питань, пов'язаних із аналізом об'єкта кримінально-правової охорони, зокрема

об'єкта злочину, передбаченого ст. 203¹ КК, вирішення яких є необхідною умовою правильного застосування закону про кримінальну відповідальність.

Список використаної літератури:

1. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін [та ін.]; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. — [4-те вид., переробл. і допов.]. — Харків: Право, 2010. — 608 с.

2. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: У 2 т. — Т. 1 / [за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка]. — [3-тє вид., перероб. та доп.] — К.: Алерта; КНТ. — 2009. — 964 с.

3. *Киричко В.М.* Злочини у сфері господарської діяльності за Кримінальним кодексом України та в судовій практиці: науково-практичний коментар / В.М. Киричко, О.І. Перепелиця; за заг. ред. В.Я. Тація — Харків: Право, 2010. — 784 с.

4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. — [6-те вид., переробл. та доповн.] / [за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка]. — К.: Юридична думка, 2009. — 1236 с.

5. *Тацій В.Я.* Объект и предмет преступления в советском уголовном праве / В.Я. Тацій. — Харьков: Вища школа, 1988. — 198 с.

6. Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / [под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой]. — М.: Зерцало, 1999. — 592 с.

7. *Трайнин А.Н.* Общее учение о составе преступления / А.Н. Трайнин. — М.: Юрид. лит., 1957. — 364 с.

С.О. ЄФРЕМОВ,
кандидат юридичних наук, доцент
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ УЧАСТІ В ОРГАНІЗОВАНОМУ ЗЛОЧИННОМУ УГРУПОВАННІ ПЕВНОГО ВИДУ

Встановлення відповідальності за участь у тому чи іншому організованому злочинному угрупованні відображає прагнення законодавця забезпечити протидію функціонуванню стійких злочинних об'єднань, створюваних, як правило, для систематичного або на постійній основі здійснення злочинних посягань.

Злочинність участі в угрупованні передбачається низкою статей Особливої частини КК України (ст.ст. 143, 255, 257, 258 - 3, 260, 392 КК). Ці ж статті здебільшого встановлюють відповідальність і за інші діяння, вчинення яких якимось чином пов'язане із злочинною діяльністю окремих видів організованих угруповань — створення подібного злочинного об'єднання, керівництво ним чи участь у злочинах, ним вчинюваних.

З'ясування змісту та обсягу поняття участі в угрупованні викликає значні труднощі при кваліфікації вчинюваних учасниками організованої злочинної діяльності злочинів.

1. Окрему проблему становить визначення змісту та обмеження кола проявів самої по собі участі в угрупованні - як діяння, альтернативного (у межах певної статті Особливої частини КК) до керівництва угрупованням та участі у злочинах, вчинюваних ним. Проявів такої участі чимало, вони різноманітні за характером, проте жоден із них не відображений на законодавчому рівні.

Серед таких діянь можна назвати: охорону керівника угруповання, контроль за окремими його членами на предмет упе-

редження зради інтересів угруповання, здійснення контррозвідувальної діяльності з метою захисту від конкуруючих угруповань та правоохоронних органів; підготовку членів угруповання до злочинної діяльності, у тому числі навчання їх способам вчинення окремих видів злочинів; розвідку можливих напрямів злочинної діяльності; створення каналів збуту злочинно набутого майна та легалізації злочинних капіталів; встановлення корупційних зв'язків із представниками державних органів; створення напівлегальних суб'єктів господарювання з метою прикриття злочинної діяльності угруповання тощо.

Можна і далі називати приклади діянь — проявів участі в угрупованні. Водночас навести їх вичерпний перелік не реально, оскільки кожний наступний випадок злочинної діяльності угруповання може дати якийсь новий приклад участі у ньому. Тому більш простим і ефективним способом вирішення даної проблеми є встановлення критеріїв, за якими окремі види діянь у процесі їх кваліфікації можна було б віднести до проявів участі в організованому злочинному угрупованні. Такими критеріями можуть бути: 1) критерій членства в угрупованні; 2) критерій характеру виконуваної особою в угрупованні функції (виду діяльності). Питання про членство в угрупованні досить непросте і має становити предмет окремого дослідження. Тут обмежусь висловленням своєї прихильності до тієї наукової позиції, відповідно до якої членство в угрупованні, а отже, і участь у ньому, передбачає

здійснення особою в угрупованні цілком певної діяльності.

Вищевказані критерії мають різне призначення. Якщо критерій членства в угрупованні вказує на коло осіб, котрі можуть бути суб'єктами участі в угрупованні, то критерій характеру виконуваної особою функції позначає коло дій (актів бездіяльності), котрі можуть бути проявами даного виду злочинного діяння. Виділення цього другого критерію є необхідним насамперед у зв'язку з тим, що членство в угрупованні може бути пов'язане із виконанням різним за своїм характером функцій. Серед них можна виділити: 1) функції, пов'язані із вчиненням конкретних злочинів, котрими реалізуються інтереси угруповання; 2) функції, здійснення яких спрямоване на створення умов існування та розвитку злочинного угруповання, а також розширеного відтворення ним все нових і нових актів спільної злочинної діяльності; 3) функцію керівництва угрупованням. Власне участь в угрупованні може бути співвіднесена лише із виконанням другої групи функцій.

2. Передбачення у законі поряд із участю в угрупованні певного виду ще й інших діянь — створення даного угруповання, керівництва ним та участі у злочинах, ним вчинюваних — породжує проблему їх розмежування.

Треба врахувати, що у чинному кримінальному законодавстві ці форми участі в організованій злочинній діяльності передбачані як окремі види діянь. Наприклад, у ст. 257 КК участь в озброєній банді та участь у вчинюваному бандою нападі становлять окремі форми бандитизму, — по суті — окремі різновиди даного злочину. У зв'язку з цим потрібно вказати, що тлумачення участі в угрупованні, за яким нею одночасно охоплюється і участь у вчинюваному угрупованням злочині, коли ці два різних діяння представлені одночасно у певній статті КК України, видається неприйнятним, оскільки йдеться про «рівноправні» прояви злочинної поведінки, один із яких не може обіймати інший. Відпо-

відно, якщо член угруповання брав участь у складі угруповання у вчиненні певного злочину, то йому одночасно мають інкримінуватися і участь в угрупованні, і участь у вчиненому угрупованням злочині. При цьому, якщо ці різні прояви злочинної поведінки передбачені у різних частинах певної статті Особливої частини КК, як, наприклад, у ст. 260 КК, вони будуть утворювати сукупність злочинів, що передбачає відповідне їх відображення не лише у юридичному формулюванні обвинувачення, але й у формулі кваліфікації; якщо ж вони не «розведені» по різних частинах певної статті і становлять, відповідно, самостійні форми певного злочину, як, наприклад, у ст.ст. 255, 257 КК, їх відображення стає можливим лише у юридичному формулюванні обвинувачення.

Не зайве підкреслити, що сама по собі участь в угрупованні певного виду, навіть якщо член такого угруповання не скоює жодного злочину, має бути об'єктом кваліфікації і може тягти кримінальну відповідальність особи.

3. Конкретизація змісту участі в угрупованні та відмежування її від інших діянь (створення злочинного угруповання, керівництва ним чи участі у злочинах, ним вчинюваних) значно ускладнюється певною непослідовністю законодавця у криміналізації окремих із них. Наприклад, у ст. 257 КК серед проявів бандитизму не вказано керівництва бандою. У ст. 258-3 КК окремо не передбачено відповідальність за участь у злочинах, вчинюваних терористичною групою чи терористичною організацією. У ч. 5 ст. 143 КК встановлено кримінальну відповідальність лише за участь у транснаціональних організаціях, які займаються вилученням у людини шляхом примушування або обману її органів або тканин з метою їх трансплантації чи незаконною торгівлею органами або тканинами людини. У ст. 392 КК визначено злочинність організації з метою тероризування у виправних установах засуджених або нападу на адміністрацію організованої групи або активної участі у такій групі, але прямо не пе-

редбачено відповідальності за здійснення керівництва таким угрупованням. Цілком очевидно, що зміст терміну «участь в угрупованні» у кожному із наведених випадків різний, причому в окремих із них він однозначно ширший порівняно із випадками, коли у статті передбачено відповідальність одночасно за керівництво угрупованням, за участь в ньому, а також за участь у злочинах, ним вчинюваних, як це, зокрема, має місце у ч. 1 ст. 255 КК.

Участь у банді як форма бандитизму традиційно розглядається як така, що охоплює і керівництво бандою. Тож, за логікою речей, у тих статтях, де прямо не виділяється керівництво угрупованням, вказаним терміном охоплюється і цей прояв участі члена угруповання у його злочинній діяльності. Таке тлумачення участі в угрупованні певного виду є цілком зрозумілим, оскільки стабільне функціонування будь-якого стійкого злочинного об'єднання загалом немислиме без певного управління ним.

Очевидно, що участь у терористичній групі чи терористичній організації (ч. 1 ст. 258-3 КК) передбачає, окрім іншого, участь осіб у вчинюваних ними злочинах. До такого тлумачення участі у терористичній групі чи організації підводить аналіз змісту ст. 258-3 КК, у якій у ч. 1 окремо передбачається відповідальність і за сприяння терористичній діяльності зазначених злочинних об'єднань. Цілком очевидно, що якщо передбачена відповідальність за таке сприяння, то мусить бути встановлена відповідальність і за саму злочинну діяльність вказаних об'єднань. Така відпові-

дальність, як видається, «ховається» у визначенні злочинності та караності участі у терористичній групі чи організації, що охоплює не лише участь у даних угрупованнях, але й участь у вчинюваних ними злочинах.

Щодо участі у транснаціональній організації (ч. 5 ст. 143 КК), то при її тлумаченні потрібно враховувати, що даний вид злочинного угруповання за параметрами розвитку відноситься до високоорганізованих і таких, що за рівнем суспільної небезпеки прирівнюється до злочинної організації. Тому цілком можна припустити, що участь у даному злочинному об'єднанні становлять не лише сама по собі участь у ньому у вузькому значенні цього терміну, але й керівництво ним, а також участь у вчиненні відповідних злочинних діянь, передбачених частинами другою, третьою та четвертою ст. 143 КК.

Наведені міркування щодо проявів участі в угрупованні як ознаки об'єктивної сторони окремих складів злочинів не у всіх випадках є безспірними. Загалом зробити однозначні висновки щодо цих проявів на підставі чинного законодавства досить непросто. Тому необхідною умовою вдосконалення практики кримінально-правової оцінки суспільно небезпечних діянь, вчинюваних у зв'язку із створенням та функціонуванням певних видів організованих злочинних угруповань, є поліпшення законодавчого їх опису. Вирішення даного завдання сприятиме зміцненню законності у сфері боротьби з проявами організованої злочинності.

Н.Ю. КАРПОВА,
аспірантка
(Академія адвокатури України)

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 397 КК УКРАЇНИ

З метою забезпечення реалізації закріплених у Конституції України [1] прав і свобод людини і громадянина, Конституція України встановлює відповідні правові гарантії, однією з яких є закріплене в ч. 1 ст. 59 Конституції України право кожного на правову допомогу.

Конституційний суд України підтвердив у своєму Рішенні від 30.09.2009 № 23-рп/2009 (справа про право на правову допомогу) [2] право свідка та особи, що надає пояснення у державних органах на користування правовою допомогою захисника.

Тому актуальним є розгляд проблемних питань, виникаючих при кваліфікації злочинів, які посягають на конституційне право затриманого, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого на захист і встановлений законом порядок забезпечення реалізації цього права при здійсненні правосуддя.

Втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК) [3] є злочином з формальним складом і належить до вище вказаного типу злочинів.

Ст. 397 КК охороняє суспільні відносини, що забезпечують реалізацію у встановленому законом порядку права затриманого, підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого на захист, який здійснюється у формі правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги.

На думку автора основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 397 КК, є суспільні відносини, що забезпечують дотримання при здійсненні правосуддя конституційного принципу права

на захист і встановлений законом порядок реалізації права усіх категорій осіб на захист чи представлення їх законних інтересів у формі правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги під час здійснення цієї діяльності.

Хоча суб'єктом цього злочину може бути кожна осудна особа за наявності прямого умислу з її боку (що відображено у ч. 1 ст. 397 КК), деякі категорії осіб мають переважні можливості для скоєння діяння, яке описується ч. 1 ст. 397 КК як злочинне. Це повинно враховуватись при кваліфікації злочину, адже як справедливо зауважує М.І. Коржанський «для правильної кваліфікації злочину необхідно вибрати і застосувати ту норму, яка найповніше описує ознаки вчиненого діяння і в цьому і полягає юридична сутність кваліфікації злочинів.» [4, 6—7]. На думку В.М. Кудрявцева «глибинною сутністю кваліфікації злочинів є встановлення всіх ознак певних злочинів і додатково ще однієї ознаки цього певного, конкретного діяння і складу злочину, що його передбачає» [5, 10].

При аналізі об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 397 КК, стає зрозумілим, що переважні можливості для скоєння діяння, передбаченого ч. 1 ст. 397 КК, мають службові особи суду і органів попереднього слідства під час своєї службової діяльності. Ця особливість об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 397 КК, відображена у ч. 2 ст. 397 КК, яка вводить кваліфікуючу ознаку вказаного злочину, — вчинення його службовою особою з використанням свого службового становища.

Але умисне використання службовою особою свого службового становища для скоєння злочинного діяння також охоплюється складом злочину, передбаченого ст. 364 КК (зловживання владою або службовим становищем).

Відповідно до ст. 364 КК зловживання службовим становищем – це умисне використання службовою особою свого службового становища, якщо воно заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам. При цьому слід наголосити на тій важливій обставині, що ст. 364 КК не конкретизує окремі види умисного використання службовою особою свого службового становища, яке заподіяло істотну шкоду зазначеним вище правам, свободам та інтересам. Також ст. 364 КК не конкретизує окремі категорії службових осіб, які використовували своє службове становище для заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам.

Безумовно, що вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці є діянням, яке заподіює істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам. Тобто передбачене ч. 2 ст. 397 КК злочинне діяння охоплюється поняттям «зловживання службовим становищем».

З урахуванням викладеного вище автор пропонує своє визначення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 КК. Злочин, передбачений ч. 2 ст. 397 КК, являє собою спеціальний вид зловживання службовим становищем — втручання в діяльність захисника чи представника особи, вчинене службовою особою, яка використовує для цього своє службове становище

Співпадання спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 КК, і злочину, передбаченого ст. 364 КК, поруч з дуже широким обсягом злочинних діянь, які охоплюються поняттям «зловживання службовим становищем», викликають певні проблеми при кваліфікації злочину за ч. 2 ст. 397 КК і, як зауважив А.П. Бущенко [6, 25], призводять до необґрунтованого зменшення порушень кримінальних справ за ч. 2 ст. 397 КК.

При вирішенні проблем відмежування злочину, який кваліфікуватися за ч. 2 ст. 397 КК від злочину, передбаченого ст. 364 КК, потрібно звернути увагу на те, що основні безпосередні об'єкти злочинів відрізняються за обсягом охоплюваних ними відносин:

- ст. 364 охоплює суспільні відносини, що забезпечують загальний законний порядок здійснення службової діяльності службової особи.
- ч. 2 ст. 397 охоплює суспільні відносини, що забезпечують законний порядок здійснення службової діяльності службової особи при реалізації у встановленому законом порядку права усіх категорій осіб на захист чи представлення їх законних інтересів у формі правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги під час здійснення цієї діяльності.

Як зауважив М.І. Бажанов «конкретні форми зловживання службовим становищем дуже різні, оскільки воно може вчинятись у різних сферах» [7, 399]. Тому зловживання службовим становищем може кваліфікуватися за ст. 364 КК лише за умови, якщо відповідальність за таке діяння не передбачена іншими нормами, що містять спеціальні склади цього злочину, об'єктом яких є не суспільні відносини, що забезпечують загальний законний порядок здійснення службової діяльності службової особи, а інші суспільні відносини.

З викладеного вище випливає висновок, що ст. 364 співвідноситься з ч. 2 ст. 397

як загальна норма зі спеціальною нормою, тому при вирішенні питання про кваліфікацію застосовується спеціальна норма.

Дещо проблемним є питання співвідношення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ст. 374 КК. На мою думку, якщо службовою особою, яка незаконно втрутилась в діяльність захисника чи представника особи є особа, яка провадить дізнання, досудове слідство, прокурор або суддя, і її втручання в діяльність захисника призводить до порушення права на захист підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ст. 374 КК.

Список використаної літератури:

1. Конституція України. — К.: Преса України, 1997.
2. Рішення від 30.09.2009 № 23-рп/2009 (справа про право на правову допомогу) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [//www.ccu.gov.ua](http://www.ccu.gov.ua)
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. — К.: Каннон, А.С.К., 2006.
4. *Коржанский Н.И.* Квалификация хулиганства / Н.И. Коржанский. — Волгоград, 1989. — С. 6—7.
5. *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. — М., 1972. — С. 10.
6. *Бущенко А.П.* Проти катувань: українське законодавство та практика в світі стандартів КПК / А.П. Бущенко. — Юрінком, 2005. — С. 25.
7. Кримінальне право України / за ред. М.І. Бажанова. — Київ-Харків: Юрінком Інтер. — Право, 2006. — С. 399.

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. Судуострій. Прокурорський нагляд
2. Конституційне право	11. Адвокатура. Захист прав людини
3. Цивільне право і процес	12. Міжнародне право
4. Господарське право	13. Студентська наукова творчість
5. Трудове право і соціальний захист	14. Рецензії
6. Земельне право; аграрне право; екологічне право	15. Наукова хроніка
7. Адміністративне і фінансове право	16. Персоналії
8. Кримінальне право і кримінологія	17. Реклама
9. Кримінальний процес і криміналістика	18. Оголошення

Автор статті відповідає за правильність і достовірність викладеного матеріалу, за належність останнього йому особисто, точність викладених у роботі фактів (даних) та якість перекладу.

2. Вимоги до обсягу:

2.1. Обсяг матеріалів, які автори подають для публікації наукової статті – від 0,3 до 0,5 ум.друк.арк. (12 000 – 20 000 друк.знаків, включаючи пробіли). Орієнтов-

ний 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 .tff, 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. *Малевич 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 файла обов'язково латинськими літерами) та в роздрукованому вигляді. На етикетці дискети необхідно вказати прізвище та ініціали автора. Стаття і дискета авторові не повертаються.

4.2. Зі статтею обов'язково надається:

— фотографія автора (розміром не менше, ніж 3x4, бажано в електронному варіанті);

— для аспірантів та пошукачів обов'язкова наявність рецензії наукового керівника з зазначенням його наукового ступеня, вченого звання, прізвища, ім'я та по батькові).